جامعة زيان عاشور – بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

تنفيذ العقود الرسمية في القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون عقاري

اعداد الطالب : **إشراف الأستاذ:**
عدلان غربي **عيسى طعيبة**

لجنة المناقشة :
-1أ. النعاس ضيفي .....رئيسا.
-2 أ .أعيسى طعيبة.....مشرفا ومقررا
-3 أ. محمد بريكي.....مناقشا

السنة الجامعية 2016 -2017

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد.

..الحمد لله الذي هدانا إلى نور العلم وميزنا بالعقل الذي يسير طريقنا

الحمد لله الذي أعطانا من موجبات رحمته الإرادة والعزيمة على إتمام عملنا

نحمدك يارب حمدا يليق بمقامك وجلالك العظيم وصلي اللهم على خير المرسلين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

أتقدم

بالشكر الجزيل والخالص مع فائق التقدير والاحترام إلى الأستاذ المشرف

الأستاذ عيسى طعيبة

الذي ساعدني ايم مساعدة فله الشكر الممزوج بالدعاء وتقدير له على ما قدمه لي في موضوعي

كما أتقدم بالشكر الموصول بعبارات الفضل إلى أعضاء لجنة المناقشة

فلكم الشكر الناصح

إهداء

إلى من رضاها عني هو سر نجاحي وتوفيقي وصدق دعواتها انفراج همومي

من وهبت لي نبع الحنان، التي ربتني وسهرت الليالي وبكت لبكائي من
أجل أن أصل إلى مبتغاي وأحقق طموحاتي أمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها
إلى من اقتديت به وسرت على خطاه وكان مثالا ونورا لي في حياتي أمشي به وأستتر تحت جناحه والدي العزيز أطال الله في عمره
إلى عائلتي وأهلي الكرام و اخص بالذكر زوجتي الغالية و أبنائي الأعزاء
إلى كل الأصدقاء الأوفياء الصادقين
إلى كل زملاء العمل

إلى جميع منارات العلم والمعرفة الذين سخروا أنفسهم من اجل التواصي بالحق التواصي بالصبر

مقدمـــة

مقدمـــة:

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثار قانونية، وكلما نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكامل أركانه وشروطه رتبت مختلف أثاره والمتمثلة في إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه وبالتالي كسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص والموضوع.

فالقوة الملزمة للعقد اكتسبها من إرادة المتعاقدين واتجاهها إلى ترتيب أثارها، وبهذا يكون العقد هو القانون الذي يجب إتباعه كأصل عام بين الطرفين، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين"، وبالتالي لا يجوز لأي منهما نقض العقد أو تعديله بإرادته المنفردة، كما يجب على القاضي احترام هذا العقد وتفسيره وفقا لإرادة الطرفين دون تعديل.

فعندما يتفق شخصان على بيع عقار، يحرران عقداً بينهما ينظم عناصر هذا البيع، من جهة التزامات البائع، كتسليم المبيع في الموعد المتفق عليه، وضمان عيوبه، أو ضمان التعرض له من الغير.

أو من جهة التزامات المشتري، كدفع الثمن في الأجل المحدد، وسوى ذلك من بنود خاصة بكل عقد، حسب ما يتفق عليه الطرفان. فقد تعترض هذا العقد أثناء مرحلة تنفيذه صعوبات لم يتوقعها الأطراف تفرض عليهم إعادة النظر فيه للحفاظ على التوازن العقدي.

وأمام هذه الصعوبات وانتشارها في مختلف مجالات القانون الخاص سيما ما تعلق بالمعاملات العقارية، والتطور الحاصل في المبادئ القانونية، خاصة عدم أخذ مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " على إطلاقه، مما دفع بالأطراف والمشرع والقاضي إلى البحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد وضمان التوازن الاقتصادي له، وتتمثل هذه الوسيلة في التعديل أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

وعمل المشرع الجزائري في تنظيمه لإجراءات التنفيذ على تحقيق التوازن والتوفيق بين المصالح المتعارضة للدائن والمدين، فإن كان حريصا على مصلحة الدائن بتمكينه من اقتضاء حقه بالاعتراف له بحق الضمان العام على الأموال التي تدخل في الذمة المالية لمدينه، فإنه بالمقابل لم يهمل حق المدين لأن إطلاق حرية الدائن على النحو المبالغ فيه قد يؤدي إلى الإطاحة بالذمة المالية للمدين وإرباك مركزه المال والقانوني، حيث يجد نفسه مجردا من أمواله مغلول اليد عنها لاقتضاء حقوق قد لا تتناسب بأي حال من الأحوال مع قيمة هذه الأموال، وهذا ما يتناقض

مع النظام الإجرائي للتنفيذ القضائي، ذلك أن التنفيذ يهدف أساسا لاقتضاء حقوق محددة للدائن دون تجريد المدين من أمواله.

ونظرا لتعدد التزامات المدين الواجبة الوفاء بتعدد مصادر الالتزام : القانون، العقد، العمل المستحق للتعويض (الفعل غير المشروع) وشبه العقود (الدفع غير المستحق والفضالة) اختلفت تبعا لها السندات المثبتة للحق أو للالتزام فهناك الأحكام والقرارات القضائية والأوامر القضائية والمحاضر والعقود التوثيقية المتنوعة والمتعددة الأشكال.

وإعادة النظر في العقود بسبب تغير الظروف يمكن تعريفها بصورة أولية على أنها مراجعة الالتزامات العقدية بإرادة خارجية على التعاقد، تتولى فرض التزامات غير إرادية في مكان الالتزامات الإرادية المتفق عليها، تجد مصدرها في إرادة القضاء أو المشرع. فهي نظرية تذهب في مقابل العقد وتخالف محتواه، وهي رغم تعارضها مع المبادئ التقليدية التي تسود مؤسسة التعاقد نظرية شاملة أخذ بها المشرع المدني في حالات متعددة، كما اعتمدها القضاء في بعض تطبيقاته العملية عند اصطدامه مع الواقع، فكان في عمله مشرعا في تلك الحالات الخاصة والمحددة.

فإعادة النظر في العقود قد برزت في التشريع المدني من خلال نصوص متفرقة كان الدافع إليها أولا: السياسية التشريعية التي تقوم على إرضاء حاجات معينة أو تحقيق مصلحة عليا اجتماعية واقتصادية، وثانيا مبدأ العدل الذي يتحقق بإقامة الإنصاف والعدالة كأساس في التعامل، والقضاء بتأثير من النزعات الإنسانية وبعض المبادئ غير العقدية لم يتوان عن مراجعة العقد وفرض الالتزامات على الإرادة، وإن كان يعتمد في حلوله أسلوبا يتولى إخفاء تلك العملية تحت ستار تفسير الإرادة أو إعمال القواعد المدنية، لما تنطوي عليه من معالجة للعقد بإعادته إلى وضعه الصحيح، وهو ما يقبله المنطق وما لا تقبله الذهنية التقليدية في التشريع المدني.

وهذه النظرية ليست في حقيقتها القانونية إلا صورة من صور إعادة النظر في العقود، تهدف إلى تعديل العقد برد توازنه الذي فقده إلى حده المعقول.

فهي تفترض، كما يقول الأستاذ كاربونييه، عقدا يتراخى أجل تنفيذه في الزمن، تحددت التزاماته على أساس الظروف الاقتصادية المحيطة وقت التعاقد. إلا أن تلك الظروف تتغير تغيرا جوهريا أثناء العمل بذلك العقد بفعل عوامل غير متوقعة كالحروب والأزمات الاقتصادية، مما يجعل تنفيذه أكثر إرهاقا لأحد المتعاقدين في مصلحة المتعاقد الآخر، ويحمل على البحث في

مسألة مراجعة العقد لرد توازنه بشكله التقريبي. فنظرية تغير الظروف إذن، لا تطرح عند النظرة الموضوعية إلا من هذه الزاوية: زاوية مراجعة العقد بإرادة خارجية.

والسبب في اختيار هذه الموضوع يتمثل في أمرين:

الأول: إبراز المسار العادي لتنفيذ العقد الرسمي وذلك بتنفيذه لما اشتمل عليه من اتفاق الطرفين والترتيب الزمني للإجراءات كأصل وتبيان في حالة ما إذا اعترض هذا التنفيذ عقبة كيفية تخطيها .

والثاني: إعادة النظر في العقود والظروف الطارئة، وفي ذلك فائدة قانونية وعملية رئيسية، فإعادة النظر في العقود أضحت نظرية ملحة على ضوء التقلبات المستجدة في الظروف الاقتصادية، تنعكس بنتائجها على التعامل وعلى العقود بصفة خاصة، والظروف الطارئة أضحت بتأثير مختلف العوامل الاقتصادية والطبيعية والإدارية المؤثر الأساسي في التوازن العقدي، تستدعي على وجه الضرورة تدخلا خارجيا في التعاقد، تبعا لأهمية ما تخلفه من اختلال غير مألوف، يترك آثارا على الأوضاع الخاصة للمدنيين والعامة للاقتصاد.

وبالتالي يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي إجراءات تنفيذ العقد الرسمي؟ وإلى أي مدى يمكن تدخل القاضي في تنفيذ العقد الرسمي؟ وما هي الصور والآثار القانونية المترتبة على ذلك؟

واتبعنا المنهج التحليلي وذلك بدراسة المواد القانونية المنظمة لموضوع الحال ومطابقة الآراء الفقهية بها وكذا القرارات القضائية

وارتأينا دراسة موضوع الحال وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: مراحل وإجراءات تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه

المبحث الأول: تنفيذ العقد الرسمي طبقا لما اشتمل عليه

المبحث الثاني: تنفيذ العقد الرسمي طبقا لقوته الملزمة وما يرتبه من آثار في مواجهة أطرافه والغير

الفصل الثاني: تعديل العقد الرسمي أثناء مرحلة التنفيذ

المبحث الأول: صور تعديل العقد الرسمي وشروطه

المبحث الثاني: آثار تعديل العقد الرسمي

الفصل الأول

مراحل وإجراءات تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه

الفصل الأول: مراحل وإجراءات تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه

يقصد بتنفيذ العقد الرسمي هو الأشكال والإجراءات التي تؤدي لنقل ملكية العقار محل العقد بين الطرفين على حسب طبيعة العقد القائم بينهما، وفي دراستنا هاته نحاول أولا إبراز أصل طبيعة العقد وذلك بتحديد مضمونه وطرق ذلك، ثم مراحل وإجراءات تنفيذه، وذلك ليتمكن الدارس من تتبع هاته الإجراءات تتبعا زمنيا .

لذا يتعين علينا التطرق لماهية تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه في مبحث أول ثم لمراحل وإجراءات تنفيذه في مبحث ثان.

المبحث الأول: تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه

حسب ما جاء بالمادة 54 من القانون المدني الجزائري، يعرف العقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية معينة، ومتى نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكافة أركانه وشروطه ترتبت عنه مختلف آثاره من بينها القوة الملزمة للعقد، سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع، إذ يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بما ورد فيه ولا يجوز لأي منهما تعديله أو إنهاؤه بإرادة منفردة عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذا تستوجب علينا دراستنا تبيان كيفية تحديد مضمون العقد أولا ثم تبيان أثر العقد الرسمي وقوته الملزمة في مواجهة الأطراف والغير ثانيا.

المطلب الأول: تحديد مضمون العقـــد

طبقا لنص المادة 54 من القانون المدني المذكورة فإن الطرفين يلتزمان بتنفيذ ما ورد في العقد إذ لا بد من تحديد الإطار الذي يلتزم فيه كل منهما وكذا التزاماتهما، وهذا ما يعرف بنطاق العقد، وهذا الأخير لا يمكن تحديده إلا ببيان معنى العبارات الغامضة في العقد والقصد الحقيقي للمتعاقدين وهذا ما يعرف بعملية تفسير العقد، وكذا ببيان النظام القانوني الذي يحكم العقد وذلك عن طريق تكييفه، ويشكل كل من التفسير والتكييف وتحديد النطاق ما يسمى بتحديد مضمون العقد.

فما المقصود من كل عملية من العمليات السابقة وكيف يتم القيام بها ؟ وما طبيعة هذه العمليات، أهي مسألة واقع وبالتالي لا يخضع القاضي باعتباره المكلف بالقيام بها لرقابة المحكمة العليا أم هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا؟

وللإجابة على ذلك سنتناول في الفرع الأول تفسير العقد وفي الفرع الثاني تكييفه، وأخيرا كفرع ثالث سنتطرق إلى تحديد نطاقه.

الفرع الأول: تفسيـــر العقـــد

يتم التعبير عن إرادتي طرفي العقد بواسطة مجموعة من العبارات، هذه الأخيرة هي التي تحدد مضمونه وتدل على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وحتى نتمكن من الوقوف على مضمون العقد وبالتالي تحديد الالتزامات المترتبة على عاتق كل من الطرفين، لابد من بيان معنى العبارات الواردة في العقد خاصة إذا كانت غامضة، وهذا ما يعرف بعملية التفسير، والتي تكون دوما في مرحلة تنفيذ العقد وهذا بعد أن يطرأ نزاع أثناء مرحلة تنفيذ العقد والذي يظهر في الوهلة الأولى

أو أثناء إبرامه واضحا بالرغم من إعداده من طرف موظف عمومي والإجراءات التي يمر عليها خلال مرحلة إبرامه كما سيتم بيانه في الجزء الثاني من خلال هذا الفرع سنتناول حالات التفسير وقواعده .

أولا: حالات التفسير وقواعده:

يمكن تقسيم عبارات العقد إلى ثلاث عبارات من حيث حاجتها للتفسير، إما أن تكون واضحة معبرة عن قصد المتعاقدين وإرادتهما وبالتالي لا تحتاج إلى تفسير إلا إذا كانت لا تعبر عن قصدهما رغم وضوحها، وإما أن تكون غامضة أو أن يكون هناك شك حول حقيقة ما قصده الطرفان، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

I. حالة وضوح عبارة العقد.

تنص المادة 1/111 من القانون المدني الجزائري على: « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين »، ويفهم من « وضوح العبارة » التطابق بين التعبير عن الإرادة الذي تم بالعبارات الواردة في العقد والإرادة الباطنة أي ما اتجهت إليه إرادة الطرفين[1]، وعليه فالمقصود بالوضوح هنا وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ، باعتبار أن اللفظ ما هو إلا وسيلة للتعبير عن الإرادة، كما لا يقصد من الوضوح وضوح كل جملة على حدا أو كل بند من بنود العقد لوحده أو وضوح العبارة في حد ذاتها أي وضوح اللفظ الحرفي، وإنما يقصد به اتضاح معنى العقد ككل لا يتجزأ باعتباره وحدة واحدة متصلة .

1-حالة وضوح العبارة واتفاقها مع إرادة المتعاقدين:

بمقتضى ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري، يتضح لنا بأن القاعدة في هذه الحالة أنه لا يوجد اجتهاد مع وضوح العبارة، فإذا كانت العبارة واضحة لا يجوز للقاضي الانحراف عن المعنى الظاهر بحجة التفسير للتعرف على إرادة المتعاقدين[2]، وإذا قام بتفسير العبارة رغم وضوحها قد يؤدي إلى تحريف العقد وتشويهه وهذا ما يجعل حكمه قابلا للنقض[3]، وعليه ينفذ العقد دون أية صعوبة ولا يجوز لأحد المتعاقدين الاحتجاج

[1] علي فيلالي النظرية العامة للعقد, الجزء الأول, الطبعة الثانية ,موفم للنشر والتوزيع ,الجزائر 2005 ,ص305 ,ص306

[2] سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 2، الطبعة 4، المنشورات الحقوقية صادر بيروت، 1998، ص482

[3] هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية، المصرية، أنظر عبد المنعم فرج الصده، ، ص344.

بوقوعه في غلط في التعبير عن إرادته على أساس افتراض التطابق بين العبارة الواضحة وإرادة المتعاقدين .

هذا في حالة ما إذا كان المتعاقدان في مكان واحد وكان للعبارة الواحدة والواردة في العقد معنى واحد لا يختلف باختلاف المكان، أما إذا كان المعنى العادي الظاهر للعبارة يختلف باختلاف المكان، فحسب رأي الفقهاء وكذا القضاء الفرنسي فالعبرة تكون بالمعنى العادي للفظ في المكان الذي يوجد فيه من وجه إليه الإيجاب إذا ما خلا العقد من اتفاق يقضي بإعمال معنى معين يقصده الطرفان، أما إذا وجد مثل هذا الاتفاق فيجب الأخذ به[1]

وتجدر الإشارة أن القانون الذي يعتمد على الإرادة الباطنة الحقيقية وما التعبير إلا مجرد دليل على هذه الإرادة جعل هذه الفرضية قابلة لإثبات العكس، فمتى ثبت أن الإرادة الباطنة غير متطابقة مع الإرادة الظاهرة يجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أما القانون الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة فالعبرة بالتعبير لأنه هو نفسه الإرادة، فلا يجوز الانحراف عن العبارة الواضحة، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالإرادة الباطنة كأصل والظاهرة كاستثناء. [2]

2- حالة وضوح العبارة ومخالفتها لإرادة المتعاقدين :

في هذه الحالة الوضوح لا يشمل الإرادة واللفظ معا وإنما يقتصر فقط على اللفظ، فظاهر العبارة واضح، لكن ظروف وملابسات العقد تدل على أن نية المتعاقدين اتجهت إلى قصد آخر غير المعنى الظاهر وذلك لإساءتهما في التعبير أو وقوعهما في غلط مشترك .

فإذا كان الغلط المشترك كعيب من عيوب الإرادة فيجب تفسير العقد وفقا لما توهمه المتعاقدين، ذلك أن التوهم يمثل النية المشتركة للمتعاقدين كونهما لم يكونا على علم بحقيقة الصفة الجوهرية للشيء، وبالتالي الغلط المشترك كعيب من عيوب الإرادة لا يكون سببا في استبعاد المعنى الظاهر للعبارة الواضحة .

أما إذا كان الغلط المشترك في صياغة عبارات العقد فإنه يتميز بخاصيتين، الأولى : أنه مادي أي أن المتعاقدين استعملا ألفاظا لا تعبر عن حقيقة قصدهما، أما الثانية : أنه غلط مشترك أي

1أحمد شوقي عبد الرحمان: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات، دون طبعة، المطبعة العربية الحديثة، العباسية، 1977، ص 16 و17.

[2] أنظر العربي بالحاج : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر 1999، ص62و 64.

أن النية المشتركة للمتعاقدين تتعارض مع العبارات المستعملة في التعبير، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي الانحراف عن العبارة الواضحة ويقوم بعملية التفسير للتوصل إلى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان، فالعبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني دون الاعتداد بالمعنى الظاهر رغم وضوحه[1].

وإذا تبين للقاضي أن الإرادة الظاهرة غير متطابقة مع الإرادة الباطنة وانحرف عن التعبير الوارد في العقد، يجب عليه أن يثبت أن التعبير عن الإرادة لا يعكس حقيقة ما قصده المتعاقدين وذلك بالبحث عن النية المشتركة لهما من خلال ظروف التعاقد وكل ما سبق العقد من مفاوضات أو من ظروف وملابسات الدعوى أو من طبيعة التعاقد[2] .

3 رقابة المحكمة العليا في تفسير العبارات الواضحة :

إذا أخذ القاضي بالمعنى الظاهر الوارد في العقد، فلا حاجة إلى تسبيب حكمه ولا يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا، أما إذا انحرف عن العبارة الواضحة فعليه تسبيب حكمه بذكر كافة الأسباب التي دفعته إلى العدول والانحراف عن اللفظ الظاهر، وكذا الاعتبارات والطرق التي استعملها للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين واستخلاص المعنى الحقيقي الذي أراده المتعاقدان، فإذا ما اقتنعت المحكمة العليا أن هذه الأسباب كافية كان الحكم سليما وإذا تبين لها العكس ينقض الحكم[3].

وفي حالة ما إذا قام القاضي بتفسير العبارة الواضحة رغم وضوحها ينقض حكمه لأن في ذلك انتهاك وخروج عن إرادة المتعاقدين، وعليه فإن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة هي مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا.

[1] أحمد شوقي: المرجع السابق ، ص20

[2] هناك من يرى عدم جواز إثبات التعارض بين المعنى الظاهر والإرادة المشتركة بعناصر خارجة عن العقد، واستدلوا في ذلك إلى أنه لا يجوز إثبات مخالفة الدليل الكتابي إلا بالكتابة وبالتالي لا يجوز الإثبات إلا بالعناصر الداخلية، أنظر أحمد شوقي: نفس المرجع ، ص13.

[3] أنظر سليمان مرقص: المرجع السابق، ص489 وعبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق، ص345، وأنور سلطان: مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت، 1983، ص222 .

II. : حالة غموض عبارة العقد

يقصد بالغموض عدم وضوح عبارات العقد لقصور أو نقص فيها، أو أن صياغتها مبهمة أو تحمل في طياتها أكثر من معنى يصعب ترجيح واحد منها على الباقي ويتعذر الوصول إلى الإرادة الحقيقية للطرفين.

إن مشكلة التفسير تثور عندما يثبت تطابق الإرادة التي تعد أمرا نفسيا داخل المتعاقدين وبين التعبير الذي يعتبر أمرا خارجيا ظاهرا يجسد الإرادة الباطنة لجعلها إرادة قانونية ترتب آثاره[1].

نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المقصود بالعبارة الغامضة، في حين نجد الفقه والقضاء قد قدما بعض حالات غموض العبارة[2]وهي كالتالي :

– العبارة المبهمة : وهي لا تفيد شيئا مما يصعب علينا الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

– العبارة التي تحمل أكثر من دلالة : وهي عبارة غير دقيقة تحمل في طياتها أكثر من معنى مما يتعسر علينا معرفة المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين .

– العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة: إذ يترتب على هذا التعارض غموض عبارة إرادة المتعاقدين .

– تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد .

– إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل .

فكلما كنا أمام حالة من هذه الحالات تثور الحاجة إلى التفسير من أجل التوصل إلى ما قصده الطرفان وبالتبعية تحديد معنى العقد ونطاقه وما يتولد عنه من التزامات.

