جامعة زيان عاشور– الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الموازنة بين المتعاقدين في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالبين :

- صبايحي عيشة
- رحماني سالم

إشراف الأستاذ :

- بوصري محمد

لجنة المناقشة

أ/د بن علي خليل ..... رئيسا

أ/د بوصري محمد.....مشرفا و مقررا

أ/د نوري عبد الرحمن..... ممتحنا

قسم القانون الخاص / حقوق

السنة الجامعية : 2022/2021

شكر وعرفان

أول من يشكر و يحمد آناء الليل و النهار ، هو العلي القهار ، الأول و الأخر و الظاهر والباطن ، الذي أغرقنا بنعمه التي لا تحصى ، و اغرق علينا برزقه الذي لا يفنى ، و أنار دروبنا ، فله جزيل الحمد و الثناء العظيم، هو الذي انعم علينا إذ أرسل فينا عبده و رسوله " محمد بن عبد الله" عليه أزكى الصلوات و اطهر التسليم، أرسله بقرآنه المبين ، فعلمنا ما لم نعلم، وحثنا على طلب العلم أينما وجد.

لله الحمد كله والشكر كله أن وفقنا وألهمنا الصبر على المشاق التي واجهتنا لانجاز هذا العمل المتواضع .

والشكر الموصل إلى كل معلم أفادنا بعلمه ، من أولى المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة ومن بينهم المعلم **الشيخ مسعود** و كما نرفع كلمة شكر إلى الأستاذ المشرف **بوصري محمد** على مساعدتنا على انجاز هذا العمل .

وشكر إلى أستاذ **جداوي خليل** على دعمه لي لإكمال دراسة شهادة الماستر.

كما اشكر كل من مد يد العون وساندني في مشواري الدراسي و من بينهم زميلتي وأختي **كنزة صالحي** .

إهداء

ما أجمل أن يجود المرء بأغلى ما لديه و الأجمل أن يهدي الغالي للأغلى.

ها هي ذي ثمرة جهدي أجنيها اليوم هي هدية أهديها إلى:

من ساندتني وسهرت الليالي تنير دربي ،إلى من تشاركني أفراحي و أساتي إلى نبع العطف والحنان إلى أجمل ابتسامة في حياتي إلى أروع امرأة في الوجود أمي الغالية

إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم و المعرفة ، إلى الذي لم يبخل علي بأي شيء إلى من سعى لأجل راحتي و نجاحي إلى أعظم واعز رجل في الكون أبي العزيز

إلى أختي أيمان و ابنها عبد المعز مصدر سعادة العائلة

إلى أخوتي سندي في الحياة محمد و أيوب

إلى خالتي العزيزة التي ساعدتني كثيرا و بناتها خلود و أريج .

مقدمـــــة

مقدمة :

إن الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة ، باعتبار أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في منشأها إلى الإرادة الحرة ، ولهذا فأن العقد ينعقد المفاوضات والنقشات حول محتواه ومضمونه وبعد تطابق الإرادتين بين أطرافه.

إذا لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب أقرها القانون ، وهذا ما تضمنتها المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

إن القاعدة في العقد تقضي بان هذا الأخير وجد لينفذ، فكلا المتعاقدين علقا وجوده على تحقيق مصالحهما، ويستوجب في تنفيذ العقد أن يتم بحسن النية، فيقتضي اختيار الوسائل التي تتفق مع الأمانة و النزاهة كما يقتضي التعاون بين أطراف العقد، وهذا ما جاء في سياق المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

كما تعد الإرادة كفيلة لحماية المتعاقد في حالة تكافؤ المركزي القانونية للمتعاقدين، لكن قد يكون هناك اختلال في التوازن العقدي في حالة عدم التكافؤ الذي يفرض فيه الطرف القوي في العلاقة التعاقدية شروطا على الطرف الآخر، وهذا الشروط قد تكون تعسفية في حقه.

و بالنظر إلى تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية وفي ظل ظهور الممارسات الاحتكارية في ظل الاقتصاد الحر، حيث ينفرد العون الاقتصادي بصياغتها بعيدا عن الرقابة ، فيقوم بوضع شروط تعسفية مجحفة بهدف تحقيق مصالحه.غير مهتم بالأضرار بين طرفيها نتيجة وجود طرف قوي في العلاقة التعاقدية يظهر في صورة المحترف أو المهني الذي يفرض شروطه التعاقدية على طرف لا يرق إلى قدراته التقنية والتكنولوجية، بحيث لا يجد بديلا آخر للتعاقد من اجل تلبية حاجاته الشخصية والذي يظهر في صورة المستهلك، لذلك ظهرت فكرة حماية المستهلك من الشروط التي وضعها المحترف استنادا إلى القواعد القانون المدني.