1-أسباب الغموض[3] :

هناك عدة أسباب يرجع إليها الغموض فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين، إذ قد يسيئان استخدام الألفاظ والعبارات للتعبير عن إرادتهما الحقيقية، ومنها ما يرجع إلى الإيجاز وعدم التوسع في العبارات لشرح شروط العقد مما يؤدي ذلك إلى الإخلال بمضمونه وغموض معناه، وقد يحدث العكس حيث من شدة الإفراط في التوسع يختل مضمون العقد، كذلك قد يشتمل العقد على حالة معينة لا يعرف إن ذكرت على سبيل المثالأو على سبيل الحصر.

[1] عبد الحكم فودة : المرجع نفسه، ص393

[2] علي فيلالي : المرجع السابق ص310و 311

[3] عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص212 .

بالإضافة إلى ما سبق ذكره قد يؤدي الخطأ المادي أثناء صياغة العقود إلى غموضها، شرط أن يكون قد وقع في المحرر الذي انصب عليه التصرف أثناء تحريره وبعد انعقاده صحيحا[1] .

وعليه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يكتنفها الغموض والالتباس ظهرت الحاجة إلى تفسيرها حتى يتسنى الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ويلجأ إلى المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة المشتركة، إذ يفترض أنها التعبير الصادق والكاشف الحقيقي للإرادة الباطنة للمتعاقدين ما لم يقم دليل على اختلافهما وتباينهما.

2- وسائل التفسير :

إن التفسير ينصب أساسا على عبارة العقد الغامضة الممثلة للإرادة الظاهرة التي تكون محلا للتفسير والتي يفترض مطابقتها للإرادة الباطنة[2]، ولا يكون ذلك إلا عن طريق مجموعة من الوسائل والعوامل التي يستهدي بها القاضي في عملية التفسير .

و بالرجوع إلى أحكام المادة 111 نجد أنها تضمنت بعض العوامل التي بإمكان القاضي الاستعانة بها للوصول إلى القصد المشترك حيث جاءت كما يلي : "... 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".

إن هذه الوسائل التي جاءت بها المادة 111 لم تذكر على سبيل الحصر، وبالتالي هناك عوامل أخرى لم يتم ذكرها والتي يمكن للقاضي اللجوء إليها من باب الاسترشاد[3] :

أ – العوامل المنصوص عليها تشريعيا (نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري):

و يمكن التمييز بين طائفتين من العوامل : عوامل داخلية ويرجع فيها القاضي في تفسيره للعقد إلى العقد ذاته، وعوامل خارجية يفسر بها العقد[4]:

[1] عبد الحكم فودة : المرجع نفسه ص226

[2] عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص346 .

[3] بلحاج العربي : المرجع السابق، ص242.

[4] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص608.

a. **العوامل الداخلية في تفسير العقد** : طبيعة التعامل[1] : ويقصد بها الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي أراد المتعاقدان إبرامه[2]، فالقاضي يقوم بتفسيره بما يتوافق وطبيعة العقد .

b. **العوامل الخارجية في تفسير العقد** :الأمانة والثقة : إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يجب أن تسيطر على العقود عند إبرامها، إذ أن الأمانة واجبة على المتعاقد في حين أن الثقة حق له[3]، وكلاهما يعتبران شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة الصادرة من المتعاقد الآخر[4]، فالقاضي عند تفسيره للعقد يكون على أساس الثقة والأمانة المفترض وجودهما بين المتعاقدين، ولا يعتد في ذلك بالإرادة التي كان منبعها الغش والخداع حتى ولو كانت هي نية المتعاقد الحقيقية لولاها لما أبرم العقد[5].

العرف : ويقصد بالعرف العرف التفسيري، والمتمثل في العادات الاتفاقية التي استقرت بين نفس المتعاقدين أو نظائرهما في نفس مادة التعاقد، بحيث أصبحت سنة أطرد عليها العمل دون اشتراط توافر عنصر الإلزام الخاص بالقاعدة القانونية[6]، فالقاضي يفسر العبارات الغامضة على ضوء هذا العرف[7] والعادات للوصول إلى المعنى الحقيقي للنية المشتركة، ذلك لما للعرف من أهمية خاصة في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين أين يجري فيها العرف مجرى القانون.

و يشترط لإعمال العرف أن يكون هناك غموض يكتنف نصوص العقد، وألا يتضمن العقد شرطا يقضي بإبعاده، بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيق العرف لا يكون إلا إذا انعدم نص قانوني، وما دام أن العادة واقعة مادية فعلى كل من يتمسك بها أن يثبت حكمها بجميع طرق

---

[1] ورد هذا المعيار في المادة 1158 من القانون المدني الفرنسي تحت" مادة التعاقد "، أنظر عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص229

[2] عبد الحكم فودة :نفس المرجع، ص228

[3] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص610 وعبد المنعم فرج الصده : المرجع السابق، ص347 ومحمد حسام محمود لطفي: المرجع السابق، ص187.

[4] أنور سلطان : المرجع السابق، ص224.

[5] علي فيلالي : المرجع السابق، ص312.

[6] عبد الحكم فودة : المرجع السابق، ص238

[7] استعمال لفظ العرف منتقد حيث لا يشترط فيه عنصر الإلزام الخاص بالقاعدة القانونية لذلك يفضل استعمال مصطلح العادة، أنظر أحمد شوقي: المرجع السابق، ص83 .

الإثبات طالما أنه لا يوجد حكم في العقد يخالف حكم العادة[1]، كما يشترط لإعمال العرف أن يكون مستقرا وأن يتداوله الناس وألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة[2].

وتجدر الإشارة أنه إذا خالف القاضي العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون، يكون حكمه قابلا للنقض، أما إذا كان حكمه مخالفا للعرف على أساس أنه عامل من عوامل التفسير فلا يكون حكمه عرضة للنقض[3].

و يدخل ضمن العرف الشروط المألوفة وهي الشروط التي جرت العادة بإدراجها في العقد ولكنها تكون أكثر تحديدا من العرف[4]، وذكرها في العقد أو عدم ذكرها لا يؤثر عليه، ذلك أن مثل هذه الشروط أصبحت مألوفة وأن تكرارها في كل مرة لا جدوى منه، إلى درجة أنه أصبح لكل متعاقد الحق في مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط حتى ولو لم يرد ذكرها في العقد، لأنها أصبحت عرفا خاصا به مثل ما هو معمول به في الفنادق والمطاعم فيما يتعلق بإضافة نسبة مئوية إلى حساب العميل ينتفع بها الخدم، ما لم يقدم دليل كتابي يثبت عدم تطبيقها[5] .

ب – العوامل غير المنصوص عليها تشريعيا :

و هي بدورها تنقسم إلى عوامل داخلية وخارجية :

a) **العوامل الداخلية :** وتتمثل في :

– العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني : حيث أن القاضي لا يقف أمام المعنى الحرفي للنص، بل عليه أن يرجح المعنى الأكثر تطابقا مع طبيعة العقد وما تقتضيه طبيعة المعاملة[1] .

---

[1] أحمد شوقي : المرجع نفسه، ص78 .

[2] محمد صبري السعدي : المرجع السابق، ص 297 وعبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص612.

[3] عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد، المرجع السابق، ص945

[4] المرجع نفسه، ص946

[5] نفسه، ص946

[1] عبد الحكم فودة : المرجع السابق، ص233 .

تحمل العبارة أكثر من معنى واحد : إذا احتملت العبارة أكثر من معنى فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا، وهو ما يعرف في أصول الفقه الإسلامي : " إعمال الكلام خير من إهماله"[2] .

عبارات العقد كاملة تفسر بعضها البعض : إذ لا يصح أن يفسر كل بند أو شرط من العقد على حدا، ولا يفسر بمعزل عن بنود العقد الأخرى ذلك أن العقد وحدة واحدة كاملة لا تتجزأ[3].

تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم : ومثال ذلك إذا بيعت مزرعة وكان من توابعها أبقار خصت بالذكر فإن البيع لا يخص الأبقار بل تم ذكرها خشية من قيام الشك في شمول البيع لها، وعليه فالبيع يشمل كل ما يدخل في المزرعة من عتاد فلاحي ومباني ومخازن[4] .

التفسير في ضوء روح العقد والغرض منه[5] : ما دام أن العقد ما هو إلا وسيلة لتحقيق غرض اقتصادي معين، فعلى القاضي عند تفسيره له أن يبحث عن هذا الغرض لما له من دور في تحديد المعاني الغامضة، وربط الشروط كلها للوصول إلى روح العقد عامة، مبتعدا عن المعنى الحرفي للألفاظ وذلك على ضوء ظروف الدعوى وقرائن الحال[6] .

b) **العوامل الخارجية في تفسير العقد** : وتتمثل فيما يلي :

الظروف والملابسات المحيطة بالعقد : فعلى القاضي الرجوع إلى الظروف الشخصية والموضوعية المحيطة بإبرام العقد وما سبقه أو عاصره من اتفاق عن موضوع العقد[7] .

تنفيذ العقد : اتفق الفقه والقضاء أن تنفيذ العقد يعد عاملا خارجيا هاما لتفسير العقد، ذلك أن تنفيذ العقد يعد وسيلة مؤكدة لتفسير إرادة المتعاقدين التي تتضح عندما ينفذان العقد بعدما كانت غامضة ضمن عبارات العقد .

---

[2] عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد، المرجع نفسه، ص939.

[3] المرجع نفسه، ص939و عبد الحكم فودة : المرجع السابق، ص233.

[4] المرجع نفسه، ص 943 وعلي فيلالي: المرجع السابق ص 314، محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 296.

[5] عبد الحكم فودة : نفس المرجع، ص232 .

[6] نفسه ، ص241 .

[7] نفسه ، ص60 ما بعدها .

دور الشهادة في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين [1] : إن الشهادة عامل احتياطي لا يلجأ إليه القاضي إلا بعد استكمال كافة العوامل السابقة الذكر، ومادام أن دور المفسر يقتصر على بحث وكشف ما ذهب إليه المتعاقدين فله الاستعانة بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة لتفسير العقد.

رقابة المحكمة العليا في تفسير العبارات الغامضة:

هنا يجب التمييز بين حالتين : الأولى تتمثل في تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة فلا تحتاج إلى تفسير أو غامضة فتحتاج إليه، وتعد من المسائل القانونية يترتب عليها التزام القاضي بالتسبيب أو عدم التزامه بذلك وهذا ما يتطلب بسط رقابة المحكمة العليا[2].

أما الحالة الثانية فتتمثل في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين من عبارات العقد الغامضة، فتعتبر مسألة موضوعية لا رقابة للمحكمة العليا عليها، ذلك أن عملية تفسير العقد والمتمثلة في البحث عن النية الحقيقية هي مسألة واقع لا مسألة قانون، تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع .

III. حالة الشك في العبارة الغامضة :

يكون القاضي في وضعية الشك من حقيقة المعنى المقصود [3]، إذا كانت العبارة الغامضة تحتمل أكثر من معنى وتعذر على القاضي تحديد حقيقة مقاصد الطرفين بصورة مؤكدة ودقيقة رغم إتباع جميع وسائل التفسير– الداخلية والخارجية– للكشف عنها وتحديد مفهومها .

ونجد المادة 112 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي :" يؤول الشك في مصلحة المدين.

---

[1] أحمد شوقي : المرجع السابق، ص 60.

[2] أنظر سليمان مرقص : المرجع السابق، ص 494 ومحسن عبد الحميد إبراهيم البيه : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، الجزء الأول، دون طبعة، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، دون سنة نشر، ص 379 وعبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص 348 وصبري السعدي: المرجع السابق ص 294 وعلي فيلالي : المرجع السابق ص 317 .

[3] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص614 وعبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص 348.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "، جاءت بقاعدة تشريعية للحد من هذا الشك وتفسير العقد وبالتالي تنفيذه استنادا لاعتبارات العدالة[1].

1- القاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين :

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 112 من القانون المدني الجزائري[2]، يتضح صراحة أنه عند قيام الشك يأخذ القاضي بالمعنى الأكثر حماية لمصلحة المدين على حساب مصلحة الدائن[3] .

ويقصد بالمدين " المدين بالالتزام الذي يحوم الشك في تفسيره "[4]، فلا ينظر إن كان مدينا بالنسبة للعقد في جملته، فإذا قامت الحاجة إلى تفسير العقد ينظر إلى كل شرط فيه على حدا ثم يفسر لمصلحة الملتزم به حتى ولو كان هذا الأخير دائنا في العقد[5]، هذا في العقود الملزمة للجانبين، أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فالمستفيد هو الذي يستفيد من تفسير العقد دائما وفي جميع الحالات[6] .

أ – شروط تطبيق القاعدة :

يجب توافر مجموعة من الشروط إذا ما اجتمعت طبق القاضي هذه القاعدة :

وجود مبرر للتفسير : فإذا ما كانت عبارات العقد واضحة تدل على إرادة الطرفين فلا مجال لتطبيق هذه القاعدة، وإذا قام بتطبيقها رغم وضوح العبارات تعرض حكمه للنقض.

عجز القاضي عن استخلاص الإرادة المشتركة رغم استعماله وسائل التفسير المختلفة.

توافر حسن النية واعتبارات العدالة : إذ لا حماية للمدين سيئ النية أو المهمل، فكلما اتضح للقاضي أن إبهام العبارة كان نتيجة سوء نية المدين أو إلى خطأ منه، قام بتفسير العقد لصالح الدائن[7] .

---

[1] عبد الحكم فوده : المرجع السابق، ص 249 .

[2] تقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري والمادة 1162 من القانون المدني الفرنسي.

[3] علي فيلالي : نفس المرجع، ص316

[4] صبري السعدي : المرجع السابق، ص300، علي فيلالي نفس المرجع، ص316 .

[5] أنظر عبد الحكم فودة : المرجع السابق، ص650

[6] المرجع نفسه، ص650

[7] نفسه، ص651

ب- مبررات هذه القاعدة :

تقوم هذه القاعدة على جملة من الاعتبارات تتمثل فيما يلي :

لا يلجأ القاضي إلى هذه القاعدة إلا في حالة عجزه عن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، وإذا ثبت له عدم توفر هذه الأخيرة فلا ينعقد العقد، ومن البديهي عدم وصول القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين يعتبر قرينة على انعدامها، فلا ينعقد العقد لانعدام الباعث[1] .

الأصل في الإنسان براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء[2] : فكل من أراد الخروج عن هذه القاعدةعليه إقامة الدليل على انشغال الذمة.

الدائن هو الذي يتحمل إثبات الالتزام: فإذا قام الشك حول ما إذا كان الالتزام واسعا أو ضيقا و أخذ الدائن بالمدى الواسع لكن عجز عن إثبات ذلك، فلا يأخذ إلا بالمدى الضيق لأنه هو الذي قام عليه الدليل[3]، فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير غير أنه يمكن جعل هذه القاعدة ضمن قواعد التفسير على أساس أن النية المعقولة لدى الملتزم هي أن يلتزم بأضيق مدى تتحمله العبارة[4].

العدالة : ما دام أن الالتزام يفرض من طرف الدائن ويحدد شروطه، فالعدالة تقتضي إذا ما قام شك نتيجة غموض ما أملاه الدائن تحمل تبعة ذلك، ووجب أن يفسر العقد لمصلحة المدين الذي لا يد له في وضع هذه الشروط المبهمة[5].

2- الاستثناء " تفسير الشك في عقود الإذعان " :

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني الجزائري يتضح أن تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان يكون في مصلحة الطرف المذعن دائما دائنا أو مدينا، والحكمة من هذا الاستثناء الذي ينصب على كافة شروط العقد العامة والخاصة، هي حماية الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في عقد الإذعان .

---

[1] محمد حسام محمود لطفي: المرجع السابق ، ص 189 .

[2] عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 614.

[3] المرجع السابق، ص614 ، وعلي فيلالي : المرجع السابق ص316 .

[4] المرجع السابق، ص947 .

[5] المرجع السابق، ص614

وعليه فالطرف المذعن يستفيد من أي غموض وارد في عبارات العقد، ذلك أن عقود الإذعان يفتقد فيها عنصر المناقشة لشروط العقد، ولا يشارك الطرف المذعن في وضع عبارات العقد، وبالتالي يتحمل الطرف القوي تبعة سوء صياغته للعبارات.

3- طبيعة القاعدة الواردة في المادة 112 من القانون المدني الجزائري ورقابة المحكمة العليا:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الاحتياطية في التفسير لا يلجأ إليها إلا بعد استعمال جميع قواعد التفسير الواردة في المادة 111 من القانون المدني الجزائري، ودون الوصول إلى النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.و ما دام أن هذه القاعدة جاءت بصيغة آمرة فعلى القاضي الالتزام بها، وإذا ما خالفها عد ذلك خطأ في تطبيق القانون يترتب عنه وقوع الحكم تحت طائلة النقض وتحديد معنى الشك ومدى توافره يعتبر من مسائل القانون التي تقتضي خضوعها لرقابة المحكمة العليا، لأن هذا يترتب عليه إمكانية التفسير لمصلحة المدين أو عدم إمكانية ذلك.

فإذا كان التفسير ضارا بمصلحة المدين أو بمصلحة الطرف المذعن تعين نقض الحكم[1]، وإذا لم يتبع القاضي هذه القاعدة نتيجة ثبوت سوء نية المدين أو إهماله فلا يخضع حكمه للنقض، لأن عدم تطبيقها يعود لانتقاء شرط من شروط تطبيقها وهو حسن النية وعدم إهمال المدين[2] .

الفرع الثاني :تكييف العقـــد

عملية التكييف عملية لازمة وضرورية بعد عملية التفسير، فتفسير العقد يبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين وتكييفه يكون حسب ما اتجهت إليه تلك الإرادة الحقيقية، لذا سنتعرض لعملية التكييف بالتفصيل وذلك من خلال تعريف التكييف وأهميته، ومدى خضوعه لرقابة المحكمة العليا.

أولا :التكييف وأهميته .

1. **تعريف التكييف** :إن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا صريحا للتكييف لذلك نعود للفقه لتحديده:

يعرف التكييف اصطلاحا بأنه إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد، وقد عرفه الأستاذ مصطفى الجمال بأنه : "إضفاء وصف قانوني على العقد انطلاقا من الهدف الذي قصد المتعاقدين الوصول إليه ".[3]

---

[1] محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 303.

[2] عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص 252 و253 .

[3] مصطفى الجمال : النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت 1987، ص220.

و التكييف عملية ملزمة للقاضي يقوم بها من تلقاء نفسه ولا يتقيد فيها بالوصف الذي أضفاه المتعاقدان على العقد محل النزاع، بل يتقيد بالوصف الذي استنبطه عند تفسيره لعبارات العقد والمطابق للقصد الحقيقي للمتعاقدين .

و تجدر الإشارة أن القاضي عند تكييفه للعقد يستعين في ذلك بعنوان العقد ونصوصه والظروف والملابسات المحيطة به وكذا صفة المتعاقدين .

2. **أهمية عملية التكييف** تتمتع عملية التكييف بأهمية كبيرة تتجلى فيما يلي :

تساعد على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق والخاصة بكل عقد .

تساعد على تحديد مضمون العقد وبالتبعية تحديد الآثار المترتبة عليه .

معرفة مستلزمات العقد وذلك بتحديد القواعد المكملة المتعلقة بطبيعة العقد وتحديد العرف الخاص بكل عقد[1] .

إن تكييف المتعاقدين للعقد يبين طبيعة التعامل وهذا يساعد القاضي على إيجاد المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة.

ثانيا :مدى خضوع التكييف لرقابة المحكمة العليا .

تعتبر مسألة التكييف مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، وعليه فإذا قام بتكييف العقد تكييفا خاطئا لا يتوافق مع القصد الحقيقي للمتعاقدين يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، أوإذا قام بالاحتفاظ بالوصف الذي أعطاه المتعاقدين للعقد رغم خطئه يتعرض حكمه للنقض[2].

الفرع الثالث :تحديد نطـاق العقـــد

بعد قيام القاضي بتحديد الوصف القانوني للعقد وإدراجه ضمن النظام القانوني الخاص به لمعرفة القواعد القانونية الواجبة التطبيق، تتحدد الالتزامات الناشئة عن العقد والمترتبة على عاتق كل من المتعاقدين وتحديد آثار العقد الذي تم تحديد طبيعته، وهو ما يطلق عليه بعملية تحديد نطاق العقد .

[1] علي فيلالي : المرجع السابق، ص318 .

[2] أنظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في : 1983/05/07 ملف رقم 28766، المجلة القضائية : 1989 العدد 01 (إيجار – تنازع حول تكييف العقد– البت في طرف قضاة الموضوع المادة 173، 203 من القانون التجاري).

فسنتناول في مرحلة أولى كيفية تحديد نطاق العقد، وهذا ما يقتضي منا تحديد مدى خضوع القاضي عند قيامه بهذه العملية لرقابة المحكمة العليا، وهذا ما سنتناوله في مرحلة ثانية.

أولا :كيفية تحديد نطاق العقد .

وفقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن المتعاقدين يلتزمان بحدود ما ورد فيه وما تم الاتفاق عليه، لكن يكون العقد أيضا ملزما لهما في حدود ما لم يتفقا عليه صراحة، ذلك أنه يتعذر الاتفاق على جميع التفاصيل، وعليه فإن القاضي عند قيامه بتحديد الالتزامات لا يقف عند حدود ما ورد في العقد فقط أي لا يحددها وفقا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة والتي تم استخلاصها بناءا على عملية التفسير فحسب، وإنما إذا أغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهوا منهما، يتولى القاضي استكمال العقد بتحديد مستلزماته عن طريق الاستعانة ببعض العوامل المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي : " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"[1].

وتجدر الإشارة أن القاضي لا يلجأ إلى استكمال العقد وفقا لمستلزماته إلا بتوفر شرطين:

1 إذا تبين له قصور إرادة المتعاقدين بعد قيامه بعملية التفسير، وهذا بعدم تناول مسألة معينة من مسائل التعاقد بالتنظيم، حينئذ يلجأ إلى استكمال العقد[2].

2 إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وأجلا الاتفاق على المسائل الثانوية إلى ما بعد العقد فيتم هذا الأخير، وإذا قام خلاف بينهما حول هذه المسائل يلجآن إلى القاضي للفصل فيها، فيجب عليه عندئذ استكمال العقد وفقا للعوامل السابقة، أما إذا ورد في العقد شرط يفيد بأن العقد لا تترتب عليه آثاره إلا إذا تم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية المؤجلة، وجب على القاضي في هذه الحالة احترام إرادة المتعاقدين ولا يمكنه استكمال العقد الذي لا ينعقد إلا

[1] نص المشرع المصري على كيفية تحديد نطاق العقد باستعمال نفس العناصر في المادة 148 من القانون المدني المصري، أنظر سليمان مرقص : المرجع السابق، ص503، وعبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 616، أما بعض الفقهاء المصريين أضافوا الشريعة الإسلامية كعامل لتحديد مستلزمات العقد رغم عدم النص عليها لأنها مصدر من مصادر القانون المدني، أنظر مصطفى الجمال : المرجع السابق، ص 219 .

[2] محمد صبري السعدي : المرجع السابق ص311 و312 .

إذا تم الاتفاق على هذه المسائل[1]، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 65 من القانون المدني الجزائري .

العوامل التي تساعد القاضي على تحديد مستلزمات العقد وفقا للترتيب الوارد في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

1-طبيعة الالتزام : يجب على القاضي أن يستكمل العقد من أجل تحديد آثاره حسب طبيعة الالتزام وفقا لما يقتضيه القانون والعرف والعدالة، وتوجد عدة أمثلة تطبيقية تبين دور طبيعة الالتزام في تحديد نطاق العقد ففي بيع المنقول مثلا : يعتبر من باع شيئا قد باع معه ملحقاته حتى ولو لم يتم ذكرها في العقد، ذلك أن طبيعة الأشياء تقتضي زيادة هذه الملحقات باعتبارها معدة بصفة دائمة لاستعمال هذا المنقول وهي ضرورية له[2]، كذلك من باع عقارا يعتبر قد باع معه المفاتيح إذا كان منزلا ومستندات التمليك وعقود الإيجار وكذا عقود التأمين التي يبرمها البائع لصالح المبيع حتى ولو لم يتم ذكرها في العقد يجب تسليمها، ومن باع محلا تجاريا يعتبر قد باع معه دفاتره التجارية والاسم التجاري[3] .

2- القانون : يقصد بالقانون المنصوص عليه في المادة 107 من القانون المدني الجزائري كعامل لاستكمال العقد القواعد المكملة والتفسيرية، إذ أن القاضي بتحديده للوصف القانوني للعقد يتسنى له تحديد القواعد المكملة المتعلقة به[4] التي تعالج المسائل والتفاصيل التي سكت عنها المتعاقدان، لهذا فهي تعتبر مكملة لإرادتهما، فهذه القواعد تحل محل إرادة المتعاقدين على أساس افتراض أن إرادتهما انصرفت إلى تطبيقها بسكوتهما[5]، وتطبيق هذه القواعد متوقف

---

[1] نبيل ابراهيم سعد محمد حسين منصور : مبادئ القانون – المدخل إلى القانون – نظرية الالتزامات، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت، 1995، ص277.

[2] ملحقات الشيء هي مجموع الحقوق والالتزامات التي تتبع الحق وتنزل منزلة الفرع بحيث لا يمكنها الانفكاك عنه أو تقوم منفصلة عنه، أنظر في ذلك خليل أحمد حسن قدادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص136 .

[3] محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق ص229، عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص353، توفيق حسن فرج : المرجع السابق، ص230.

[4] محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص308

[5] علي فيلالي : المرجع السابق، ص 292، بلحاج العربي : المرجع السابق، ص247، مصطفى الجمال : المرجع السابق ص218 .

على شرط ألا يتم الاتفاق على مخالفتها، فبانعدام هذا الشرط أعتبرت القواعد المكملة جزء من العقد[1] .

3- العرف : يتم الرجوع إلى العرف كعرف تكميلي عند تعذر وجود نص قانوني في بعض المسائل التي يتعلق بها العرف، إذ يعتبر هذا الأخير مصدرا للقواعد القانونية[2]، فلاستكمال ما نقص من العقد يلجأ القاضي إلى ما جرت عليه العادة في المسائل المدنية والتجارية لتكملة مضمون الالتزام وتحديده[3] .

و للعرف التكميلي دور أخطر من العرف التفسيري لأنه يضيف شروطا والتزامات قانونية مرتبطة بالالتزامات الرئيسية الواردة في العقد جرى العمل بها حتى ولو لم ترد في العقد، فما دام أنه لم يرد نص يخالفها فهذا دليل على إعمالها ضمنيا[4] .

4 – العدالة: ويقصد بالعدالة كعامل لاستكمال العقد في حالة قصور نطاقه، الفصل في أمر معين وفقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون قواعد العدالة مستمدة من القانون الطبيعي لا الوضعي[5] .

و يستعين القاضي بقواعد العدالة لتقرير الالتزامات على عاتق المتعاقدين حتى ولو لم يتم ذكرها في العقد، مثل التزام الناقل بسلامة المتنقل، التزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري بممارسة نفس النشاط.

2 مدى خضوع تحديد نطاق العقد لرقابة المحكمة العليا.

مادام أن تحديد نطاق العقد عبارة عن بيان الآثار القانونية التي تترتب على العقد، فإن تحديد نطاق هذا الأخير يعد من مسائل القانون لا من مسائل الواقع[6]، مما يترتب عنه خضوعه لرقابة المحكمة العليا، هذا إذا استعان القاضي في ذلك بأحكام القانون والعرف، أما إذا لجأ إلى

---

[1] أنظر القواعد المكملة لعقد البيع في المواد ص351 إلى 396 من القانون المدني الجزائري ولعقد المقاولة المادة 559 من القانون المدني الجزائري، ولعقد العارية المادة 545 من القانون المدني الجزائري.

[2] محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق، ص 192 .

[3] بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص247

[4] عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص 237، أحمد شوقي : المرجع السابق، ص 26.

[5] علي فيلالي: المرجع السابق، ص 247.

[6] محمد حسان محمود لطفي: المرجع السابق، ص 195.

قاعدة العدالة بعدما تبين له عدم كفاية كل الوسائل السابقة فلا رقابة للمحكمة العليا عليه، لأن ما يتعلق بالعدالة يعتبر من مسائل الموضوع لا من مسائل القانون[1].

غير أنه إذا ما اتضح مخالفة ما حكم به القاضي وفقا لقواعد العدالة لأحكام القانون فإن حكمه يتعرض للنقض[2] .

المطلب الثاني: تنفيذ العقد الرسمي طبقا لقوته الملزمة وما يرتبه من آثار في مواجهة أطرافه والغير

للعقد قوة ملزمة اكتسبها من إرادة المتعاقدين واتجاههما إلى ترتيب أثاره، ومن هنا فالحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد تكون واجبة التنفيذ والإلزام[3]، فإرادة الطرفين هي واجبة التنفيذ على الأطراف وكذا على القاضي:

أولا :أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين .

إن مصطلح المتعاقدين لا يقصد به الشخص الذي قام بالتعاقد فقط بل يضاف من يمثله في التعاقد، و عليه فأثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين وكذا إلى الخلف العام وقد ينصرف إلى الخلف الخاص[4]:

ثانيا: أثر العقد بالنسبة للخلف العام

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو حصة منها، كالوارث والموصي له بحصة في التركة. بالرجوع إلى نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري يتضح أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث[5] ويترتب على ذلك سريان العقد في حق الخلف العام بما كان سيسري في حق السلف بشأن هذا العقد[6].

أ- آثار انصراف العقد بالنسبة للخلف العام:

يستثنى من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا ثلاث حالات:

---

[1] أنور سلطان: المرجع السابق، ص 231، بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 247.

[2] علي فيلالي: المرجع السابق، ص 295.

[3] عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دون طبعة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر 1992، ص 391.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي بيروت، ص 540 و541 .

[5] تتمثل هذه القاعدة أن أموال المورث تنتقل إلى الورثة فور موته محملة بحقوق الدائنين.

[6] عبد المنعم فرج الصده: نفس المرجع، ص 392.

1) إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، ويكون هذا الشرط صحيحا إذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة.
2) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تمنع انتقاله من المتعاقد إلى خلفه[1]، سواء كان المانع من الانتقال ماديا أو قانونيا[2].
3) إذا كان هناك نص في القانون يقضي بألا ينصرف العقد إلى الخلف العام إلا إذا اتفق المتعاقدان خلاف ذلك[3] .

ب- الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره في حكم الغير:

يكون الخلف في حكم الغير فلا ينصرف أثر العقد إليه إذا تصرف المورث بما له لما بعد الموت بطريق الوصية، فيتحكم بخصوص ورثته تحكما يتعارض مع النظام العام، لهذا تدخل القانون وقيد من تصرفات المورث، فأباح له التصرف بماله بطريق الوصية بقدر الثلث، فإذا ما باع عينا وهو في مرض الموت وكانت تزيد عن الثلث من التركة، فالبيع لا يسري في حق الورثة ولا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا في حالة ثبوت التاريخ، ولهم إثبات أن التصرف الصادر عن مورثهم كان في مرض الموت بجميع طرق الإثبات (المادة 776 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري).

ثالثا :أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يتلق من سلفه حقا –عينيا أو شخصيا – قائما في ذمة هذا الأخير، كالمشتري

و الموهوب له وصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن، فالخلافة في الحق الشخصي لا تتحقق إلا إذا كان هذا الحق قائما في ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف[4]، (المادة 109 من القانون المدني الجزائري).

و يشترط لانصراف أثر العقد للخلف الخاص أربعة شروط[5] :

1عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 542 و543.

2 المانع القانوني: كحق الانتفاع ينتهي بموت صاحبه فلا ينتقل إلى ورثته (المادة 852 من القانون المدني الجزائري) .

المانع المادي : كعمل الفنان والجراح، فعملهما لا ينتقل إلى ورثتهما .

[3] أنظر المادة 439 من القانون المدني الجزائري.

[4]عبد المنعم فرج الصده: المرجع السابق، ص 396.

[5] أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 543 إلى 548.

– أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه .

– أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص، وعليه يجب أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقا من التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف الخاص.

– أن يكون من مستلزماته.

– أن يعلم الخلف الخاص به وقت انتقال الشيء إليه.

أ– إلزامية العقد بالنسبة للغير

المقصود بالغير الأجنبي أصلا عن العقد فلا يكون طرفا فيه ولا خلفا لأحد المتعاقدين، والأصل أنه لا ينصرف إليه أثر العقد ما دام أنه بعيدا عن دائرة التعاقد إلا إذا كان هذا الأثر مقصودا أراده المتعاقدين:

1– التعهد عن الغير:

ويراد به أن يتعهد شخص بجعل الغير على قبول الالتزام أو أمر معين، وحسب المادة 114 من القانون المدني الجزائري أنه في هذه الحالة لا يمكن للمتعهد إلزام الغير بتعهده، وإذا رفض هذا الأخير أن يلتزم وجب على ا لمتعهد أن يعوض من تعاقد معه أو أن يقوم بنفسه بتفنيد الالتزام الذي تعهد به، وإذا ما قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره، ما لم يثبت أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد، وللتعهد شروط:

– يجب أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه.

– أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير.

– أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد.

2–الاشتراط لمصلحة الغير:

هو تعاقد يتم فيه اشتراط المشترط على المتعهد أن يلتزم قبل شخص ثالث أجنبي عن التعاقد وهو المنتفع، فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد (المادة 116 من القانون المدني الجزائري).

المبحث الثاني: إجراءات تنفيذ العقد الرسمي

إن استيفاء الدائن لحقه الذي بذمة المدين من أهم الموضوعات التي نظمها الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم وأقر إجراءاتها قانون رقم 08/09المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بموجب التنفيذ الجبري باعتباره النتيجة الحتمية لامتناع المدين عن الوفاء بالتزاماته تجاه الدائن، بموجبه ينتقل مضمون الحق من أساليب التصور العقلي والقانوني التي نظمها القانون المدني إلى النظام الإجرائي التنفيذي بالتصور الفعلي الواقعي.

وعمل المشرع الجزائري في تنظيمه لإجراءات التنفيذ على تحقيق التوازن والتوفيق بين المصالح المتعارضة للدائن والمدين، فإن كان حريصا على مصلحة الدائن بتمكينه من اقتضاء حقه بالاعتراف له بحق الضمان العام على الأموال التي تدخل في الذمة المالية لمدينه، فإنه بالمقابل لم يهمل حق المدين لأن إطلاق حرية الدائن على النحو المبالغ فيه قد يؤدي إلى الإطاحة بالذمة المالية للمدين وإرباك مركزه المالي والقانوني، حيث يجد نفسه مجردا من أمواله مغلول اليد عنها لاقتضاء حقوق قد لا تتناسب بأي حال من الأحوال مع قيمة هذه الأموال، وهذا ما يتناقض مع النظام الإجرائي للتنفيذ القضائي، ذلك أن التنفيذ يهدف أساسا لاقتضاء حقوق محددة للدائن دون تجريد المدين من أمواله.

ونظرا لتعدد التزامات المدين الواجبة الوفاء تعدد مصادر الالتزام : القانون، العقد، العمل المستحق للتعويض(الفعل غير المشروع) وشبه العقود(الدفع غير المستحق والفضالة)[1] اختلفت تبعا لها السندات المثبتة للحق أو للالتزام فهناك الأحكام والقرارات القضائية والأوامر القضائية والمحاضر والعقود التوثيقية المتنوعة والمتعددة الأشكال.

ونظم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الثالث التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، وتطرق إلى السند التنفيذي بوصفه ركنا أساسيا في إجراءات التنفيذ الجبري بحيث" لا تنفيذ بلا سند تنفيذي"، واعترف المشرع الجزائري لبعض السندات التنفيذية بالقوة التنفيذية نظرا لخطورة وأهمية هذه السندات في التنفيذ الجبري أقرها في المادة 600 من قانون الإجراءات

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام– ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر،1992–1991،ص30.

المدنية والإدارية، وحددها على سبيل الحصر في المادة 600 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن هذه السندات العقود التوثيقية بموجب المادة 600/ف11 التي تعتبر بدورها من الأعمال القانونية التي منحها القانون قوة السند التنفيذي، يجب أن تتوافر على الأركان الأساسية للسند التنفيذي من حيث أطراف التنفيذ وموضوعه–محل التنفيذ– وسبب التنفيذ بشطريه الموضوعي المتمثل في الحق الموضوعي للدائن الجدير بالحماية التنفيذية وشطره الشكلي من حيث اكتمال الركن الشكلي للعقد التوثيقي بوصفه سندا تنفيذيا بأن يرد في نسخة تنفيذية ممهورة بالصيغة التنفيذية.

المطلب الأول: الأساس القانوني للقوة التنفيذية

الأصل العام في القانون الموضوعي والقانون الإجرائي أن ينفذ المدين التزاماته عينا واختيارا،[1] غير أنه إذا امتنع عن الوفاء بالتزاماته بالشكل الذي يخل بعلاقة الدائنية بطرفيها الإيجابي والسلبي يتدخل القانون بموجب التنفيذ الجبري الذي ينحصر أساسا في أموال المدين دون شخصه لإعادة التوازن للعلاقات القانونية التي اختلت بفعل امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته.[2]

ويرتكز التنفيذ الجبري على أموال المدين على عنصر الإجبار، الذي يجب أن يكن مضبوطا بقواعد قانونية صارمة، لكي لا يحيد عن غايته الأساسية وهي إعادة التوازن في العلاقات القانونية بين الدائن والمدين، وتعزيز موضوع الحق الجدير بالحماية التنفيذية في العلاقة القانونية وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 الساري المفعول بتاريخ 24/04/2009 في باب التنفيذ الجبري ونتطرق أولا للمبادئ الأساسية للحماية التنفيذية مع اركان التنفيذ وثانيا للأساس القانوني للقوة التنفيذية للعقد الرسمي.

الفرع الأول: المبادئ الأساسية للحماية التنفيذية:

التنفيذ لغة هو:" تحقيق الشيء بإخراجه من حيز الفكر إلى مجال الواقع، أما التنفيذ في اصطلاح القانون الخاص يكون بمعنى موضوعي يقصد به الوفاء بالالتزام والوفاء في القانون المدني إما اختياري أو قهري)[3]إجباري، والوفاء أو التنفيذ الاختياري هو ما أورده القانون المدني الجزائري في

[1] دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري،دار العلوم للنشر والتوزيع، دون بلد الطبع ،طبعة مزيدة ومنقحة،ص14.

[2] أحمد خلاصي، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري، منشورات عشاش، الجزائر، (ب.س ط.) ، ص4

[3] محمد حسنين، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته،مكتبة الفلاح، الكويت، (ب.س)ط. ، ص 13.

باب انقضاء الالتزام بالوفاء(المادة 284 –258) وبما يعادل تنفيذه: الوفاء بمقابل التجديد– الإنابة في الوفاء– المقاصة – اتحاد الذمة(المادة 304 –285) وانقضاء الالتزام دون الوفاء به: الإبراء–استحالة التنفيذ– التقادم المسقط(322 – 305) . حيث يكون الوفاء باستجابة المدين لعنصر المديونية في الالتزام ،[1] وهذا التنفيذ الاختياري لا يثير أية مشكلة إجرائية إلا في حالة رفض الدائن لما يعرضه المدين عليه نظمته المادة 584 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في باب عرض الوفاء والإيداع أما إذا امتنع المدين أو تأخر عن الوفاء فهنا يكون إعمال عنصر المسؤولية في الالتزام رغما عن المدين بالتنفيذ الجبري، وهو إجبار المدين تنفيذ الالتزام باستعمال القوة العمومية سواء ضد أمواله أو عقاراته، لحصول الدائن على حقه ويطلق لفظ الاقتضاء على التنفيذ الجبري وهذا هو المعني الإجرائي للتنفيذ ..

والتنفيذ الإجرائي(الجبري) قد يكون عينا يسمى بالتنفيذ المباشر أو التنفيذ العيني بحصول الدائن على عين ما التزم به المدين وهو الأصل في التنفيذ حسب نص المادتين 164و167 قانون مدني جزائري، أما إذا استحال التنفيذ العيني كهلاك العين المطلوب تسليمها فيكون للدائن تنفيذ الالتزام باستصدار حكم قضائي بالتعويض ويقوم بتنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين وبيعها جبرا عليه لاقتضاء حقه من ثمن البيع وهذا ما يعرف بالتنفيذ الغير مباشر، أما إذا كان محل الحجز مبلغا من النقود أو شيء مثلي يكون التنفيذ عليه مباشرا، أما التنفيذ غير المباشر [2]هو البديل الذي يحصل عليه الدائن مقابل عدم وفاء المدين بمحل الالتزام بعينه..

والقاعدة الأساسية في التنفيذ سواء كان مباشر أو غير مباشر هو أنه لا يجوز للمرء أن يقتضي حقه لنفسه بيده، وعليه أن يلجأ إلى السلطات العامة ممثلة في أجهزة الدولة، لأن التنفيذ نظام إجرائي وضعه المشرع لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه تحت إشراف القضاء بواسطة المحضر القضائي رغما عن إرادة المدين. [3]

والتنفيذ بذلك يتم وفقا لإجراءات وقواعد صارمة حددها القانون حتى لا تحيد عن غايتها الأساسية وتنحرف إلى تجاوزات قد تسبب الضرر للمدين وتمس بحقوق الدائن، حيث نظمها المشرع الجزائري في قانون رقم 08/09 المؤرخ في 24/04/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق ،ص17

[2] محمد حسنين، مرجع سابق، ص14.

[3] نفسه ، ص 14

والإدارية الساري المفعول بتاريخ 24/04/2009، في الكتاب الثالث تحت عنوان التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية المادة 584 ومايليها حيث أكدت مختلف مواده أن نطاق التنفيذ الجبري محدد بالذمة المالية للمدين دون المساس بشخصه، حيث يبدأ التنفيذ عينا وإذا لم يتحقق يكون التنفيذ على المنقولات وأخيرا التنفيذ على عقارات المدين بالحجز عليها وبيعها قضائيا بالمزاد العلني حسب نص المادة 620 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في موضوع محل التنفيذ.

الفرع الثاني: أركان التنفيذ (الأشخاص –المحل –السبب)

إن التنفيذ تصرفا قانونيا يوجِد علاقة قانونية وينشئ التزامات وحقوق للطرفين،[1] وهو يشكل دعوى حقيقية تسمى خصومة التنفيذ، وأركان الحق في التنفيذ أو خصومة التنفيذ هي ثلاثة: أشخاص التنفيذ –موضوعه أو محله – وسبب التنفيذ الموضوعي والشكلي، ورغم الأهمية البالغة لكل ركن من الأركان في التنفيذ التي سيتم الإشارة لها باختصار، لأن الدراسة ستقتصر على الركن الأساسي وهو سبب التنفيذ بشقيه الموضوعي والشكلي لارتباطه الوثيقة بالعقود الرسمية بوصفها سندات تنفيذية.

أولا : أشخاص التنفيذ:

لخصومة التنفيذ ثلاثة أطراف أساسية وهي طالب التنفيذ أو الدائن أو الحاجز، ومن يتابع ضده التنفيذ المدين أو المحجوز عليه، والطرف الثالث وهي السلطة العامة ممثلة في المحضر القضائي.

1- **طالب التنفيذ** : هو الطرف الايجابي الذي يطلب التنفيذ الجبري باسمه وفي مصلحته وهو أول من يظهر على مسرح التنفيذ ويعتبر الطرف الايجابي في إجراءات التنفيذ بحيث يتم التنفيذ لصالحه حتى ولو لم يباشر هذه الإجراءات بنفسه،[2] وصفة طالب التنفيذ تختلف فقد يكون دائنا عاديا أو دائن مرتهن أو دائن ممتاز..

يشترط في طالب التنفيذ أن يكون له صفة أي أنه صاحب الحق الموضوعي الثابت في السند التنفيذي وتثبت هذه الصفة وقت بدأ الحجز، ويجب أن يتوافر في طالب التنفيذ أيضا أهلية إجراء التنفيذ وذالك بمعرفته طبيعة الأعمال المكونة لإجراءات التنفيذ، والأهلية اللازمة لإجراء التنفيذ

[1] أحمد خلاصي، مرجع سابق،ص4.