كما سعى المشرع الجزائري إلى تفعيل هذه الحماية الخاصة بالمستهلك وذلك من خلال منح القاضي سلطة واسعة في مراجعة الشروط التعسفية أو المجحفة، فكان للقاضي حرية التدخل بتفسير النصوص و الشروط التعاقدية التي تثير شكا أو يكتنفها الغموض بما يحقق مصلحة الطرف الضعيف.

إن التمسك بالقوة الملزمة للعقد كمبدأ مطلق، حيث لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الإرادات التي أنشأته أو للأسباب التي يقررها القانون، كما يوجب على القاضي احترام العقد فلا يجوز تعديل ما اتفق عليه المتعاقدين بحر إرادتهما ، دون النظر إلى الظروف الخاصة التي قد يتواجد فيها المتعاقدين يؤدي إلى نتائج ظالمة، هذا الوضع أدى في نهاية الأمر إلى ظهور فكرة التعديل ، فقد منحت معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري للقاضي رخصة التدخل من اجل معالجة مشكلة عدم التوازن الاقتصادي للعقد، بهدف إعادة الأمور إلى نصابها الصحيح.

ومن بين الحالات الشائعة التي يتدخل فيها القاضي في العقد حالة وجود ظروف طارئة تثقل على كاهل المدين وحالة شروط تعسفية في عقد الإذعان ، هذه الحالات تعتبر حدود لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث القاضي يخرج عن القاعدة التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد دون تعديلها إلا من طرف الإرادات التي أنشأها .

إن تدخل القاضي في العقد يعتبر من أدق الموضوعات وأكثرها صعوبة كون العقد يعتبر أهم مظهر للتصرفات التي تنشأ عنها الالتزامات ،وقد أثار تدخل القاضي في العقد جدلا كبيرا في الفقه واستقطب اهتمامه، باعتباره مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعتبر أهم المبادئ القانونية لأنه يمثل ذروة تقديس سلطة الإرادة المنشئة للالتزام.

موضوع الدراسة:

لقد تطرقنا في هذه الدراسة إلى الموازنة بين التعاقدين في التطور الاقتصادي الحاصل تحت ضل التشريع الجزائري .

الأسباب الذاتية و الموضوعية لاختيار الموضوع:

- الميول إلى الدراسة ومعرفة كيفية إعادة التوازن العقدي في العقود الإذعان .
- سبل مواجهة الشروط التعسفية خاصة في ضل التطورات الاقتصادية السريعة و كثرة العقود.

- ارتباط هذا الموضوع بتخصص قانون الأعمال.

أهمية دراسة الموضوع:

تكمن أهمية الدراسة في الوقوف على مدى نجاعة القواعد والآليات التي أقرها المشرع، من اجل توفير المساواة و الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية و الظروف الطارئة و الذي هو يعتبر الطرف الضعيف في العقد.

إشكالية الدراسة:

إلى أي مدى تمكن المشرع الجزائري من تحقيق التوازن و المساواة بين المتعاقدين في العقد ، من خلال النصوص القانونية والآليات الوقائية والردعية ؟

منهج الدراسة:

من أجل البحث في هذه الإشكالية كانت دراستنا معتمدة على المنهج التحليلي وذلك من خلال السعي وراء تحليل المواد التشريعية

صعوبات الدراسة:

لعل من ابرز الصعوبات في هذه الدراسة قلة المراجع المتخصصة في مجال الدراسة إضافة إلى ضيق الوقت وطبيعة الموضوع المعالج، و شساعته وتشبعه في عدة عناصر مما يعيق الإلمام به كليا.