[2] محمد حسنين، مرجع سابق، ص23.

أو استيفاء حقه وقبض الدين هو عمل نافع تكفي له أهلية الإدارة سواء بالنسبة للحجز على المنقول أو العقار أو حجز ما للمدين لدى الغير[1]

2-المنفذ عليه: وهو الطرف السلبي في العلاقة حيث يتم اتخاذ إجراءات الحماية التنفيذية في مواجهته وتوجه الإجراءات ضد شخص المدين، وقد يكون غير المدين كالكفيل العيني وحائز العقار بحسب السند التنفيذي المؤكد لالتزامه، ويشترط أن يكون المنفذ عليه أهلا للتصرفات القانونية لأن هذه التصرفات تستهدف ماله دون اعتبار لإرادته جبرا عليه .

3-السلطة العامة كطرف في التنفيذ: إن القاعدة العامة تقضي بعدم اقتضاء المرء لحقه بنفسه لنفسه، فكان لابد من تدخل السلطة العامة في الدولة لتقرر الحق المتنازع فيه.

ويضطلع بإجراءات التنفيذ السلطة القضائية طالما أن خصومة التنفيذ تقتضي عاجلا أو آجلا قيام دعوى قضائية في أية مرحلة من مراحلها، والسلطة القضائية التي تباشر التنفيذ الجبري يأخذ دورها في مجال التنفيذ أحد الشكلين إما نظام قاضي التنفيذ وإما نظام المحضرين .[2]

وحدد المشرع الجزائري موقفه بالأخذ بنظام المحضرين بموجب نص المادة 611 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يتم التنفيذ من طرف المحضرين بناء على طلب المستفيد من سند تنفيذي أومن ممثله القانوني أو الإتفاقي."

ثانيا :موضوع التنفيذ أو محله:

خلافا لما كان عليه الأمر في القانون الروماني الذي كان يجيز التنفيذ على شخص المدين بحبسه وبيعه كرقيق، فإن التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري أقر بموجب نص المادة 620 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن إجراءات التنفيذ تكون على الأموال المنقولة للمدين فإن كان مقدارها لا يغطي الثمن والمصاريف انتقل التنفيذ إلى العقارات ..

فالدائن بوساطة المحضر القضائي يوجه إجراءات التنفيذ ضد محل الالتزام عينا ثم ضد الأموال المنقولة وأخيرا عقارات مدينه، أي أن الذمة المالية للمدين تشكل محلا للتنفيذ وهنا يؤخذ بالمفهوم العام للذمة المالية حيث أنها الوعاء الذي يضم الأموال الحاضرة والمستقبلية للمدين .[3].

[1] أحمد خلاصي، مرجع سابق،ص182.

[2] محمد حسنين، مرجع سابق، ص24.

[3] حمد خلاصي، مرجع سابق،ص210.

وتحكم محل التنفيذ عدة خصائص وشروط أهمها طبيعة الأموال التي يجوز التنفيذ عليها بموجب إجراءات الحجز التحفظي والاستحقاقي والتنفيذي، وهناك أمولا تخرج من نطاق التنفيذ والمرتبطة أساسا بالأمور العائلية والمعيشية للمدين، وكذا توافر شروط أساسية في المال موضوع التنفيذ وهي أن يكون محل التنفيذ مالا مملوكا للمدين مما يجوز التصرف فيه ويجوز الحجز عليه.

ثالثا: سبب التنفيذ:

إن السند التنفيذي هو السبب المنشئ للحق في التنفيذ ويتحلل إلى عنصرين عنصر موضوعي وهو الحق الموضوعي الذي استوجب القانون شروط أساسية في وجوده ومقداره

وحلول أجله ليكون جديرا بالحماية التنفيذية، والذي يجب أن يرد في سند أو وثيقة أو ورقة التي بيد طالب التنفيذ والمزودة بالقوة التنفيذية سواء كان حكما أو قرارا قضائيا أو عقدا رسميا مثبتا لهذا الحق .[1]

وهذا السند التنفيذي على اختلاف أنواعه والجهات المصدرة له فإنه يجب أن يكتمل ركنه الشكلي، لأن السند التنفيذي سبب نشوء الحق في التنفيذ ولكن ممارسة هذا الحق لا تكون إلا بالأداة التي اعتمدها القانون لذلك وهي النسخة التنفيذية الممهورة بالصيغة التنفيذية وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي.[2]

الفرع الثالث: الأساس القانوني للقوة التنفيذية في العقد الرسمي

نصت المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على 12 نوع من السندات التنفيذية تبعا لاختلاف الجهات المصدرة لها من أحكام وقرارات قضائية ومحاضر صلح وبيع بالمزاد العلني وعقود توثيقية كلها في نفس درجة القوة التنفيذية، ليساوي بذلك المشرع الجزائري العقود الرسمية بالأحكام القضائية من حيث درجة التنفيذ بعد أن أكد في المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن للأحكام القضائية حجية العقد الرسمي

[1] حمد خلاصي، مرجع سابق،ص220.

[2] محمد حسنين، مرجع سابق،ص 58.

أولا: تعريف العقد الرسمي

نصت المادة 324 من القانون المدني على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

وبالنظر إلى نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع لم يصب في تحديده لمصطلح " العقد الرسمي «وهو نفس المصطلح الذي نص عليه المشرع في المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصدد الحديث في موضوع الحجية، ويلاحظ أن المشرع أخلط بين التصرف القانوني وأداة إثباته فأطلق لفظ "العقد الرسمي" على التصرف ثم استعمل اللفظ ذاته على أداة إثباته فقيل" عقد رسمي وعقد عرفي" وقصد بذلك الورقة الرسمية أو الورقة العرفية التي تعد لإثبات التصرف، وبالرجوع إلى النص بالفرنسية استعمل كلمة والتي تفيد "الورقة أو السند" وهي الترجمة الصحيحة إذ هناك فرق أساسي بين التصرف القانوني الذي يتم بتوافق إرادتين الذي يسمى "عقدا " وأداة إثباته أي الورقة أو السند التي دوِن فيها اتفاق المتعاقدين، والورقة الرسمية أعم من العقد الرسمي وهي تشمل كل محرر يثبت فيه ضابط عمومي أو موظف عام ما تم لديه أو ما تلقاه ولها حجية بين أطرافها وبالنسبة للناس كافة، ولكنها لا تصلح كسندات تنفيذية، من ذوي الشأن وإنما العقود التوثيقية وهي الصادرة عن موثق بصفته ضابط عمومي له طبيعة خاصة في خاصة في تعيينه وكذا اختصاصه الوطني نظرا للدور الخطير الذي يضطلع به والذي أسندت الدولة له جزءا هاما من سلطاتها والخاصة بإبرام العقود وتنظيم المعاملات المالية التجارية والمدنية الخاصة والعامة للأفراد.

ليلاحظ أن العقد الرسمي الذي أورده المشرع في نص المادة 600/ف11 يقصد به العقد بمعناه المادي أي المحرر أو الورقة المثبتة للتصرف وليس بمعناها الموضوعي أي الاتفاق أو توافق الإرادتين، لأن المحرر قد يتضمن تصرفا مصدره الإرادة المنفردة كالوصية والوقف...إلخ.

وجرى العمل على إطلاق مصطلح العقود التوثيقية على السندات الرسمية وهي تلك المحررات التي يقوم الموثق بتحريرها بصفته ضابط عمومي طبقا للأشكال والترتيبات المنصوص عليها قانونا في حدود اختصاصه، ويتم توقيعها من طرف المتعاقدين والشهود إذا حضروا وتوقع وتختم بختمه الرسمي، وتشمل العقود الرسمية والعقود الاحتفالية والعقود التصريحية.

1 – العقود الرسمية (العقود الشكلية): حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فهي تلك العقود التي تصدر من الموثق بصفته ضابط عمومي، وهي كثيرة ومتنوعة لكن أكثرها أهمية ما كانت مثبتة للتصرفات الواقعة على الملكية العقارية سواء كانت حقوق عينية أصلية أو حقوق عينية تبعية واقعة على عقار منها: عقد البيع وعقد المبادلة وعقد الرهن الرسمي.....إلخ.

2 – العقود الاحتفائية : هناك نوع معين من العقود تسمى العقود الاحتفائية والتي في أساسها عقود رسمية لكن ليس كل العقود التوثيقية على عمومها عقودا احتفائية إذ لم يقم المشرع الجزائري بتحديد هذه العقود لا بتسميتها ولا حتى بوضع معيار تشريعي معين يسمح بتكييفها، لكن العمل القضائي والتوثيقي خاصة لم يختلف حول اعتبار كل من عقود الهبة –الوقف –الوصية – الزواج عقودا احتفائية (حضور شهود العدل في العقود الاحتفائية واجب تحت طائلة بطلان العقد على خلاف العقود الرسمية التي لا يعتبر حضور شهود التعريف فيها لازما وضروريا فضلا على أن عدم حضورهم لا يترتب عليه أي بطلان) حسب نص المادة45من القانون رقم05/10المؤرخ في 2005/06/26المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وهو ما يتطلب تدخل الإدارة التشريعية لوضع ضوابط لها تفاديا لتعدد التفاسير والتأويلات.

3– العقود التصريحية : وهي تلك العقود التي يقتصر فيها دور الموثق على تلقي التصريح من الأفراد ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون ومن أهم العقود التصريحية نذكر: الفريضة، الإشهاد بكفالة وعقد الإيجار .

فالعقود التوثيقية تتعدد وتختلف ولا يمكن حصر مجالها بأي حال من الأحوال وإن كان التصنيف السابق ما هو عمل تنظيمي واجتهاد العمل التوثيقي وليس معيارا جامعا مانعا، وبالرجوع إلى نص المادة 600/ف11 جاءت بمصطلح العقود التوثيقية بإطلاقها كأصل عام كلها سندات تنفيذية، وما التخصيص لنوع العقود الواردة في المادة600/ف11 على أن:" السندات التنفيذية هي:

العقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، عقود القرض، العارية، الهبة، الوقف، البيع والرهن والوديعة، " هي إعادة التأكيد والتذكير لأكثر أنواع العقود انتشارا وتداولا في المجتمع فهذا التخصيص ورد في رأينا الخاص على سبيل المثال وليس الحصر لأنه تأكد بمصطلح" لاسيما" التي تفيد التخصيص لا الحصر.

ليبقى بهذا المفهوم الشامل أن كل العقود التوثيقية سندات تنفيذية، ولكن مثل هذا القول قد يؤدي

إلى زعزعة الثقة في التعاملات المدنية والتجارية للأفراد، إذا ما كان كل عقد توثيقي قد يكون سند تنفيذي في أي من الأوقات بما يوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد نوع العقود التي تكون عقدا توثيقيا وسندا تنفيذيا، ويكون ذلك بتحديد طبيعة الحق الموضوعي وشروطه الأساسية الوارد في العقد التوثيقي ليكون جدير بالحماية التنفيذية.

ثانيا: خصائص العقد التوثيقي الذي يعد سندا تنفيذياً

إن السند التنفيذي يوصف على أنه:" كل عمل قانوني يؤكد وجود حق موضوعي للدائن جدير بالحماية التنفيذية"[1] ، ومن ثم ليست كل الأعمال القانونية التي تؤكد وجود الحق تكون سندا تنفيذيا يصلح لتحريك ومباشرة إجراءات التنفيذ الجبري لاقتضاء ما تتضمنه من حقوق وإنما فقط تلك الأعمال التي يعتَرِف لها القانون بهذه الصفة.

وهذا ما ينطبق على العقد التوثيقي فليس كل عقد توثيقي سندا تنفيذيا وإنما يجب أن تكون للحق الذي يتضمنه خصائص مميزة تجعله جديرا بالحماية التنفيذية، فيكون العقد التوثيقي سند تنفيذي دالا دلالة قاطعة بذاته على توافر شروط الحق، بحيث ترد في العقد نفسه ويشهد عليها أطرافها خاصة من حيث وجود الحق نفسه في العقد التوثيقي وتعيين مقداره وحلول أجل آدائه وقد نصت عليه المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- **أن يكون دين محقق الوجود:** يجب أن يتضمن العقد التوثيقي التزام على المدين بدين محقق الوجود أي أن المدين أقر وصرح وأشهد على نفسه أنه ملتزم للدائن بدين، ويجب أن يكون هذا الدين غير متنازع فيه لا من حيث وجوده أو مضمونه، وتحديد طبيعة الالتزامات في العقد التوثيقي يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن وجود هذا العقد يجعل الحق الذي يحتويه محقق 17الوجود طالما أنه محدد فيه لأن إبرام العقد عمل قانوني مؤكد لوجود الحق الثابت فيه [2].

وتظهر أهمية تحقيق الوجود للحق الموضوعي في تحديد طريقة التنفيذ فإذا كان مبلغا من النقود أو شيء مثلي كان التنفيذ مباشرا على المبلغ أو تسليم العين محل الحق بموجب السند التنفيذي، وإذا لم يف المدين بالتزامه يكون التنفيذ غير مباشر عليه.

وكذلك تظهر أهميته في تحديد طرفي الحق في التنفيذ فلا يكون التنفيذ إلا لصاحب الحق الموضوعي المبين في العقد التوثيقي بصفته سندا تنفيذيا.

[1] أحمد خلاصي، مرجع سابق،ص59

[2] محمد حسنين، مرجع سابق،ص95.

2- **أن يكون الحق معين المقدار**: يجب أن يؤكد العقد التوثيقي المعد كسند تنفيذي الحق الموضوعي المعين المقدار، الذي يجري التنفيذ عليه، وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية السابق وأغفل النص عليها في المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد كان توجها سليما منه، ذلك لأن تعيين المقدار هو مرتبط أساسا بمبلغ من النقود أو بشيء مثلي أي إعطاء شيء، في حين محل الحق الموضوعي قد يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل حسب القواعد العامة بمفهوم المخالفة لنص المادة 625 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتبعا لاختلاف تعيين محل الحق تختلف أساليب وطرق التنفيذ بين التنفيذ المباشر إذا كان محل الحق مبلغا من النقود أو شيء مثلي، أما إذا كان الحق الموضوعي الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل فإن التنفيذ غالبا ما يكون غير مباشر، وأكدت المادة 625 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن محل الحق قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل في حالة رفض المنفذ تنفيذ الالتزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل يحرر المحضر القضائي محضر الامتناع عن التنفيذ، ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويض أو المطالبة بالغرامة التهديدية، وهي عبارة عن مبلغ مالي يحكم به القاضي على المدين يحسب عن كل مدة زمنية معينة(يوم، أسبوع، شهر) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا، وعلى هذا الأساس تعد الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على إرادة المدين[1].

وتظهر أهمية تعيين المقدار وتطبيقا للقاعدة الشرعية التي تقضي أن لا يأخذ الدائن أكثر من حقه 19ولذلك يتعين أن يكون هذا الحق محددا تحديدا دقيقا[2]

3-أن يكون حال الأداء : الأصل أن الوفاء بالحق يتم المطالبة به إذا كان حال الأداء فلا يكون مضافا إلى أجل واقف إذ لا يجوز التنفيذ قبل حلول أجل الدين سواء كان أجلا قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا [3]، فلابد لمباشرة إجراءات التنفيذ أن يكون الأجل حالاً تحت طائلة بطلان الإجراءات التنفيذية.

[1] أحمد خلاصي، مرجع سابق،ص81.

[2] نفس المرجع،ص46.

[3] دربال عبد الرزاق، مرجع سابق،ص20.

فلا يمكن الاحتجاج على المدين بالتزام على عاتقه دون حلول أجله لأنه قبل أن يصبح الحق حال الأداء لا يوجد حق واجب الاقتضاء أو مخالفة للالتزام بعمل أو الامتناع يسمح للدائن بممارسة التنفيذ الجبري لإقتضائه[1]، وهناك حالتين يباشر فيهما الدائن إجراءات التنفيذ رغم عدم حلول الأجل وهي تنازل الدائن عن الأجل المقرر لمصلحته ويجب أن يكون قد أخطر المدين بتنازله عن الأجل قبل مباشرة التنفيذ، وحالة سقوط الأجل حسب نص المادة 211 من القانون المدني.

فالعقد التوثيقي يجب أن يقوم صحيحا بكامل شروطه وشكلياته وإجراءاته القانونية حسب نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني وما يليها، ليكون له حجة بين طرفيه وبالنسبة للغير حسب نص المادة 324مكرر5ومكرر6، ويجب أن يتوافر الحق الموضوعي على شروط قانونية حسب نص المادة 647قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من تحقق وجود الحق وحلول أجل الوفاء به ليكون سندا تنفيذيا بحد ذاته يتيح للدائن اقتضاء حقه بموجب العقد التوثيقي كسند تنفيذي جبرا على المدين دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي.

المطلب الثاني: الركن الشكلي ومضمون الصيغة التنفيذية للعقود الرسمية:

العقد التوثيقي يعد سندا تنفيذيا في حد ذاته ولكن لبدء إجراءات التنفيذ يستلزم ذلك اكتمال ركنه الشكلي المنصوص عليه قانونا بوجوب تحرير نسخة تنفيذية ممهورة بالصيغة التنفيذية.

الفرع الأول: النسخة التنفيذية المطابقة للأصل

النسخة التنفيذية هي الشكل الخارجي الذي يتخذه العمل القانوني حتى يستطيع أن يرتب السند أثاره القانونية ويحوز القوة التنفيذية [2]، فهو ركن في السند التنفيذي ولا يستقيم أمره بدونه وقد نصت عليها المادة 602 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالعقد التوثيقي كسند تنفيذي المؤكد للحق الموضوعي المحقق الوجود الحال الأداء الذي بيد الدائن، يحصل بموجبه على نسخة من هذا المحرر المثبت للحق تسمى" النسخة التنفيذية" وهذه النسخة التنفيذية تسلم شخصيا إلى الدائن المستفيد أو ممثله القانوني بموجب وكالة خاصة حسب نص المادة602/ف1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1] عمار بومزراق ،المبسط في طرق التنفيذ، دون دار النشر، (ب.س ط.) ،ص34.

[2] محمد حسنين، مرجع سابق،ص61.

وهذه النسخة تحمل وجوبا عبارة " نسخة تنفيذية مطابقة للأصل" تمهر وتوقع من طرف الموثق وتختم بختمه الرسمي، وأكدت عليها المادة 31 من القانون رقم 06/02 المؤرخ في 2006/02/20المتضمن تنظيم مهنة الموثق:" تسلم نسخة تنفيذية للدائن متى طلبها ..." ويؤشر الموثق على الأصل المحفوظ عنده بتسليم النسخة التنفيذية حسب نص المادة 31 من قانون 06/02 والمادة 602/ف3، ويتحدد تاريخ التسليم واسم وصفة مستلمها.

واستحدث قانون الإجراءات المدنية والإدارية حسب نص المادة 602/ف4 سجل خاص بالنسخ التنفيذية، حيث ألزم كل موثق بمسك دفتر أو سجل خاص يؤشر فيه بتسليم النسخ التنفيذية مع تاريخ وتوقيع وصفة المستلم.

وتسلم النسخة التنفيذية مرة واحدة لتفادي تكرار التنفيذ على المدين بموجب نسخة تنفيذية واحدة تسلم إلى الدائن شخصيا أو وكيله القانوني، وتظهر العبرة في هذا الشأن أن الموثق المحرر للعقد التوثيقي هو نفسه مصدر النسخة التنفيذية لأنه ملزم قانونا بالتأشير على أصل العقد التوثيقي المحفوظ لديه بموجب المادة 601/ف3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 31 من قانون 06/02 المنظم لمهنة الموثق.

–النسخة التنفيذية الثانية : حسب نص المادة 603 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة لكل مستفيد، وإذا فقدت هذه النسخة ممن تسلمها قبل التنفيذ كان حصوله على النسخة التنفيذية الثانية بحسب شروط أوردتها المادة 603 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي حددت شروط تسليم النسخة التنفيذية الثانية وهي[1]:

– فقدان النسخة التنفيذية.

– ولجوء طالبها للجهات القضائية للحصول على أمر على عريضة من الجهة القضائية.

الفرع الثاني: الصيغة التنفيذية للعقود الرسمية

يرتبط تسليم النسخة التنفيذية للعقد التوثيقي وجوبا بمهرها بالصيغة التنفيذية حسب نص المادة601 قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية":

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

[1] أحمد خلاصي، مرجع سابق،ص54.

باسم الشعب الجزائري

تلخيص مضمون السند التنفيذي وتنتهي بالصيغة التنفيذية الآتية:

"بناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا العقد وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية"، وبناء عليه وقع هذا العقد."

وتعتبر الصيغة التنفيذية أحد المكونات الأساسية للنسخة التنفيذية التنفيذية المطابقة للأصل الممهورة بالصيغة التنفيذية بحيث لا يكتمل لها الشكل القانوني إلا إذا ذيلت بالصيغة التنفيذية، وعليه لا يجوز البدء في إجراءات التنفيذ إلا بموجب النسخة،[1] تحت طائلة البطلان لإجراءات التنفيذ في حالة إغفالها طبقا للقواعد العامة لبطلان الأعمال الإجرائية.

[1] حمد خلاصي، مرجع سابق، ص 61

الفصل الثانـي

تعديل العقد الرسمي أثناء مرحلة التنفيذ

الفصل الثاني: تعديل العقد الرسمي أثناء مرحلة التنفيذ

يعتبر تعديل العقد الرسمي أثناء مرحلة تنفيذه وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلا وللمشرع استثناء لإعادة تنظيم العقد وضمان التوازن الاقتصادي له .

و لتعديل العقد سواء كان بإتفاق الأطراف أو بنص القانون آليات وميكانيزمات يجب مراعاتها ولهذا فسنتناول في هذا الفصل صور التعديل وشروطه في مبحث أول ثم ما يرتبه تعديل العقد الرسمي من آثار في مبحث ثاني.

المبحث الأول: صور تعديل العقد الرسمي وشروطه

حتى يتضح مفهوم التعديل لا بد من تعريفه وإبراز صوره ثم تحديد شروطه ومبرراته ولهذا فسنتناول في هذا المبحث صور التعديل في المطلب الأول وشروط التعديل ومبرراته في المطلب الثاني

المطلب الأول: صور تعديل العقد الرسمي

يستلزم علينا الحال قبل تبيان صور تعديل العقد إبراز معنى التعديل أولا

فالتعديل لغة، مصدر عدل ومعناه التسوية والتقويم وهو إجراء تغييرات في جوهر الشيء

أما التعديل كمفهوم قانوني، فهو " إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد، وذلك بالإنقاص، أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد "[1].

و هو إجراء تغيير جزئي، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة أو غير ذلك، دون إزالة العقد أو نقضه . [2]

كما يمكن تعريف التعديل بأنه: " استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف، بغية تحقيق الهدف من العقد، ومراعاة مصالح الأطراف " .

وهو استثناء من مبدأ " العقد شريعة التعاقدين " وقد أقره المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني بنصه : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

والتعديل كمفهوم قانوني يسعى إلى إبقاء وديمومة العلاقة التعاقدية، والمحافظة عليها، عكس الفسخ والبطلان اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة.

ويقتصر التعديل على زيادة، أو إنقاص، أو حذف بعض الشروط في العقد الأصلي، لجعله أكثر مرونة وملائمة مع مصالح الأطراف. و المشرع الجزائري بإقراره لتعديل العقد في المادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر ميز بين نوعين من التعديل، فقد يكون التعديل بإتفاق الأطراف وهو ما يعرف بالتعديل الإتفاقي وقد يكون التعديل من طرف المشرع .

---

[1] أسامة الحموي الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الطبعة الأولى مطبعة الزرعي دمشق 1997 ص 345

ويهدف التعديل إلى مواجهة الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية الغير متوقعة، والتي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فتهدد مصالح أحد الأطراف، كوقوع ظروف استثنائية تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات التعاقدية الأصلية . والحل الوحيد لمواجهة هذه الظروف والمحافظة على العقد من خطر الفسخ هو تعديل العقد وهذا بتعديل أحد عناصره أو شروطه لخلق التوازن فيه من جديد . كما يأخذ تعديل العقد عدة صور تختلف باختلاف نوع التعديل سواء كان باتفاق الأطراف أو بتدخل المشرع، ولهذا فسوف ندرس صور التعديل بالنسبة لكل نوع من أنواع التعديل، وسنتناول صور التعديل الإتفاقي في الفرع الأول، وصور تدخل المشرع لتعديل العقد في الفرع الثاني .

الفرع الأول : صور التعديل الإتفاقي

قد تعترض الأطراف أثناء تنفيذ العقد عدة صعوبات تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، وتؤثر على استمرارية العقد، ولهذا فللأطراف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة مطلق الحرية لوضع الحلول المناسبة، التي تسمح بإعادة التوازن للعقد وبقاء العقد وإستمراريته، وتتمثل هذه الحلول إما في إدراج بنود أثناء إبرام العقد ويطلق عليها البنود التلقائية، أو إدراج بنود أثناء تنفيذ العقد ويطلق عليها في هذه الحالة البنود الغير تلقائية، وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

أولا: البنود التلقائية

وهي بنود يلجأ الأطراف إلى إدراجها أثناء إبرام العقد، إذا توقعوا أنه قد تواجههم صعوبات أثناء مرحلة تنفيذ العقد قد تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي أو تهدد استمرارية الرابطة العقدية وبقائها

وبعبارة أخرى فإن الأطراف قد يدرجون أثناء إبرام العقد بنودا أكثر فعالية لمواجهة الظروف الاقتصادية بصورة عامة، ومحاربة انهيار العملة النقدية على وجه الخصوص.

وأهم هذه البنود " بند التقييس " وهو بند يسعى في الغالب إلى حماية العملة النقدية، وذلك بتوفير الثقة بين الأطراف، كما له دور فعال في حماية الاقتصاد الوطني الذي أساسه الثقة، والابتعاد عن عدم التوازن العقدي .

وتنصب هذه البنود أساسا على العقود المستمرة أو المؤجلة التنفيذ.

ويعرف بند التقييس بأنه : " البند الذي يغير سعر الدفع بدلالة سعر مرجعي . هذا الرقم الذي يشكل قيمة سلعة أو خدمة " [1] .

كما يعرف بأنه: " بند لتحديد مبلغ أو ثمن وفق مؤشر متحرك " .

1 : Fransois Térré , philippe simler droit vivil les obligation p 346. Yves Lequette

فالتقييس هو مجرد آلية تسمح بالتغيير التلقائي للخدمات أو البضائع بدلالة رقم مرجعي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف مراعين في ذلك التقلبات الاقتصادية، وهو الوسيلة الناجعة والكافية لحماية الأطراف من تدهور القيمة النقدية، ونجده كثيرا في عقود الترقية العقارية وعقود البيع على التصاميم إذ يكون التسليم لاحق لعملية التعاقد في أغلب الأحيان بعدة سنوات أي مدة إنجاز مشروع الترقية العقارية

أما إذا أغفل الأطراف إدراج مثل هذه البنود أثناء إبرام العقد، وطرأت صعوبات أثناء تنفيذه، فبإمكانهم إدراج بنود أثناء هذه المرحلة يطلق عليها البنود الغير تلقائية، محاولة منهم الحفاظ على استمرارية العقد، وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

ثانيا: البنود الغير تلقائية

تنصب هذه البنود على العقود المستمرة أو الدورية التي قد تعترضها ظروف غير متوقعة، والتي غالبا ما تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقد، وتغير الظروف [1] .

وتقتصر هذه البنود على تبادل المناقشات والاقتراحات للوصول إلى اتفاق يخدم مصالح الأطراف، وأهم هذه البنود بنود إعادة التفاوض.

وبنود إعادة التفاوض هي إلزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف حسنة نتيجة لتغيرات خارجية عن إرادتهم والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الخاصة بالتعاونيات العقارية، أو الترقيات العقارية بالنسبة لتحيين الأسعار وتفرض بنود إعادة التفاوض على الأطراف الالتزام بالتعاون وذلك بتقديم كل طرف ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر[2]، وبالجدية في المناقشات للوصول إلى اتفاق يتماشى ومصالح جميع الأطراف .

والهدف من بنود إعادة التفاوض هو المحافظة والإبقاء على العقد دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين.

وعليه فتبقى البنود التي يدرجها الأطراف في العقد سواء أثناء إبرامه (البنود التلقائية)، أو أثناء تنفيذه (البنود الغير تلقائية)، وسيلة لحماية مصالح الأطراف والحفاظ على استمرارية العقد وتنفيذه .

1 francois ameli. Droit civil . les obligation . mantchrestien : paris 1997 . p 138
2 francois ameli. Droit civil . les obligation . mantchrestien : paris 1997 . p 138

الفرع الثاني : صور تدخل المشرع لتعديل العقد

إذا كانت وظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود وتطبيق أحكامها دون تعديل بنودها، فإن المشرع يتدخل أحيانا في بعض الحالات لإحداث التوازن في العقود وذلك نتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم يتوقعها الأطراف والتي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وذلك إما بمنح القاضي سلطة تقديرية لتعديل العقود وهو ما يسمى بالتعديل القضائي أو بالنص صراحة على التعديل في حالات معينة وهو ما يسمى بالتعديل القانوني للعقد.

لهذا فسنتطرق في هذا الفرع إلى التعديل القانوني أولا والتعديل القضائي ثانيا .

أولا : التعديل القانوني

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين، ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية، فلا يحق له إبقاء العقد أو إنهائه.

فقد نص المشرع على إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين ومن ذلك انقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء (م 439 من ق م)، وإنهاء عقد العارية بموت أحد طرفيها (548 من ق م)، وانتهاء الوكالة بموت الوكيل أو الموكل (م 586 من ق م)، ونلاحظ أنه بالنظر الدقيق في هذه الحالات فإنها لا تعتبر خروجا في الحقيقة على قاعدة القوة الملزمة للعقد لأن هذه العقود يراعى فيها الاعتبار الشخصي للمتعاقدين

و في الإيجار كثيرا ما يتدخل المشرع لتحديد الأجرة، كما يتدخل أيضا في تحديد مدة الإيجار (م 471، 474، 509 من ق م) .

و قد أورد المشرع الجزائري مبادئ خاصة لحماية المتعاقدين من تدخله في تنفيذ العقد وأقر في نفس الوقت استثناءات على هذه الحماية :

1) حماية المتعاقدين من تدخل المشرع

أ: مبدأ عدم رجعية القوانين

يقصد به أن القانون لا يسري على الوقائع والتصرفات التي تمت في الماضي والتي يحكمها القانون القديم الذي تمت في ظله.

و يعد مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ التي تقضي بها العدالة، والتي تلزم لتحقيق الثقة في القانون والإستقرار في الجماعة، فقد يتصرف الأطراف تصرفات يعتبرها القانون القائم صحيحة،

ويصدر بعد ذلك قانون جديد يجعل هذه التصرفات باطلة، فليس من العدل والمنطق أن نؤاخذ الأطراف بما عملوا في الماضي من أعمال مباحة أو أن نبطل تصرفاتهم التي كان يقرها القانون. إلا أن مبدأ عدم رجعية القوانين غير كاف لحماية العقود من القانون الجديد لأن القانون القديم ينتهي بإلغائه، ولهذا فإن مبدأ امتداد سريان القانون القديم هو المبدأ الذي يشكل حماية للمتعاقدين من تدخل المشرع .

ب: مبدأ امتداد سريان القانون القديم

يعتبر هذا المبدأ استثناء من الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد، ومفاد هذا المبدأ هو خضوع آثار العقود الجارية لسلطان القانون الذي تم إبرامها في ظله رغم دخول القانون الجديد حيز التنفيذ، ويهدف هذا المبدأ إلى حماية العقود من القانون الجديد، فلا يجوز للقانون الجديد أن يعدل أو يضيف أو ينقص من هذه الآثار[1]

لأن قانون إبرام العقد هو الذي يحكمه وذلك احتراما لإرادة الأطراف .

و يكون مجال هذا المبدأ أساسا المراكز العقدية الجارية، ويشترط لذلك أن يتعلق الأمر بعلاقة تعاقدية حقيقية، ولذلك يخرج عن هذا المبدأ التعاقد الذي يستهدف الدخول في نظام قانوني مثل نظام الزواج [2]

أما في إطار العقود الحقيقية فيسيطر هذا المبدأ بشكل مطلق، بحيث لا تستطيع أن تقف أمامه أحكام القانون الجديد، وتتمثل الحكمة من المبدأ في تخلف الحكمة من تقرير الأثر المباشر، فالتماثل في العلاقات التعاقدية غير ممكن في ظل مبدأ حريةالتعاقد مما يسمح بتعدد المراكز واختلافها .

و فضلا عن ذلك فإن الحفاظ على التوازن العقدي وتحقيق الثقة التي يضعها المتعاقد في العقد تقتضي استمرار سريان القانون القديم .

و يرى الأستاذ روبييه [3] أن أساس امتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية للعقود السابق إبرامها هو مبدأ التنوع والاختلاف، ويبقى العقد وسيلة تحقيق التنوع والاختلاف في العلاقات بين الأفراد، فالأطراف يتوقعون من إبرام العقد في ظل قانون معين، وكذا تطبيق الأحكام القانونية

1: توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 139

2: الدكتور : عبد المجيد زعلاني، المدخل القانون – النظرية العامة للقانون

[3]Francois dekeuwes – juris classeur civil art 2 fasc p 18

على تصرفاتهم تحقيقا لمصالحهم، لأنه إذا ترتب على القانون الجديد تعديل آثار العقود التي تم تحديدها على أساس الاختيار والتوقع لإختلت الثقة في الوسيلة التي أعطاها القانون للأفراد لتحقيق الاختلاف والتباين في مراكزهم الفردية [1]، ولأجل هذا وجب على التشريعات الحديثة ألا تمس بحق الاختيار الممنوح للأطراف بغية تحقيق مصالحهم من جهة واستقرار المعاملات من جهة أخرى .

ويبدو أن الأساس الفني لمبدأ امتداد سريان القانون القديم على المراكز العقدية هو أن تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر يؤدي إلى نوع من تعديل العقود تعديلا تشريعيا، وهو ما يعني انقضاء الالتزامات الناشئة عن هذه العقود وظهور التزامات جديدة [2] .

وإذا كان مبدأ إمتداد سريان القانون القديم يعتبر من المبادئ المؤدية إلى احترام إرادة الأطراف الخاصة أي المؤدية إلى تأكيد مبدأ سلطان الإرادة، فقد تدعو الحاجة إلى تطبيق مبدأ آخر أسمى من مبدأ سلطان الإرادة وهو العدل، وقد سبق أن رأينا أن العدل يسمو على الحرية ويعلو على الإرادة .

2) الاستثناءات الواردة على حماية الأطراف من تدخل المشرع

أ: مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد

يقصد بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد انطباقه على آثار كل الوقائع والمراكز القانونية التي تتحقق في ظله، فضلا عن انطباقه على هذه الوقائع والمراكز ذاتها التي تحدث في ظله، ومن مبرراته الأساسية منع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية المتماثلة [3] . وتظهر أهمية تطبيق هذا المبدأ خاصة بالنسبة للمراكز التي هي في طريق التكوين كما تظهر أيضا بالنسبة للمراكز الجارية .

إن تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد في مجال العقود لا يمكن الأخذ به على الإطلاق لأن تنظيم العقود يقتضي التنوع والاختلاف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن تدخل المشرع لتعديل العقد بتطبيق الأثر الفوري أدى إلى اختلاف فقهي حول إمكانية تطبيقه على العقود، فهناك من يرى تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر إذا كان يحتوي على قاعدة آمرة، فإذا

1 سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 968

2المرجع نفسه ، ص 699

3: عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ص 103

لم يحتو عليها كان هناك مجال لاستمرار القانون القديم [1]، وهناك من يتمسك بالتفرقة بين القوانين المتعلقة بالنظام القانوني والقوانين المتعلقة بالمراكز العقدية وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي روبييه الذي يؤكد أن التشريعات المتعلقة بنظام العقود لا يكون لها أثر على العقود الجارية [2] .

فبالنسبة للتشريعات المتعلقة بنظام العقود يسري القانون الجديد بأثر مباشر على العقود الجارية، أما بالنسبة للمراكز العقدية فيستمر القانون الذي أبرم العقد في ظله في السريان، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات بين الأفراد مما يؤدي إلى رفض الأثر الفوري على المراكز العقدية .

ب : الأثر الرجعي للنص الجديد لتعديل العقد

بالرجوع إلى مبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره مبدأ قانونيا عاديا فإنه يقيد القاضي ولا يقيد إرادة المشرع في التدخل لتعديل العقود، وذلك بالنص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي على العقود القائمة في ظل قانون معين.

حيث يمكن لضرورات معينة أن ينص المشرع صراحة في قانون جديد بأن هذا القانون يطبق بصفة رجعية [3]، وهذا هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون المدني الذي صدر في سبتمبر 1975، وامتد تطبيقه على الماضي ابتداء من 5 جويلية 1975 محاولة من المشرع لتغطية الفراغ التشريعي الذي تركه إلغاءالقانون الذي مدد بمقتضاه العمل بالقانون الفرنسي في الجزائر وهو قانون 31 ديسمبر 1962 .

و قدر الأستاذ بن شنب [4] " بأن تدخل المشرع لتعديل العقد يأتي لتقدير بند غير مكتوب بأثر رجعي "، ويراد من ذلك أن المشرع لما يتدخل لتعديل عقد فهو بالضرورة يلجأ إلى إعادة كتابة شروط غير مكتوبة وإدراجها في العقد وذلك بالنص صراحة على رجعيتها فيما يتعلق بآثارها بمقتضى القانون الجديد، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها [5] حيث اعتبرت أن قرار إلغاء تأميم أرض مشاعة صادر في 1977/5/3 يكون له أثر رجعي مؤداه إبطال كل التصرفات الواردة على الأرض المؤممة أثناء فترة التأميم، ويترتب عنه رجوع الأطراف إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها من قبل .

1توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 142

2paul roubier op cit p 361

3: عبد المجيد زعلاني المرجع السابق ص 102

4 alt ben cheneb theorie generale du contrat o.p.u alger 1982 p 83

5: المحكمة العليا – الغرفة المدنية – قرار صادر بتاريخ 1983/03/30 ملف رقم 27927 المجلة القضائية العدد2 ص 42

و يرى الأستاذ روبييه أنه إذا لم ينص المشرع صراحة على رجعية القوانين فلا يجوز للقاضي تطبيقه على الماضي وبالتالي المساس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة [1].

و إن إقرار الأثر الرجعي تقتضيه ضرورة تفوق الاستقرار في المعاملات عندما يتطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضي [2]، وعليه فإذا كان القانون الجديد يسري بأثر رجعي في تعديل العقود التي تم إبرامها وترتيب آثارها في ظل القانون القديم بما يتماشى وتوقعات ومصالح الأطراف الخاصة، فإن حلول إرادة المشرع محل إرادة الأطراف مهما تنوعت الدوافع، اعتبر انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد وظلما للأطراف بإبعاد تصرفاتهم .

و لهذا فيجب على المشرع التقيد بمبدأ عدم رجعية القوانين ولا يتدخل إلا عند الضرورة القصوى واتخاذ الحيطة والعدل معايير لتدخله .

ثانيا: التعديل القضائي

إن الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد، فلا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله لما في ذلك من مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فوظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود وتطبيق أحكامها دون تعديل بنودها [3]، إلا أنه استثناء من هذا المبدأ رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد نتيجة لوجود ظروف قد تؤدي إلى إلحاق خسارة بأحد المتعاقدين أو ضرر فاحش، وكذا من أجل ضمان مرونة العلاقة التعاقدية وبقائها .

إذن فتدخل القاضي لتعديل العقد يكون في حالات خاصة، كتعديله للعقد في حالتي الغبن والاستغلال، كما يتدخل لتعديل الشروط التعاقدية كتعديل الشرط الجزائي وتعديل عقد الإذعان، كما يتدخل لإعادة التوازن نتيجة ظرف طارئ لاحق على تكوين العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة وهذا ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي :

I. : تدخل القاضي لتعديل العقد نتيجة الغبن والاستغلال

الغبن هو عدم التعادل المادي بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، أما الاستغلال فإنه لا يكفيه أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة

1 paul roubier op cit p 224

[2] حسن كيرة المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1974.ص 346

[3] عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية 1999 ص 110

ضعف يوجد فيها المتعاقد المغبون [1]، وقد أخذ المشرعالجزائري بفكرة الاستغلال في المادة 91 من القانون المدني مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن بنصوص متفرقة .

II. تدخل القاضي لتعديل الشروط التعاقدية :

1. تعديل القاضي للشرط الجزائي :

الشرط الجزائي هو تقدير إتفاقي للتعويض سواء من عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، ويحصل مقدما قبل وقوع الضرر [2]، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 183، 184، 185 من القانون المدني، ويشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط وهي : الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، إعذار المدين بعد فحص القاضي كل شرط على حدى وتأكده من توافر كل الشروط وجب عليه التدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض إذا كان مبالغا فيه طبقا للمادة 2/184 من القانون المدني، أو الزيادة فيه إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما طبقا لأحكام المادة 185 من القانون المدني .

2. تعديل القاضي لعقود الإذعان :

الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة بين أطراف العقد، وهذا هو الشأن في جميع العقود، إلا أنه بعد اتساع دائرة النشاط الإقتصادي وظهور المشاريع والشركات الإحتكارية، أصبح أحد المتعاقدين يستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور هذا الأخير إما على قبول الصفقة كلها أو رفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، كما قد يضطر المتعاقد الضعيف إلى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه، وتعرف هذه العقود بعقود الإذعان [3]

يعرف الدكتور : عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان بأنه : " العقد الذي يسلم فيه مقابل بشروط مفرزة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسةمحدودة النطاق في شأنها " [4].

---

[1] توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 164

[2]: عبد السلام الترمانيني ص 179

3: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ص26 .

[4] عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ص 120

و لما كان أحد طرفي عقد الإذعان يستقل بوضع شروط العقد، فإن هذا النوع من العقود غالبا ما يخضع لتنظيم ورقابة سابقة من جانب المشرع لحماية الطرف الضعيف، ومن أهم مظاهر هذه الحماية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد يشتمل عليها هذا العقد .ومثال ذالك الشروط التي وضعتها المؤسسة العمومية للترقية العقاريةENPI كونها فرضت على المكتتبين قيمة الشطر الأول والثاني والأخير دون التفاوض، ولم تمكن المكتتب من التفاوض على مكان الشقة أو عدد الغرف .لذا فنجد أن هذا النوع من العقود الرسمية التي تتضمن إذعان في حق المكتتب.

3. تدخل القاضي لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

تنص المادة 3/107 من القانون المدني على نظرية الظروف الطارئة بقولها : " غير أنه إذا طرأت ظروف 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 وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن نية، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد، تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا، يهدده بخسارة فادحة، فتقتضي العدالة التوازن في التزامات المتعاقدين، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الطارئة المستمدة من القانون البولوني والقانون المدني الإيطالي الجديد، ولم يأخذ بها القانون المدني الفرنسي ولا القضاء العادي هناك، بينما أخذ بها القضاء الإداري، وقد نصت عليها القوانين العربية ومنها القانون الجزائري .

و لقد عرفت الشريعة الإسلامية من قبل نظرية شبيهة بها سموها نظرية العذر، وأجازوا فسخ العقد للعذر، وهكذا أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة من قبل أن تعرف في الفقه الغربي بأربعة عشر قرنا ولكن حتى يتمكن القاضي من تطبيق هذه النظرية طبقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني يجب توفر مجموعة من الشروط وهي :

أ-الشروط التي يجب توفرها في العقد :

الشرط الأول : أن يكون العقد متراخي التنفيذ

حتى يمكن أن تكون الظروف الطارئة سببا لتعديل العقد يجب أن يكون هذا العقد

متراخي التنفيذ، ومفاد العقد المتراخي التنفيذ أن تكون هناك مدة زمنية بين تاريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه، ذلك أنه إذا كان تنفيذ العقد قد تم فور انعقاده فإن الالتزامات التي نشأت عنه تكون قد انقضت بالوفاء، وبالتالي لا تكون هناك التزامات قائمة يمكن تعديلها ن وما دام العقد متراخي التنفيذ، فإنه يستوي بعد ذلك أن يكون من العقود الزمنية التي تمتد بحسب طبيعتها مدة من الزمن، أو من العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ولكن يمكن أن يتدخل لمجرد تأجيل تنفيذها إلى آجال متعاقبة، بشرط ألا يكون التأخير راجعا إلى خطأ المدين .