الفصـــل الأول :

الموازنـــة بين المتعاقدين قبل التعاقد

الفصل الأول : الموازنة بين المتعاقدين قبل التعاقد

المبحث الأول : مظاهر سلطان الإرادة في العقد

إذا كان العقد يبنى أساس على الإرادة و ما تتمتع به من سلطان ، فان ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة ، هذا المبدأ الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود و في تحديد أثارها ، من حقوق و التزامات وذلك وفقا لأنصار المذهب الفردي ، الذي يرى أن عموم النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد الذي يعد هو الغاية ، ومن اجله يسخر المجموع ، وطالما أن الفرد يعيش في مجتمع و الغاية هي احترام حريته و إرادته ، لذا كان واجب أن تكون تلك الروابط أساسها الإرادة الحرة فلا يخضع الفرد لالتزامات إلا إذا اختارها و ارتضاها ، ومن هذا المنطلق ظهرن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وذلك لسيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقد، إذ وصفت اغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين من خلال القوة الملزمة للعقد [1]

ونصت عليها المادة 106 من قانون المدني[2] و عليه فقد قسمنا هذا المبحث مفهوم ودور سلطان الإرادة في المطلب الأول و التزام المتعاقدين بالعقد" العقد شريعة المتعاقدين " في المطلب الثاني

الطلب الأول :مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول : نشأة مبدأ سلطان الإرادة

ساد في القانون الروماني ما اصطلح على تعريفه بالشكلية كقيد ملازم للإرادة ، بحد من الرضائية في إبرام العقود ، فالإرادة عند الرومان غير كافية لإنشاء التصرف أو ترتيب أثاره بل يجب إفراغ ذلك في شكل معين كالبيع و الإيجار و الوكالة . فالشكلية هنا هي قاعدة نظام عام مخالفتها يرتب البطلان و حضورها يفترض صحته .

---

[1] جواد كاظم _جواد سميم ، مراحل العقد بين الإرادة العقدية و التشريعية دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، العدد الثاني، الجزء الثاني ، 2018 ، المجلد الثالث ، ص87

[2] المادة 106 من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو لأسباب التي يقررها القانون "

نشأ مبدأ سلطان الإرادة في القانون نتيجة لالتقاء الفلسفات الحرة التي سادت في القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت القرن التاسع عشر وكان المحور الذي تدور حوله هذه الفلسفات هو حرية الفرد ، وتحريره من كل ضغط خارجي عليه و بصفة خاصة الضغط الصادر من القانون، والوسيلة المتفق لحماية حرية الإنسان هي إرادته بحيث لا يلزم الإنسان إلا بما يرضاه ، وكل ما يرضى الإنسان الالتزام به هو التعبير عن حريته وهكذا أصبحت الإرادة هي أساس الالتزام بالعقد [1].

الفرع الثاني : مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة عنصر أساسي و جوهري في إنشاء العقد و في إنشاء مختلف الالتزامات لأطراف التي تنتج عن إبرام هذا العقد ، فهذا المبدأ يمنح الأشخاص حرية إنشاء أي تصرف قانوني ، و أيضا تحديد الآثار التي تترتب عن هذا التصرف دون تدخل أي جهة أجنبية لفرض ما يخالف الإرادة الحرة [2]

رغم هذه الأهمية التي يتمتع بها المبدأ إلا انه لا يوجد له تعريف مباشر و دقيق لكن هناك اجتهادات فقهية ومن أهمها :

الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري :" إرادة الشخص حرة حرية تامة في إبرام ما شاءت من العقود باعتبار أن الإرادة هي الحرية الشخصية من جانب القانوني بالشرط لا تتعارض هذه الحرية في التعاقد سواء لاكتساب حقوق أو تحمل الالتزامات مع حريات الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة "[3]

إن مبدأ سلطان الإرادة كأي مبدأ قانوني آخر يتمتع بخصائص يتميز بها عن المبادئ الأخرى ، يمنح هذا المبدأ حرية التعاقد مع الشخص أو الأشخاص الذين يريد التعامل معهم، وحرية إنشاء أي عقد من العقود و تحديد الشكل الذي يأخذه هذا العقد ولكن لا يجوز تجاوز الحدود التي وضعها القانون و عدم المساس بالنظام العام و الآداب العامة .و لا يجب أن تكون هذه الحرية مطلقة خوفا من المساس بحرية الآخرين.