الشرط الثاني : أن يكون العقد غير احتمالي

لما كانت العقود الاحتمالية تنطوي بطبيعتها على مخاطرة تهدد المتعاقد بخسارة فادحة، فإن الرأي يتجه إلى عدم جواز تعديلها بسبب الظروف الطارئة[1]، ولكن الواقع أن هذا الرأي محل نظر، ذلك أنه يشترط لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة أن تكون هذه الظروف غير متوقعة، مما يؤدي إلى الخسارة الفادحة التي تهدد المدين بسبب هذه الظروف تختلف تماما عن الخسارة التي تترتب على تحقق أحد الاحتمالات المتوقعة التي يتعرض لها من يبرم العقد الاحتمالي، فإحدى هاتين الخسارتين خسارة غير متوقعة، بينما الخسارة الأولى خسارة متوقعة، وإذا كان يجب أن نحمل المتعاقد الخسارة الغير متوقعة لأنه قد قبل تحملها، فإنه لا يجب أن نحمله الخسارة الغير متوقعة التي لا يمكن القول بأنه قد قبل تحملها .

ب-الشروط التي يجب توافرها في الحادث الطارئ

الشرط الأول : أن يكون الحادث الطارئ عاما، استثنائيا، وغير متوقع

حتى يمكن أن يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد يجب أن تتوافر فيه الصفات التالية :

1/ يجب أن يكون الحادث الطارئ حادثا عاما: غير قاصر على المدين كالحروب والزلازل، ولهذا لا يكون للمدين أن يطالب بتعديل العقد بسبب مرضه أو حريق أمواله، ولكن لا يلزم لاعتبار الحادث عاما أن يتعرض له كافة أفراد المجتمع، وإنما يكفي أن يصيب أفراد المجتمع الذين ينتمون إلى طائفة أو إقليم أو مدينة أو حي من الأحياء كما هو الشأن إذا أصاب الزلزال مدينة واحدة من مدن الدولة .

[1]: الدكتور جلال على العدوي، مصادر الإلتزام – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني

2/ يجب أن يكون الحادث الطارئ حادثا استثنائيا : ويقصد بذلك أن يكون الحادث الطارئ غير عادي أو غير مألوف، فالزلزال مثلا يعد حادثا استثنائيا إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعد حادثا استثنائيا إذا وقع في منطقة اعتادت أن تتعرض له، ولكن لا يلزم أن يكون مجرد وقوع الحادث غير مألوف وإنما يكفي أن تكون الجسامة التي وقع بها غير مألوفة .

3/ يجب أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع : فلا يكفي أن يكون المتعاقد نفسه لم يتوقع أن يطرأ الحادث، وإنما يجب ألا يكون بوسع الرجل العادي أن يتوقع حدوثه، فمعيار التوقع ليسمعيارا شخصيا وإنما معيارا موضوعيا، ولهذا فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يطالب بتعديل العقد بسبب حادث لم يتوقع وقت التعاقد وقوعه ما دام الرجل العادي كان يمكنه توقعه .

الشرط الثاني : أن يلحق الحادث الطارئ خسارة فادحة بالمدين

و هنا يكمن الفرق الأساسي بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، فهما وإن كانتا تشتركان في أن الحادث في كل منهما غير متوقع ولا يمكن دفعه، إلا أنهما تختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينقضي وينفسخ العقد بقوة القانون، أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فحسب فلا ينقضي ولكن يتدخل القاضي لتعديله .

و يشترط في الخسارة التي تلحق المدين أن تكون فادحة، أما الخسارة المألوفة فلا تكفي [1]، والمعيار في ذلك ليس معيارا شخصيا ينظر فيه إلى شخص المدين، بل هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقيسة بظروف المدين العادي [2] .أما المشرع الجزائري وطبقا للمادة 3/107 من القانون المدني فإنه لم يحدد مقدار الإرهاق، بل اكتفى بأن تكون الخسارة فادحة أي غير مألوفة وفيها نوع من الظلم للمدين، وترك للقاضي سلطة واسعة في تقدير ذلك حسب الظروف المحيطة بالعقد .

III. التدخل في العقد لإنهائه

هناك حالات تستوجب تدخل القاضي لإنهاء العقد على الرغم من أنه تم بتوافق إرادتي طرفيه واتجاه إرادتهما إلى تنفيذه وترتيب أثاره، ويعود ذلك لأسباب يراها المشرع ضرورية وهي:

[1]: محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام . المرجع السابق

2الدكتور نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول . المرجع السابق

1- إنهاء العقد بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة :

يجب أن ينشأ العقد ويتم تنفيذه في إطار النظام العام والآداب، إذ كلما تعلق الأمر بهما تتقيد إرادة الأطراف عن مخالفتهما .

ونجد أن قواعد القانون العام جميعها تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاص، فإن الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية منها يتصل بالنظام العام وبالتالي لا يجوز للأشخاص إنشاء عقود أو القيام باتفاقات تخالف ما قرره المشرع في هذا الشأن

وأهم ما يتعلق بالآداب العامة هي العلاقات الجنسية غير المشروعة، وكذا المقامرة ما عدا الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي[1]، فكل عقد أو اتفاق يخالف الآداب العامة يعد باطلا .

2- إنهاء العقد لأسباب أخرى :

يجوز للقاضي أن ينهي العلاقة التعاقدية إما بناء على طلب أحد المتعاقدين أو إذا دعت الضرورة لذلك، فللقاضي أن يفسخ العقد إذا ما رأى أن تنفيذ التزام المدين وإن لم يكن مستحيلا صار مرهقا له إذا ما قام به وفقا للاتفاق، فللقاضي أن يفسخ العقد إذا ما رأى مبررالذلك[2]، كما له السلطة في إبطال العقد إذا لم يتوافر ركن أو أختل أحد شروط الصحة (المادة 102من القانون المدني الجزائري).

المطلب الثاني : شروط تعديل العقد الرسمي ومبرراته

تختلف شروط ومبررات التعديل باختلاف نوع التعديل ولذلك فسنتناول شروط ومبررات كل من التعديل باتفاق الأطراف وتدخل المشرع لتعديل العقد كما يلي:

[1] أنظر المادة 612 / 1 من القانون المدني الجزائري .

[2] عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني– الجزء السابع، المجلد الأول – بيروت 1958، ص 185.

الفرع الأول : شروط ومبررات التعديل الإتفاقي

أولا : شروط التعديل الإتفاقي

يقوم تعديل العقد باتفاق الأطراف على أساس أنه ما دام العقد قد انعقد بالتراضي، فإنه يمكن تعديله بالتراضي[1]، أي أنه كما ينشأ العقد بالإرادة المشتركة لأطرافه فيمكن تعديله بهذه الإرادة[2].

ولما كان هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا جديدا، تطبق عليه القواعد العامة للعقود، فإن الشروط التي يجب مراعاتها فيه هي نفس الشروط المطلوبة لإبرام عقد جديد [3]، من رضا، و محل وسبب، واحترام قواعد الشكلية بالنسبة للعقود الرسمية كما تم بيانه في الفصل الأول، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى إلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان

العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 7 نوفمبر 1994، والذي يؤيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 أفريل 1993، والقاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي، في حين كان لزاما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم قد خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من القانون المدني الجزائري " إذا أبرم عقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، و لو حدث في هذا التصميم تعديلا أو إضافة ... ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة... " .

ثانيا : مبرر التعديل الإتفاقي

تتجسد حرية التعديل الإتفاقي في احترام الأطراف لشروطه القانونية باعتباره تصرفا قانونيا، وذلك بأن يكون الدافع من التعديل هو المحافظة على العلاقات العقدية وإيجاد التوازن الاقتصادي فيها، وحماية مصالح الأطراف المشتركة .

والتعديل هو حق مقرر للأطراف [4]، لا سيما إذا لم تتحقق مصالحهم من إبرام العقد الأصلي .

---

[1]الدكتور جلال علي العدوي , مصادر الإلتزام , دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ص 238

2الدكتور : محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام – الجزء الأول – الطبعة الثانية الجامعة المفتوحة طرابلس 1993

[3]الد سمير عبد السيد تناغو , الد محمد حسين منصور , القانون والإلتزام ' دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ص 153

[4]: المادة 106 من القانون المدني الجزائري

إذن فمبرر التعديل باتفاق الأطراف هو المصلحة المشتركة للأطراف والمحافظة على العلاقة العقدية، وإيجاد التوازن الاقتصادي فيها. ولهذا فيجب أن تكون هذه المصلحة المراد تحقيقها مشروعة ومشتركة للأطراف.

الفرع الثاني: شروط تدخل المشرع لتعديل العقد ومبرراته

أولا : شروط تدخل المشرع لتعديل العقد

إن تدخل المشرع لتعديل العقد أثناء تنفيذه، وسواء تدخل بطريقة مباشرة وذلك بنصه صراحة على ذلك، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق منحه للقاضي سلطة تقديرية لتعديل العقد، يجب أن يكون بنص صريح. ومن الأمثلة نص المشرع الجزائري في المواد :

1/158 من ق م (حالة بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس)، م 732 /1 ق م (حالة غبن الشريك في القسمة)، م 90 ق م (الغبن)، م 110 ق م (عقود الإذعان)، م 184، 185 ق م (تعديل الشرط الجزائي)، م 107 ق م (الظروف الطارئة)، م 119، 210، 280، 281، 411 ق م (الأجل القضائي) . على جواز تعديل العقد من طرف القاضي إذا توفرت حالة من الحالات المنصوص عليها في هذه المواد، وللقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية لتعديل العقد إذا طلب منه أحد المتعاقدين أو بصفة أحرى المتعاقد المتضرر ذلك .

أما في حالة نص المشرع صراحة على وجوب التعديل إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها قانونا مثل نص المشرع الجزائري في المواد:

439 ق م (انقضاء شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء)، م 548 ق م (إنهاء العارية بموت أحد طرفيها)، م 586 ق م (إنهاء الوكالة بموت أحد طرفيها)، م 471، 474، 509 ق م (تدخل المشرع في عقد الإيجار) .... إلخ .

ففي هذه الحالة القاضي ملزم بتعديل العقد إذا رفع الأمر إليه، وليس له في ذلك سلطة تقديرية.

إذن فالشرط الوحيد لتدخل المشرع لتعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه، هو وجود نص قانوني صريح ينص على جواز التعديل.

ثانيا : مبرر تدخل المشرع لتعديل العقد

تختلف مبررات تدخل المشرع لتعديل العقد بين تدخله للتعديل بنص صريح، ومنحه للقاضي سلطة لتعديل العقد . ولهذا فسوف نتناول أولا مبررات التعديل القانوني، ثم نتناول مبررات التعديل القضائي:

1/ مبررات التعديل القانوني :

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، أو للأسباب التي يقررها القانون.

فقد وضع المشرع الجزائري في هذه المادة مبدأ عدم جواز تعديل العقد وأورد عليه استثناءات من بينها تعديل العقد لأسباب يقررها القانون، وهذا بنصه على تعديل العقد في حالات معينة حفاظا على النظام العام نتيجة للتقلبات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ومهما اختلف النظام العام وسواء كان اقتصاديا أو اجتماعيا، فإنه يكرس المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة وذلك بالسماح للمشرع بإلزام الأطراف عن طريق النظام العام على إدراج اتفاقهم في الإطار الذي حدده، وفي هذا الشأن لا يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالف المصالح العامة للدولة وإلا كانت تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا .

كما أورد المشرع حماية خاصة لبعض فئات المجتمع لأن حمايتهم تعني بالضرورة تحقيق المصلحة العامة للدولة، كحماية من شاب رضاه عيبا من عيوب الإرادة، أو كان قاصرا، كما أورد المشرع حماية خاصة للعمال، وهذا من خلال عدة ضمانات منحها لهم، كتحديد الحد الوطني الأدنى المضمون للأجور، تحديد المدة القانونية للعمل، تحديد أوقات الراحة ...، و قد جاءت هذه الحماية لتحقيق العدالة الاجتماعية أي حماية الطرف الضعيف في مختلف العقود، كحماية العامل بموجب قانون العمل، وحماية المستهلك بموجب القانون رقم 89/02 المتعلق بحماية المستهلك، حيث حدد كيفيات ضمان البضاعة المعروضة للاستهلاك وشروطها .

كما تدخل المشرع لتحديد الأسعار في بعض عقود الخدمات المتعلقة بالأعمال الطبية والمنتجات الصيدلانية، كما حدد أسعار السلع والمواد والخدمات ذات الطابع الإستراتيجي (الضرورية) . وهذا استثناء للمادة 1/40 من قانون المنافسة التي تركت للأطراف الحرية في تحديد أسعار الخدمات.... وبهذا فإن المشرع بوضعه لمجموعة من الواجبات والحقوق يكون قد كرس المصلحة العامة والمصالح الخاصة لبعض فئات المجتمع، حتى وإن اقتضى الأمر المساس بقدسية العقد.

2/ مبررات التعديل القضائي

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فإنه لا يجوز للقاضي التدخل في تحديد شروطه ما دامت هذه الشروط واضحة ومحددة، إلا أن المشرع قد يرخص له – كلما توفرت الشروط القانونية – بالتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والقضاء على التجاوزات المرتكبة من أحد طرفيه فالقاضي إذن

عليه أن يجتهد في حدود سلطاته دون الخروج عن أحكام القانون في أن يحقق في نطاق الممكن العدالة العقدية [1]، والتي مفادها الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد، بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي .

وللعدالة تأثير في تدخل القاضي لتعديل العقد، إذ أن توازن المصالح وتعادلها في العقود يقتضي الرجوع إلى مبادئها للإبقاء على كفتي الميزان في حالة التعادل والمساواة حتى مع غموضها وإبهامها، إلا أن هذا لا يمنع من اتخاذها كمبرر لتدخل القاضي [2]لا سيما وأن العدالة تجد مصدرها في أحكام الفقرة لثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : " .... إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

إن العقد في وظيفته الأساسية هو أداة تبادل الأموال والخدمات، وهو كالالتزامات عموما خاضع لمبدأ العدالة التبادلية [3]، ولا بد من الحفاظ عليه وتوزيع عبء الظرف الطارئ على كلا المتعاقدين، وذلك بمنح القاضي سلطة إعادة التوازنات المختلة في العقد بتعديل بعض شروطه أو حتى إلغائها، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقضي به العدالة، كما يمكن التأكيد على أن تدخل القاضي وجد لمنع وقوع ضرر لأحد المتعاقدين والعمل على تحقيق العدل فيما بينهما .

فالعدالة بما تمتاز به من مرونة في إعادة التناسب في الالتزامات، تصلح إذن كمبرر لتدخل القاضي لتعديل العقد ورفع الظلم عن الطرف المتضرر.

وعليه فبإمكان القاضي تعديل العقد وفق الشروط القانونية لكل حالة، وفي حالة عدم تحقق تلك الشروط لا يجوز له التدخل وإلا اعتبر متجاوزا لسلطته، ويكون مبرر القاضي في التدخل غالبا العدالة العقدية بما تفرضه من إعادة التوازن في الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين، وكذا ضمان استقرار المعاملات وتحقيق مصالح الأطراف .

[1]JACK GHUSTEIN mtraité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980

[2]: جاك غستان المرجع السابق ص 258

[3]: فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجيستار كلية الحقوق بن عكنون

المبحث الثاني : آثار تعديل العقد

ينتج عن تعديل العقد سواء كان باتفاق الأطراف أو بتدخل المشرع آثار تختلف باختلاف نوع التعديل فقد يؤدي التعديل الإتفاقي إلى ظهور عقد جديد وانقضاء العقد الأصلي كما قد يبقي على العقد الأصلي رغم تعديل بعض عناصره .

أما في حالة تدخل المشرع لتعديل العقد فتختلف آثار التعديل بين التعديل القانوني والتعديل القضائي .

ولهذا فسنتناول في هذا المبحث دراسة آثار التعديل الإتفاقي في المطلب الأول ثم آثار تدخل المشرع لتعديل العقد في المطلب الثاني

المطلب الأول : آثار التعديل الإتفاقي

إذا كان التعديل إجراء وقائي يحمي العقد من مخاطر الفسخ وعدم التنفيذ، فإن حرية الأطراف في تغيير عناصر العقد الأصلي سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الحذف يترتب عليها تغيير في مضمون العقد، ومن ثم في فئته القانونية مما يدفعنا إلى التساؤل عن مصير العقد الأصلي، فهل تستمر الرابطة العقدية الأصلية أو تنقضي ويظهر عقد جديد ؟ وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

الفرع الأول : استمرارية الرابطة العقدية الأصلية

قد ترد على عناصر العقد تغييرات إلا أنها لا تؤثر في جوهره وذلك في حالة عدم المساس بعناصره الجوهرية، ويقصد بالعناصر الجوهرية للعقد، الشروط العامة التي يجب توافرها لصحة العقد، والتي لا يتم العقد بدونها، ومثال ذلك الثمن في عقد البيع .

فإذا طرأ تعديل على العقد ولم يمس هذا التعديل أحد هذه العناصر أو الشروط، فتبقى الرابطة العقدية قائمة ومستمرة، ومثال ذلك إبرام عقد بيع عقار يحدد فيه الطابق الذي يقع فيه السكن المبيع، وبعدها يتفق الأطراف على تغيير الطابق ولكن دون تعديل الثمن المتفق عليه من قبل، ففي هذه الحالة يبقى العقد الأصلي قائما بين الأطراف لأن مضمون العقد لم يعدل، ولم تتغير بذلك طبيعة العقد الأصلي، إلا أنه يجب تحيين ذالك على مستوى البطاقية العقارية وذلك بإعادة شهر التصرف الأخير.

وعليه فإن عدم تعرض مضمون العقد للتغيير أو التعديل يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل، أما إذا أحدث أحد الأطراف تغييرا في مضمون العقد فنكون أمام انقضاء العقد الأصلي وظهور عقد جديد، وهذا ما سنتناوله فيما بلي :

الفرع الثاني: ظهور عقد جديد

إذا أحدث الأطراف تغييرا في مضمون العقد كأن يعدلوا في محل وسب العقد، وأدى هذا التعديل إلى التغيير في الطبيعة القانونية للعقد، كإلغاء بدلات الإيجار في عقد الإيجار، فيؤدي هذا إلى ظهور عقد جديد وهو قرض في المثال السابق [1].

وعليه فإن التعديلات التي تؤدي إلى تغيير التكييف القانوني للعقد ينشأ عنها عقد جديد، أما الحالات الأخرى فغالبا ما يكيفها القضاء الفرنسي بالتجديد .

أما المشرع الجزائري فإنه يشترط لقيام التجديد توافر الشروط التالية: وجود التزام قديم، نشوء التزام جديد، نية التجديد .

و هذا طبقا لأحكام المادتين 278، 289 / 1 من القانون المدني .

فالتكييف القانوني يؤدي إلى تحديد طبيعة العقد والفئة القانونية التي يخضع لها والنظام القانوني الذي يطبق عليه [2] .

وعليه فإن النظام القانوني للعقد المعدل يشمل العناصر المتفق عليها في العقد الأصلي، إضافة إلى العناصر الجديدة التي تم إدخالها بموجب التعديل [3].

إذن فالتغيير في عناصر العقد الأصلي إذا كان يؤدي إلى تغيير التكييف القانوني للعقد فإنه يؤدي إلى ظهور فئة جديدة من العقود وانقضاء العقد الأصلي، أما التغيير الذي لا يمس الطبيعة القانونية للعقد فإنه يؤدي إلى استمرار العقد الأصلي كما سبق بيانه .

المطلب الثاني: آثار تدخل المشرع لتعديل العقد

سنتناول في هذا المطلب دراسة آثار كل من التعديل القانوني والتعديل القضائي كما يلي :

الفرع الأول : آثار التعديل القانوني

اتخذ المشرع عدة طرق لتعديل العقد حماية للمصلحة العامة ولإعادة التوازن العقدي، و ينتج عن هذا التعديل عدة آثار أهمها تعديل مدة العقد وتعديل قيمة الأداءات.

[1]Cass , soc 7 juillet 1988 , bull civ , 7 , 2 , n 435

[2]Gabril Mary , Pierre Raynaud , droit civil , les obligations , tom 2 1er volum , sirey :paris 1962 pp 197 , 198

[3]Alavi Ghozi La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français p 241.

أولا: تعديل مدة العقد

يتّخذ هذا المظهر من التّعديل القانوني عدّة أشكال: فقد يكون بتمديد مركز تعاقدي وصل إلى الانتهاء، أو بإنقاص مدّة العقد.

I. الامتداد القانوني للعقود

و بمقتضاه يتدخل المشرع في تنفيذ العقد بإلزام الأطراف بالاستمرار في العلاقة التعاقدية إلى ما بعد المدّة المتّفق عليها في العقد الأصلي، أي أنّ المشرع يمدّد المركز التعاقدي، وبمقتضاه يبقى الأطراف ملتزمين بالتزاماتهم بقوة القانون[1]، إلاّ أنّ هذا الامتداد يتّسع كثيرًا في عقود الإيجار.

1 / الإيجارات ذات الاستعمال السكني

و يتدخّل المشرع في هذه الحالة لحماية المستأجرين (الشاغلين) وأسرهم، باعتبار حماية العائلة من النّظام العام، ومراعاة اعتبارات اجتماعية منها أزمة السّكن والانفجار الديمغرافي [2].

و ذلك بإقراره حق البقاء في الأمكنة طبقا لأحكام المّادة 514 من القانون المدني الجزائري، إلاّ أنّنا بالرّجوع إلى المرسوم التّشريعي 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلّق بالنشاط العقاري[3]، حيث نصّت المادّة 20 منه على إلغاء حق البقاء في الأمكنة في عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي.

إلا أن نصي المادتين 509، 514 من التقنين المدني الجزائري يبقيان ساريا المفعول على العقود التّي تمّ إبرامها قبل صدور المرسوم التشريعي 03/93، ولتطبيق أحكام المادة 514 من التقنين المدني الجزائري وجب توفر مجموعة من الشروط أهمها :

- أن يكون الشّاغلون للأمكنة حسني النيّة مهما كان تاريخ إنشاء العقار.
- أن يكون عقد الإيجار الأصلي صحيحًا.

و حيث لا يمكن التمسّك بحق البقاء، إلاّ إذا تم انقضاء عقد الإيجار، وهذا ما كرّسته المحكمة العليا في قرارها[4]، « بأنّ للشاغل بحسن النيّة للأمكنة المعدّة للسكن أو المهن والمنتفع

[1]LFRED RIEG (Effet obligatoire des conventions , contrats et obligations) juris classeur civil art 1025 – 1135 p 18

[2]farouk tidjani , le maintien dans les lieus dans le contrat de bail en droit vivil algerien mèmoir de magistère universitè d'alger 1988

[3]: مرسوم ملحق

[4]: *المجلة القضائية العدد 2 سنة 1989 قرار صادر بتاريخ 22/11/1986 ملف رقم 41671 ص 165 قرار ملحق*

بها عن طريق الإيجار، أن يتمسّك بحق البقاء في الأمكنة دون اللّجوء إلى أيّ إجراءٍ حسب مقتضيات شروط العقد الأصلي، ما لم تكن مخالفة لنصوص القانون، فإنّ للمستأجر المنتهية مدّة عقد إيجاره صفة الشّاغل بحسن النيّة للأمكنة ويستفيد من حقّ المكوث والبقاء فيها دون اللّجوء إلى أيّ إجراءٍ آخر »، أي أنّ العلاقة الايجارية تبقى مستقلّة عن عقد الإيجار بعد انقضائه، وتستمرّ بقوّة القانون وهذا ما يُعرف بالامتداد القانوني للعقود، دون حاجة إلى موافقة المؤجر، ولكي يضع المؤجر نهاية لعقد الإيجار، وجب عليه أن يقوم بتنبيه المستأجر، وبالتّالي الابتعاد عن التجديد الضمني.

و رغم التشابه بين التجديد الضّمني والامتداد القانوني، إلاّ أنّ وجه الاختلاف يكمن في أنّ المشرع قد تكفل ببيان شروط العقد الجديد، في الإيجار الضمني، فهو يعتبر معقودًا بشروط العقد الأصلي، ولكن لمدّة غير معيّنة طبقا لأحكام المادة 1/5091 من التقنين المدني الجزائري.

أمّا في الامتداد القانوني (حق البقاء) فتختفي إرادة المتعاقدين، لتحلّ محلّها إرادة المشرع وينجم عنه استمرار العلاقة العقدية الأصلية، أي بمقتضاه يفرض المشرع استمرار العقد الأصلي رغم انقضائه بانتهاء أجله ورغم غياب إرادة الأطراف وذلك حماية لفئة المستأجرين، فينشأ عن الامتداد القانوني لعقد الإيجار علاقة مادّية مصدرها القانون وتخضع للقواعد التّي تنظم عقد الإيجار الأصلي. فلا يمكن الاستناد على العقد كمصدر للامتداد القانوني لعقد الإيجار، لأنه لا وجود له بانتهاء أجله، ولأجل ذلك لا يمكن التمسّك بحق البقاء في الأمكنة كمستأجر، وإنما كشاغل، لأنّ مصطلح مستأجر ينتهي بانتهاء العلاقة العقدية لأنّ مصدر حق البقاء هو القانون[1]، فالمستأجر يستمد صفته كمستأجر من عقد الإيجار، وبالتالي لا يمكن له التمسك بها للبقاء في الأمكنة لانتهاء عقد الإيجار، وبالتالي تنتقل صفةالمستأجر إلى صفة شاغل الأمكنة وذلك على أساس أن مصدر حق البقاء هو القانون.

إلاّ أنّ المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 93-03 قد ألغى المواد 271، 472، 509، وكذلك المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 على العقود المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي المذكور أعلاه، حيث أصبح لا يضمن حق البقاء للمستأجر، الذي غالبا ما سعى إلى حمايته اجتماعيا كطرف ضعيف من جشع المؤجر،

[1]: فاضل حبشي المرجع السابق ص 131

وذلك للتغير في توجه السياسة التشريعية للدولة بما تقتضيه من تشجيع للاستثمار في النشاط العقاري وما اقتضته التحولات الاقتصادية بالانتقال إلى اقتصاد السوق.

كما أن تراجع المشرع في تدخله في حياة العقد، وترك المبادرة لإرادة الأطراف، بغية الوصول إلى أهداف معينة في المرحلة الانتقالية، أدى إلى جلب المستثمرين، وإنعاش الاقتصاد الوطني، لأن حماية المشرع في مرحلة معينة لفئة الشاغلين للأمكنة كان يشكل عائقا لفئة المؤجرين، وأدى أيضاً بهم إلى الإحجام عن الإيجار، وبالتالي التقليص في النشاط العقاري. الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى التفطن، وترك الحرية الكاملة للأطراف في إدراج الشروط التي تتناسب مع مصالحهم، وتؤدي إلى التقليص من مبادرات تدخل المشرع لحماية مصالح الفئات الخاصة.

2/ الإيجارات ذات الاستعمال التجاري

لم يكتف المشرع بتمديد عقود الإيجار ذات الاستعمال السّكني، بل تدخّل أيضا بتمديد عقود الإيجار ذات الاستعمال التّجاري، وذلك من أجل تكريس استقرار المعاملات التجارية، والمحافظة على دعمها لا سيما وأنها أداة لمراقبة الاقتصاد الوطني وحمايته.

لقد خول المشرع الجزائري للمستأجرين في المواد التّجارية حقّ التمسك بالتجديد، إلا أن المشرع الجزائري وبموجب التعديلات التي جاء بها في القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/06 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري قد ألغى حق التمسك بالتجديد إلا أن أحكام القانون رقم 59/75 تبقى سارية المفعول على عقود الإيجار المبرمة قبل صدور القانون رقم 02/05 الذي كرس حق المؤجرين في التمسك بالتجديد بشرط أن يكونوا قد استغلوا ذلك المتجر مدّة سنتين متتابعتين وفقا لإيجار واحد أو إيجارات متتالية شفاهية كانت أو كتابية، وهذا طبقا لأحكام المادة 1/172 من التقنين التجاري، كما أنّه يجب على المستأجر في حالة رغبته في تجديد إيجاره أن يتقدّم بطلبه إمّا في مدّة ستّة أشهر، تكون سابقة عند انتهاء الإيجار، أو عند الاقتضاء في كل وقت أثناء تجديده، ويكون تبليغ التّجديد المؤجر بعقد غير قضائي طبقا لأحكام المادة 174 من التقنين التجاري.

كما أنّ للمؤجر الحق في رفض تجديد الإيجار دون أن يلزم بسداد أيّ تعويض إذا ما كان هناك سبب خطير ومشروع تجاه المستأجر المخلي، كأن يثبت وجود هدم كامل أو جزئي للعمارة لعدم صلاحيتها للسّكن المعترف به من السلطة الإدارية طبقا لأحكام المادة 177 من التقنين التجاري

الجزائري وهذا ما كرّسته المحكمة العليا في قرارها[1]، « حيث أن النزاع نشأ بين طرفيه إثر قيام المطعون ضدها باعتبارها مالكة لعمارة كائن بها الأصل التجاري المتنازع عليه بتوجيه تنبيه بالإخلاء، رفضت بمقتضاه تجديد الإيجار والتمست طرد الطعن الذي كان اشترى الأصل التجاري من المستفيدين به، وهذا بعد قيامهما بتغيير نشاطه من حانة إلى محل تجاري لبيع الأحذية، وقد حكم لها بذلك من قضاة الموضوع الذين أسسوا قرارهم على تغيير تخصيص الأماكن متجاهلين بذلك أن بيع الأصل التجاري وهو معد لبيع الأحذية والملابس كان قد أعلن في الجرائد وفي المركز الوطني للسجل التجاري ودون أن تعترض المالكة– المطعون ضدها– على هذا البيع مما يدل أنه لم يلحقها أي ضرر، فإن إنشاء تجارة من قبل المستأجر والحالة هذه لا يعد تغيير في التخصيص ولا يمكن أن تتضرر منه مالكة العمارة، ولذلك فإنه كان على المجلس القضائي أن يأخذ بعين الاعتبار هذه المعطيات، ثم يقرر هل أنها تكون سبباً خطيراً، يبرر رفض تجديد العقد بدون تعويض، ومتى أهمل ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ ..» .

إلاّ أنه واستثناءً على الحالات المنصوص عليها في المّادة 177 من التقنين التجاري، فإنّه في حالة رفض المؤجر تجديد الإيجار فإنّه يجب عليه أن يسدد للمستأجر المخلي التعويض الاستحقاقي والذي يجب أن يكون مساويًا للضّرر المسبّب نتيجة عدم التجديد.

و يتضمّن هذا التعويضّ طبقًا لأحكام المّادة 176 من التقنين التجاري الجزائري القيمة التجارية للمحل التّجاري الّتي تحدد وفقا لعرف المهنة مع ما قد يضاف إليه من مصاريف عادية للنّقل، وإعادة التّركيب، وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة. وهذا ما كرّسته المحكمة العليا في قراريها[2]، « حيث أنه من المقرر قانوناً لمؤجر المحل التجاري أن يرفض تجديد العقد مقابل تعويض بالاستحقاق يعرضه على المستأجر، فإنه ليس لقضاء الموضوع سوى الاستجابة هذا الطلب والقضاء له بذلك إذا ما تأكدوا من صحة انتهاء مدة العقد وصحة التنبيه بالإخلاء وإلا تعرض قرارهم للنقض » ومن أجل حماية حقّ التجديد، وحتّى لا يتعسّف المؤجر فإنّ المشرع قيد رفض التجديد بمجموعة من الشروط أهمّها التّعويض الاستحقاقي، بما يناسب القيمة التجارية.

[1]: المجلة القضائية العدد 3 لسنة 1989 قرار صادر بتاريخ 13 جويلية 1985

[2]: المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1989 قرار صادر بتاريخ 2 نوفمبر 1985 ملف رقم 37887

إلاّ أنّه يعفى من هذا القيد إذا ما تحقّقت الشّروط القانونية المنصوص عليها في أحكام المادّة 177 من التقنين التجاري.

إلا أن المادة 187 مكرر من قانون 02/05 قد أنهت العمل بأحكام المادة 176 من القانون التجاري بالنسبة لعقود الإيجار التجاري الرسمية المبرمة بعد نشر هذا القانون ولا سيما فيما يتعلق بحصول المستأجر على تعويض استحقاقي مقابل إخلاء المحل التجاري وأصبح بالتالي من حق المؤجر استرجاع محله دون الإلتزام بدفع مبلغ التعويض الإستحقاقي إلى المستأجر بإنتهاء الأجل المحدد للعقد إلا إذا اشترط الأطراف في عقد الإيجار خلاف ذلك فهنا تطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

و عليه يبقى الامتداد القانوني مجرّد تقنيّة يستخدمها المشرع لتعديل العقد، وذلك من أجل تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، واستقرارها، وحماية الطرف الضعيف في العقد. كما لاحظنا تراجع دور المشرع في هذا المجال بإلغاء حق البقاء في الإيجارات ذات الاستعمال السكني.و إلغاء حق المستأجر في التمسك بالتجديد والتعويض الإستحقاقي في الإيجارات ذات الإستعمال التجاري .

II. إنقاص المدة

مفاد إنقاص المدة هو أن يتدخّل المشرع بوضع حدّ أو نهاية للعقد قبل انتهاءالمدّة المحدّدة في العقد، وهذا ما يطلق عليه بالإنهاء المسبق للمركز التعاقدي.

و قد لجأ المشرع الفرنسي إلى اتّخاذ مثل هذه التدابير لمواجهة صعوبات قد تعترض العقود أثناء تنفيذها، وأهمّ هذه القوانين قانون 06 جويلية 1989، الّذي يسمح طبقا لأحكام المادة 11 منه للأطراف بإبرام عقد لمدّة دنيا تقدر بثلاث سنوات، لكن على الأقل مدّة سنة كلّما تعلّق بحادث معيّن يبرر بأنّ المؤجر شخص طبيعي يستردّ العين المؤجرة لأسباب مهنيّة أو عائلية .

كما لاحظنا أنّ المشرع الجزائري قد يلتجئ إلى إنقاص مدّة العمل في عقد العمل، كما فعل بإنقاصها من 44 ساعة إلى 40 ساعة، طبقا لأحكام المادة 02 من الأمر 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997، والمتعلق بالمدة القانونية للعمل، ذلك من أجل السّهر على حماية وصحة وسلامة العامل بما يتماشى وحق الإنسان في الراحة.

و عليه فإنّ تعديل مدّة العقد مهما اختلفت الطرق التي يلجأ إليها المشرع سواء بتمديد العقد، أو انقاصه، فإنّها تسعى كلها إلى تجسيد بقاء واستمرار العلاقة العقدية، رغم الابتعاد عن إرادة

الأطراف، وحلول إرادة المشرع محلها فهو يعمل بالضرورة على حماية فئة من المجتمع واستقرار المعاملات، ولكن هل التعديل القانوني للعقد يقتصر فقط على مدة العقد، أم يشمل أمورًا أخرى ؟ وهذا ما سوف نجيب عليه في الفرع الثاني.

ثانيا: تعديل قيمة الإلتزامات

يتدخل المشرع في هذه الحالة عن طريق تحديد قيمة الالتزامات، والّتي يسعى من خلالها إلى إيجاد التوازن العقدي كلّما كان إخلال اقتصادي بالعقد، نتيجة لظروف خارجة عن إرادة الأطراف، وبما أنّ المشرع الحديث أصبح يهتم كثيرًا بضمان العدالة العقدية بين الأطراف، وذلك بوضعه حدودًا قصوى أو حدودًا دنيا للأسعار والأجور، بقصد حماية الاقتصاد الوطني من جهة، ومصالح الفئات الخاصّة من جهة أخرى، ويستند المشرع في مختلف العقود على آليات منها الحد الأدنى للأجر المضمون في عقد العمل، و كذا الحد الأقصى بالنّسبة لأجرة الإيجار، وهذا ما سوف نعالجه في النقاط الآتية :

1/ الحد الأدنى للأجر المضمون

فإذا كان الحدّ الأدنى للأجر المضمون يشكل ضمانًا للعامل، فإنّه في الوقت نفسه يشكل وسيلة في يد المشرع ليتدخّل بمقتضاها كلّما اقتضت تقلّبات اقتصادية واجتماعية ذلك.

فالمشرع لما يتدخّل بتحديد الحد الأدنى يهدف من وراء ذلك إلى ضمان أجر يكفل للعامل ولأسرته معيشة لائقة، مراعيا في ذلك التغيّرات التي تطرأ على تكاليف المعيشةأي مراعاة الحاجة الحقيقية للعامل وحاجات أفراد عائلته، في الحدّ الأدنى للأجر المضمون، كما أن دورية تعديل الحد الأدنى للأجور تعمل على الاحتفاظ بالمستوى الحقيقي للأجور، وضمان الحفاظ على الحد الاجتماعي المناسب. وبدأ يتجسد تدخل المشرع بوضع حدّ أدنى للأجور في مختلف الدول، وبصورة واضحة في أعقاب الحرب العالمية الثانية[1].

أي أن تدخّل المشرع لتعديل الحد الأدنى للأجور يكون بصفة دورية ومستمرّة، كلّما اقتضت القدرة الشرائية للعامل ذلك، وكذا نتيجة لتقلبات المستوى العام للأسعار، وذلك بغية المحافظة على الدخل الاجتماعي للأسر، كما أنّه لا يجوز لأرباب العمل، الاتفاق على أجر أقل من الحد

[1]محمد سالم عطية، الحد الأدنى للأجور كتاب العمل العدد130 ديسمبر 1974 ص 6 ,11

الأدنى للأجر المضمون، لأنّه يعتبر غير مشروع، ولكن ليس هناك ما يمنع من زيادة في الحد الأدنى للأجر.

قد عمل المشرع الجزائري على تحديد الحد الأدنى للأجر المضمون بـ 12000 دج بموجب المرسوم الرئاسي 394/06 المؤرخ في 12نوفمبر 2006، مراعيا في ذلك القدرة الشرائية للعامل، وكذا ارتفاع المستوى العام للأسعار، والّذي يؤثر تأثيرًا غير مباشر على الدّخل الفردي.

2/ الحد الأقصى للأجرة.

بالرجوع إلى القواعد العامة فإن المشرع الجزائري، ترك للمؤجر والمستأجر الحريّة الكاملة في تعيين بدلات الإيجار (ثمن الإيجار)، وفي حالة النّزاع بين الطرفين فقد خول المشرع للقاضي سلطة التعديل، مراعيا في ذلك أثناء تقديره سعر الإيجار، التّعريفات الرّسمية والأسعار الجارية في المحلاّت المماثلة في تاريخ البناء، ووضعيته، وحالة العمارة، طبقًا لأحكام المادّة 471 من التقنين المدني الجزائري الفقرة الأخيرة منها، هذا فيما يتعلق بالعقود المبرمة قبل صدور المرسوم التشريعي، وهي تلزم القاضي أثناء تقديره لسعر الإيجار بمراعاة أسس التعديل، والمتمثلة غالبًا في التعريفات الرّسميّة، والأسعار الجارية في المحلات المماثلة في تاريخ البناء ووضعية وحالة العمارة. ولكن العقود المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي تخضع لحريّة الأطراف .

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 97-507 المؤرخ في 29 ديسمبر 1997و الذي يتعلق بإيجار المساكن التّابعة لأملاك دواوين التّرقية والتسيير العقاري، والمستعملة لأغراض تجارية أو مهنية، حيث تترك المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير1996حريّة التفاوض بين الأطراف طبقا لأحكام التقنين المدني والتّجاري الجزائريين، إذ هناك معايير واضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من التقنين التجاري.

و الحرية التي منحها المشرع الجزائري للأطراف لتحديد مقدار الأجرة، قد تمّ تقييدها في بعض التشريعات لعدة اعتبارات.

ويريد المشرع من وضع حد أقصى للأجرة حماية فئة المستأجرين، رغم تخليه عن هذه السياسة التشريعية، وترك المبادرات للأطراف، وذلك باتخاذ جميع التدابير اللازمة للاتفاق وتبيان كيفيات تعديل سعر الإيجار.

و عليه فإن المشرع يتدخل لتعديل العقد كلما اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام، عن طريق تشريعات حديثة تتماشى ومقتضيات المجتمعات، وذلك لتفادي الاضطرابات الاجتماعية

والاقتصادية الناجمة عن ظروف غير متوقعة، ويتخذ تدخل المشرع عدة صور، سواء تعلق الأمر بتعديل مدة العقد، أو تعديل قيمة الأداءات، فكلها تسعى إلى إيجاد التوازن الاقتصادي للعقد وهذا ما يهدف إليه التعديل.

الفرع الثاني : آثار التعديل القضائي

تختلف آثار تعديل القاضي للعقد حسب الحالة التي دفعت القاضي لهذا التعديل وقد سبق أن أشرنا في الفصل السابق إلى الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد وسنتناول في هذا المطلب آثار التعديل بالنسبة لكل حالة :

أولا : في حالة الغبن والإستغلال

إن التزامات المتعاقدين وإن لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال، إلا أنه لابد أن يكون هناك تناسب بينها، فإذا ما اختل التوازن بالشكل الذي يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين للآخر لما غلب عليه من طيش أو هوى جاز للقاضي أن يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل في العقد بإبطاله أو إنقاص التزاماته [1] .

فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال له أن يقضي بالبطلان دون الزيادة في الالتزامات لأن مبادئ التقاضي تقيده بأن لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، ولكن يجوز له أن يقضي بأقل منها، ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، لذا فالاختيار في هذه الحالة بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزام أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي حسب ما تقتضيه ظروف وملابسات القضية، فقد يحكم بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن وقد يكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون وبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع لغبن ولا رقابة عليه من المحكمة العليا لأن الأمر يتعلق بمسألة وقائع لا مسألة قانون [2] .

كما أنه طبقا للمادة 3/90 من القانون المدني يجوز للطرف الآخر أن يتوقى دعوى الإبطال وذلك بالزيادة في مقدار التزامات الطرف المستغل عوض الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد، وتعد الزيادة في هذه الحالة أمرا إراديا يتم برضا المتعاقد وإرادته، ويلزم القاضي

---

[1] *المادة 1/9 من القانون المدني الجزائري*

[2]: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الأول – بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 1999 ص 45

بهذا الطلب إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن، إلا أنه يتمتع فيما يخص تقديرها بسلطة واسعة معتمدا في ذلك على العدالة العقدية فقط [1]، وعليه فسواء قام القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو قام بزيادة التزامات الطرف المستغل فإن الهدف من ذلك هو رفع التفاوت الفاحش بين الالتزامات وتحقيق المساواة بين الأطراف .

ثانيا : في حالة الشروط التعاقدية

أ : الشرط الجزائي :

يمكن للقاضي تعديل الشرط الجزائي بوسيلتين إما تخفيضه إذا كان مبالغا فيه أو الزيادة فيه إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما .

1 – تخفيض الشرط الجزائي :

يمارس القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي في حالتين : أولاهما إذا نفذ المدين الإلتزام الأصلي في جزء منه والثانية إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة .

تنفيذ الإلتزام الأصلي في جزء منه :

يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه أصلا، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه فإن القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام الأصلي، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين .

و قد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الإلتزام الأصلي تنفيذا سليما، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذا معيبا، وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ نزولا على اتفاق الطرفين، ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي كتعويض عنه مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب كما سنرى [2] .

[1]: علي فيلالي الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2005 ص 163

[2]: الدكتور : عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثاني

تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة الكبيرة في تقديره :

يتضح من خلال المادة 2/184 من القانون المدني الجزائري أنه في حالة ما إذا تبين للقاضي أن قيمة التعويض المتفق عليه فيها مبالغة كبيرة تتجاوز الضرر الذي يمكن أن يقع، فللقاضي سلطة في تخفيض قيمة التعويض إلى الحد المعقول بالرغم من إن الأصل أن الشرط الجزائي إتفاق والقانون يحترم إرادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه إلا إذا كان مبالغا فيه أو مفرطا كما يسميه القانون الجزائري، ويلاحظ على النص الجزائري بصدد هذه الحالة أنه اكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي دون أن يرشده بكيفية تقدير المبالغة وطرق تخفيضها .

ونظرا لعدم وضع المشرع ضابطا ونسبة يمكن على ضوئها تحديد المقدار المبالغ فقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه في تحديد المبالغة، وبصفة عامة يمكن تعريفها بعدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة .

وينبغي أن يمارس القاضي سلطته في تعديل الشرط الجزائي بحذر وبطريقة استثنائية في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مجحفا بالمدين، وعبء الإثبات يقع على عاتق المدين إذ يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة مفرطة، فإذا ما أثبتالمدين ذلك يقوم القاضي بتخفيض التعويض إلى الحد المعقول أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر .

وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من المبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه حدا مناسبا لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من طرف المحكمة العليا .

يتضح مما تقدم أنه إذا كانت للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض الإتفاقي فإنه لا يجوز له أن يزيد في هذا المبلغ المحدد بالشرط أو أن يخفض منه إلا في حدود الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الإلتزام[1]، لأن المشرع الجزائري قد ربط بين الشرط الجزائي والضرر وأجاز للمدين نفي وقوع الضررليتخلص من الشرط الجزائي كلية [2]، كما أجاز تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر [3]، والهدف في الحالتين هو حماية المدين لذلك جعل هذين الحكمين من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على مخالفتهما .

1: علي علي سليمانالنظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ص *184*

[2] المادة 1/184 من القانون المدني

[3] المادة 2/184 من القانون المدني

2 . زيادة الشرط الجزائي :

تنصّ المادّة 185 من التقنين المدني الجزائري « إذا جاوز الضّرر قيمة التعويض المحدّد في الاتفاق، فلا يجوز للدّائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلاّ إذا أثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا ».

فالمشرع الجزائري قد حرم على القاضي التدخّل من أجل الزّيادة في الشّرط الجزائي بصفة مبدئية، إلاّ أنّه واستثناء على ذلك، قد خوّل له رخصة الزّيادة في حالة ما إذا توفرت العناصر التالية : أن يلحق بالدّائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه، وأنّ يكون هذا الضرر ناتجا عن الخطأ الجسيم للمدين، أو عن غشّه.

لكي يستفيد الدائن من أحكام الزّيادة المنصوص عليها في المادّة 185 من التقنين المدني الجزائري، وجب عليه أن يثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًّا أو خطأ جسيما، وأنّ الضّرر اللاّحق بالدّائن أكبر بكثير من قيمة مقدار التعويض المتّفق عليه.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخّل لتعديل الشّرط الجزائي عن طريق الزيـادة، ويسعى القاضي إلى زيادة مقدار التّعويض حتّى يتساوى مع الضّرر الوّاقع[1]، فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن النيّة الحسنة أو سوئها، وسوء النيّة واجب الإثبات ويقع عبؤها على الدّائن، لأنّه ملزم بإثبات أنّ المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة جاز للقاضي زيادة مقدار التّعويض حتى يتساوى مع الضرر اللاحق بالدّائن من جهة، وتطبيق القواعد العامّة المتعلقة بالتعويض من جهة أخرى.

و بالتّالي فالحكم للدّائن بالتّعويض الإضافي أساسه الغش والخطأ الجسيم، لأنّ الطّرفان لم يتوقّعا ذلك في الاتفاق، ولهذا فالدّائن يطالب بالتّعويض غير المتوقّع، ومصدره الضّرر النّاجم عن غش المدين، وخطئـه الجسيم، وكذا التّعويض المتوقّع ومصدره الشرط الجزائي. وعليه للدائن الحق في المطالبة بالتعويض ويكون أساسه غش المدين وخطؤه الجسيم وكذا الشرط الجزائي، ففي الأوّلى نكون أمام تعويض غير متوقع، أما الحالة الثانية فأمام تعويض متوقع.

[1]: عبدالمنعم البدراوي النظرية العامة للالتزامات ، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود القانون اللبناني والقانون المدني المصري، أحكام الالتزام ص 97، 98

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار" أن المدين الذي يرتكب غش وخطأ جسيم عن قصد وذلك بأن يرفض تنفيذ التزاماته العقدية حتى وإن كان هذا الرفض لا يتعلق بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر وعليه يحكم بزيادة مقدار التعويض عن التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي".

كما أنّه لا يجوز للمدين اشتراط الإعفاء، أو التّخفيف من مسؤوليّته بالتّعويض في حالتي ارتكاب غش أو خطأ جسيمًا، لأنّ هذا الاشتراط لو وضع لكان مشجّعا على ارتكاب الغش ودون خشية من الجزاء وهذا ما يخالف النّظام العام، لأنّ السماح بهذا الاشتراط يشكل في حد ذاته خرقا للقانون، وبالتالي لا تصبح للشرط الجزائي أي قيمة قانونية ولا فعالية وبالتالي لا جدوى من إدراجه في العقد.

أمّا إذا كان الشّرط الجزائي أقلّ من الضّرر الواقع، ففي هذه الحالة لا يقوم القاضي بزيّادة مقدار التّعويض لمساواته مع الضّرر اللاّحق، بل يحكم به كما هو، ويكون الشّرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف أو إعفاء من مسؤوليّته، والإعفاء جائز في المسؤولية العقدية طبقًا لأحكام المادّة 2/178 من التقنين المدني ا كما أنّه لا يمكن للقاضي زيادة مقدار التّعويض ليتساوى مع الضّرر اللاّحق بالدّائن، لأنّ تخفيف المسؤولية الناتج عن الغشّ أو الخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين جائز طبقًا للمادّة 2/178 من التقنين المدني الجزائري.

وعليه فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن حسن النيّة وسوئها، وله الحريّة الكاملة في رفض طلب الدّائن الرّامي إلى الزّيادة في مقدار التعويض، إذا ما تبيّن له أنّ المدين كان على حسن نيّة، ونكون أمام حالة الزيادة إذا ما تبيّن للقاضي أن المدين سيئ النيّة.

و يظهر تدخل القاضي لتعديل العقد بمناسبة نظرية الظروف الطارئة عن طريق إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بصفة مبدئية طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري، إلاّ أنه واستثناءً نص على زيادة قدر الالتزام المقابل، وفسخ العقد طبقا لأحكام المادة 561 من التقنين المدني على الرغم من تعارض الفسخ مع الهدف الأساسي للتعديل.

إلاّ أننا نفضل استخدام وسيلة وقف التنفيذ بما قد توفره من حماية للطرفين، أما إذا لم تحقق لهم ضمانات فلا جدوى من اللجوء إليها، أي جعلها وسيلة اختيارية للأطراف ولهم حق التمسك بها أمام القاضي.

أما بالنسبة للوسائل التي يستخدمها القاضي لتعديل الشرط الجزائي، فهو يلجأ إما إلى تخفيضه إذا كان مفرطًا أي أن يكون التعويض المتفق عليه مبالغًا فيه طبقا لأحكام المادة 2/184 من

التقنين المدني الجزائري، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال بالاعتماد على عدة عناصر، ونكون أمام وسيلة التخفيض إذا تم تنفيذ الالتزام جزئيا، وكذا في حالة اتفاق الأطراف على التنفيذ الجزئي. كما يمكن له اللجوء إلى زيادة الشرط الجزائي إذا ما تبين له أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا طبقا لأحكام المادة 185 من التقنين المدني، إلاّ أننا لاحظنا أن المشرع الجزائري قصر سلطة زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين وخطئه الجسيم، فيكون بذلك قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، ففي حالة ارتكاب المدين مثلا لخطأ يسير ونجم عنه ضرر فادح، فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر، ونكون أمام اللاعدالة، عكس ما تهدف إليه دراستنا من القيمة العملية للتعديل، ولهذا وجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 185 من التقنين المدني، فيكون القاضي أحيانا ملزمًا بإعادة التوازن العقدي، كلما توفرت الشروط القانونية لتدخله، وكلما اقتضت العدالة من إنصاف الطرف المتضرر بما يحقق استقرار المعاملات بين الأفراد.

ب: عقود الإذعان

ولما كان أحد طرفي عقد الإذعان يستقل بوضع شروط العقد، فإن هذا النوع من العقود غالبا ما يخضع لتنظيم ورقابة سابقة من جانب المشرع لحماية الطرف الضعيف، ومن أهم مظاهر هذه الحماية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد يشتمل عليها هذا العقد .

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني والتي تنص على أنه :" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ... "، فهذا النص أعطى للقاضي سلطة لتعديل عقد الإذعان إذا تبين له أنه يشتمل على شرط تعسفي وذلك بإزالة هذا الشرط، بل وله أيضا أن يعفي الطرف المذعن منه في حدود ما تقتضيه العدالة، وبذلك يصبح هذا النص أداة فعالة يستطيع القاضي من خلالها أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أو مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف، مدى ما في الشرط من جور وشدة، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، لأن مثل هذا الإتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام .

ج : سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

متى توافرت الشروط السابق جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك [1]، وبذلك أعطى القانون للقاضي سلطات تجاوز مهمته التقليدية وهي تفسير العقد وسمح له أن يعدل فيه.

فقد يكتفي بوقف تنفيذ العقد إذا توقع زوال الظرف الطارئ بعد مدة معقولة، وأن الوقف لا بسبب ضررا جسيما للدائن [2].

وقد يحكم بتعديل العقد، وذلك بتوزيع الخسارة غير المألوفة بين الطرفين ن فللقاضي أن يزيد في الالتزام المقابل للالتزام المرهق مثل رفع الثمن الذي يدفعه المشتري إذا زادت الأسعار بصورة غير مألوفة، أما الزيادة المألوفة فيتحملها المدين .

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق إما من حيث الكم ب، قاص ما يورده المدين أو من حيث الكيف بأن يلزمه بتوريد صنف أقل جودة، وقد يجمع القاضي بين هذه الحلول جميعا تبعا لتقديره .

إن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف المحيطة بالقضية، فالقاضي مثلا ملزم باللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد بدلا من الزيادة في الالتزامات المتقابلة أو الإنقاص فيها إذا تبين له من الظروف أن الحادث الاستثنائي مؤقت وقريب الزوال، كما يتقيد أيضا بضرورة الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، إذ يجب عليه أثناء قيامه بتوزيع عبء الظرف الطارئ بين التعاقدين توقي الدقة بهدف تحقيق العدالة العقدية، وهذا ما تضمنته المادة 3/107من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، فعلى القاضي إذن الابتعاد عن كل ظلم يسببه لأحد المتعاقدين، لأن وظيفته طبقا لهذه النظرية تقتصر على تحقيق التوازن العادل لطرفي العقد .

[1]: المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري

[2]المادة 2/281 من القانون المدني الجزائري

الخاتمة

الخاتمة

لقيام العقد يجب توافر إرادتين أو أكثر قصد إحداث أثر قانوني معين، فالإرادة إذن هي جوهره وأساسه، إذ يمكنها أن تنشئ ما تشاء من العقود.

إن الإرادة باعتبارها مصدرا منشئا للالتزامات التعاقدية يظهر دورها بوضوح في إبرام العقد وتحديد أثاره.

إلا أنه لا يمكن اعتبار القوة الملزمة للعقد استنادا لمبدأ العقد شريعة التعاقدين قاعدة مطلقة، لأنها تكون في بعض الحالات عرضة لإعادة النظر فيها أثناء تنفيذ العقد حماية للطرف الضعيف في العقد.

إذ أن مسألة حماية إرادة الطرف الضعيف في العقد، والتي شكلت موضع اهتمام كل التشريعات جعلت المشرع الجزائري يتدخل بنصوص آمرة في مضمون العقد قصد إعادة التوازن، ولم يكتف في هذا المجال بالقواعد العامة للقانون المدني التي أصبحت قاصرة عن تحقيق هذا التوازن، بل تدخل بإصدار قوانين خاصة كما هو الحال في إصداره لقانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ومجموعة المراسيم والأوامر التي تخدم هذا الأخير .

إضافة إلى ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد في نص المادة 106 من القانون المدني، بما يوحي أنه أطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التي تبرمها، إلا أنه أورد على ذلك قيودا مختلفة وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله حسب الحالة المعروضة عليه كلما توفرت شروطها القانونية، وجعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام .

كما منح للأطراف مطلق الحرية في تعديل ما اتفقوا عليه إذا توافقت إرادتاهما على ذلك .

إن ما تم التوصل إليه من نتائج على ضوء هذا البحث هو :

- ❖ أن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات التعاقدية لما لها من دور في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات المترتبة عنه، وكذا القيام بالتعديلات المناسبة لتغيير مضمونه.
- ❖ إن الغاية التي أرادها المشرع من ضبط قواعد إجراءات التنفيذ هي إعادة التوازن إلى العلاقات القانونية التي اختلت بامتناع المدين الوفاء بالتزاماته، وبتوسيع دائرة العقود الرسمية التي تكون سببا للتنفيذ كان الهدف منها ضمان حق الدائن الجدير بالحماية التنفيذية في العقد الرسمي ودفع المدين الوفاء بالتزاماته قبل الشروع في إجراءات التنفيذ التي تكون مقتصرة على ذمته المالية من منقولات وعقارات، ويكون معيار ضبط العقود

الرسمية محل التنفيذ ما حدده القانون من ضرورة أن يكون العقد متضمن الحق الموضوعي المحقق الوجود الحال الأداء، ويجب أن يكون بيد الدائن نسخة تنفيذية ممهورة بالصيغة التنفيذية حتى يباشر إجراءات التنفيذ ضد المدين ..

- ❖ العقد الرسمي الناقل للملكية يمر بمجموعة من المراحل وهي: إبرام العقد أمام الموثق بالنسبة للأملاك التابعة للخواص وبمعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للأملاك العقارية التابعة لهذه الأخيرة باعتباره موثق الدولة، ثم تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب قصد تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية، وأخيرا شهره بالمحافظة العقارية كي ينتج العقد أثره العيني وهو نقل الملكية العقارية.
- ❖ أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليس مبدأ مطلقا بل له استثناءات تتمثل في تعديل العقد باتفاق الأطراف وتعديل العقد بنص القانون .
- ❖ بالنسبة لتعديل العقد باتفاق الأطراف فكما ينشأ العقد بإرادة الأطراف يمكن تعديله بهذه الإرادة، إلا أن هناك حالات يمكن فيها تعديل العقد بإرادة منفردة وهي الحالات المحددة على سبيل الحصر قانونا .
- ❖ بالنسبة لتعديل العقد بنص القانون، فقد يكون وجوبي وهذا في حالة التعديل القانوني وقد يكون جوازي وهذا في التعديل القضائي، أي أنه يجوز للقاضي تعديل العقد في الحالات المحددة قانونا إذا توفرت شروطها.
- ❖ يشترط في التعديل بنص القانون أن يكون هناك نص صريح على ذلك، أما التعديل القانوني فيشترط فيه توفر الشروط العامة لإبرام العقد: الرضا، المحل، السبب، والشكلية في بعض العقود .
- ❖ ينتج عن التعديل عدة آثار فقد يؤدي التعديل الإتفاقي إلى استمرار العقد الأصلي وقد يؤدي إلى انقضاءه وظهور عقد جديد . أما التعديل القانوني فيكون بعدة طرق أهمها تعديل مدة العقد وتعديل قيمة الإلتزامات، أما التعديل القضائي فقد يؤدي إلى إنقاص الإلتزام المرهق أو توزيع الخسارة على الطرفين، أو وقف تنفيذ العقد مؤقتا ...

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

01- الكتب

- أحمد حسن قدادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية،
- أحمد خلاصي، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري، منشورات عشاش، الجزائر، (ب.س ط.)
- أحمد شوقي عبد الرحمان: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات، دون طبعة، المطبعة العربية الحديثة، العباسية، 1977
- أسامة الحموي الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الطبعة الأولى مطبعة الزرعي دمشق 1997
- أنور سلطان: مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت، 1983
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الأول – بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 1999
- جلال علي العدوي , مصادر الإلتزام , دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني
- حسن كيرة المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1974.
- الد سمير عبد السيد تناغو , الد محمد حسين منصور , القانون والإلتزام ' دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية
- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري،دار العلوم للنشر والتوزيع، دون بلد الطبع،طبعة مزيدة ومنقحة
- جلال على العدوي، مصادر الإلتزام – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني
- سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 2، الطبعة 4، المنشورات الحقوقية صادر بيروت، 1998
- عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية 1999
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي بيروت

- عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني– الجزء السابع، المجلد الأول – بيروت 1958،
- عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دون طبعة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر 1992
- عبدالمنعم البدراوي النظرية العامة للالتزامات ، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود القانون اللبناني والقانون المدني المصري، أحكام الالتزام
- العربي بالحاج : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر 1999
- علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري
- علي فيلالي الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2005
- علي فيلالي النظرية العامة للعقد, الجزء الأول, الطبعة الثانية ,موفم للنشر والتوزيع ,الجزائر 2005
- عمار بومزراق ،المبسط في طرق التنفيذ، دون دار النشر، (ب.س ط.)
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن
- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، الجزء الأول، دون طبعة، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، دون سنة نشر
- محمد حسنين، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته،مكتبة الفلاح، الكويت، (ب.س)ط.
- محمد سالم عطية، الحد الأدنى للأجور كتاب العمل العدد130 ديسمبر 1974
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام– ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر،1992–1991
- محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام – الجزء الأول – الطبعة الثانية الجامعة المفتوحة طرابلس 1993
- مصطفى الجمال : النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت 1987
- نبيل ابراهيم سعد محمد حسين منصور : مبادئ القانون – المدخل إلى القانون – نظرية الالتزامات، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت، 1995

02- مذكرات و رسائل التخرج

فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون ، كلية الحقوق بو العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2001 -2002

03- النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية :

- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في : 1983/05/07 ملف رقم 28766، المجلة القضائية : 1989 العدد 01 (إيجار – تنازع حول تكييف العقد- البت في طرف قضاة الموضوع المادة 173، 203 من القانون التجاري).
- المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1989 قرار صادر بتاريخ 2 نوفمبر 1985 ملف رقم 37887
- المجلة القضائية العدد 2 سنة 1989 قرار صادر بتاريخ 22/11/1986 ملف رقم 41671 ص 165 قرار
- المجلة القضائية العدد 3 لسنة 1989 قرار صادر بتاريخ 13 جويلية 1985
- المحكمة العليا – الغرفة المدنية – قرار صادر بتاريخ 1983/03/30 ملف رقم 27927 المجلة القضائية العدد2

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية

- *Fransois Térré , philippe simler droit vivil les obligation . Yves Lequette*
- *francois ameli. Droit civil . les obligation . mantchrestien : paris 1997*
- *Francois dekeuwes – juris classeur civil art 2 fasc*
- *alt ben cheneb theorie generale du contrat o.p.u alger 1982*
- *JACK GHUSTEIN mtraité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980*
- *Cass , soc 7 juillet 1988 , bull civ , 7 , 2 , n 435*
- *Gabril Mary , Pierre Raynaud , droit civil , les obligations , tom 2 1er volum , sirey :paris 1962*
- *Alavi Ghozi La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français.*
- *LFRED RIEG (Effet obligatoire des conventions , contrats et obligations) juris classeur civil art 1025 – 1135*
- *farouk tidjani , le maintien dans les lieus dans le contrat de bail en droit vivil algerien mèmoir de magistère universitè d'alger 1988*

فهرس المحتويات

مقدمــة	أ
الفصل الأول: مراحل وإجراءات تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه	02
المبحث الأول: تنفيذ العقد الرسمي بما اشتمل عليه.....	03
المطلب الأول: تحديد مضمون العقــد.....	03
الفرع الأول: تفسيــر العقــد.....	03
الفرع الثاني :تكييف العقــد.....	15
الفرع الثالث :تحديد نطاق العقــد.....	
المطلب الثاني: تنفيذ العقد الرسمي طبقا لقوته الملزمة وما يرتبه من آثار في مواجهة أطرافه والغير.....	16 20
المبحث الثاني: إجراءات تنفيذ العقد الرسمي.....	23
المطلب الأول: الأساس القانوني للقوة التنفيذية.....	24
الفرع الأول: المبادئ الأساسية للحماية التنفيذية	24
الفرع الثاني: أركان التنفيذ	26
الفرع الثالث: الأساس القانوني للقوة التنفيذية في العقد الرسمي.....	28
المطلب الثاني: الركن الشكلي ومضمون الصيغة التنفيذية للعقود الرسمية.....	33
الفرع الأول: النسخة التنفيذية المطابقة للأصل.....	33
الفرع الثاني: الصيغة التنفيذية للعقود الرسمية	34
الفصل الثاني: تعديل العقد الرسمي أثناء مرحلة التنفيذ	37
المبحث الأول: صور تعديل العقد الرسمي وشروطه.....	38
المطلب الأول: صور تعديل العقد الرسمي.....	38
الفرع الأول : صور التعديل الإتفاقي	39
الفرع الثاني : صور تدخل المشرع لتعديل العقد.....	41
المطلب الثاني : شروط تعديل العقد الرسمي ومبرراته.....	50
الفرع الأول : شروط ومبررات التعديل الإتفاقي.....	51
الفرع الثاني: شروط تدخل المشرع لتعديل العقد ومبرراته.....	52
المبحث الثاني : آثار تعديل العقد.....	55

المطلب الأول : آثار التعديل الإتفاقي.....	55
الفرع الأول : استمرارية الرابطة العقدية الأصلية.....	55
الفرع الثاني: ظهور عقد جديد.....	56
المطلب الثاني: آثار تدخل المشرع لتعديل العقد.....	56
الفرع الأول : آثار التعديل القانوني.....	56
الفرع الثاني : آثار التعديل القضائي.....	64
الخاتمة.....	72
قائمة المراجع.....	75