---

[1] سمير عبد السيد التاغو، محمد حسين منصور، القانون و الالتزام ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 1997، ص 08

[2] عبد الحميد فودة ، مبدأ سلطان الإرادة في التشريع المدني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، دون سنة ، ص13

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2000، ص153

و تقوم الخاصية الثالثة لمبدأ سلطان الإرادة على أن القانون و القضاء ليس لهما الحق في التدخل و التضييق على الأشخاص ، وعلى حريتهم في التعاقد، ما دامت هذه الحرية قائمة على إرادة حرة اتجهت نحو تحمل الالتزامات التي ينتجها العقد، و لا يتدخل القانون إلا تماشيا مع الفكرة التعاقدية القائمة على أساس أبرام عقد متوازن بين المتعاقدين ، وذلك لتحقيق العدالة القانونية و تحقيق التوازن في مبدأ سلطان الإرادة، حيث يسعى القانون على احترام كل متعاقد لحرية المتعاقدين الآخرين ولا يتعدى عليها، وأيضا للحفاظ على مبدأ شريعة متعاقدين و لكن دون أن يصل إلى توجيه هذه الإرادة و إملاء عليها ماذا يجب أن تكون عليه .[1]

الإرادة هي الركن الأساسي في العقد و التراضي هو توافق إرادتي طرفي العقد و ينعقد بصدور إيجاب من احد الطرفين و اقترانه بقبول من الطرف الأخر و إذا انعقد صحيحا طبقا لما جاء في النصوص القانونية – شروط العقد – فانه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد ، أي يصبح منتجا لأثاره القانونية .

سبق أن قلنا أن العقد يتم بتبادل الطرفين إرادتين متطابقتين المادة 59 من قانون المدني الجزائري ، و إذن فلكي يتم العقد يجب أن يتطابق الإيجاب بالقبول، أي أن يكون التعبيران عن إرادتي الإيجاب و القبول متطابقين .[2]

- **توافق الإرادتين**

أولا: الإيجاب

هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ، بحيث إذا ما قترن به قبول طابق له انعقد العقد (54-59 قانون المدني)[3]

---

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا و مصر ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ،2007، ص10

[2] علي على سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، الطبعة السابعة، 2006،ص33

[3] المواد 54 من القانون المدني الجزائري " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما"

المادة 59 من نفس القانون " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

وعليه ينعقد العقد في كثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من احد الطرفين أو دعوة موجهة إلى الجمهور كإعلان عن البضائع عن طريق الصحف، أو عرض في وجهات المحلات . غير أن الدعوة إلى التفاوض لا تعد إيجابا رغم انه يشكل عمل مادي .

يكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفر الشرطان الإتيان :

- أن يكون تعبير دقيقا و محددا .

- أن يكون باتا من جهة أخرى (يعبر عن الإرادة القطعية)[1]

ثانيا : القبول

هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب ، فهو الإرادة الثانية في العقد إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين و على هذا الأساس فان لصحة القبول يستلزم توفر شروط لإحداث اثر قانوني .

_الحرية في القبول :هذا يعني أن الموجب له يستطيع أن يقبل الإيجاب أو يرفضه كما يكون له أن يدعه يسقط لان الأصل هو الحرية في التعاقد ، غير أن الحرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال ، و إنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض ، وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه .

_صدور القبول قبل سقوط الإيجاب: معناه انه يجب أن يكون الإيجاب ما يزال قائما، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة .

و إذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم يحدد له مدة ، فيجب أن يصدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد .[2]

[1] مجيدي فتحي ،مقياس الالتزامات ،كلية الحقوق جامعة الجلفة ، الجزائر 2010 ، ص 357

[2] مخلوف صيمود ، نظرية الالتزامات، مقياس القانون المدني سنة الثانية ، قانون العلاقات الاقتصادية الدولية جامعة التكوين المتواصل ، قسنطينة ، الجزائر

مطابقة القبول للإيجاب:

لكي ينعقد العقد لا يكفي صدور القبول بل يجب أن يكون هذا القبول مطابقا للإيجاب و متفقا معه في جميع المسائل الجوهرية و الثانوية لان أي مسألة وردت في الإيجاب يجب أن يتناولها القبول مهما كانت أهميتها .[1]

وحسب المادة 65 من القانون المدني الجزائري [2] أن هناك حالة يكفي فيها لقيام العقد الاتفاق على المسائل الجوهرية ، فالوضع في هذه الحالة يعني أن المتعاقدين يتفقان على المسائل الجوهرية و يؤجلان الاتفاق على المسائل التفصيلية الأخرى إلى ما بعد كالاتفاق على المبيع و الثمن و تأجيل الحديث عن زمان التسليم و مكانه و نفقاته. فان تم الاتفاق عليها فيما بعد سينتهي الأمر . و إذا اختلفا حولها يتدخل القضاء لحسم هذا الاختلاف طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون و العرف و العدالة .

ثالثا: تطابق الإرادتين

قلنا سابقا بأنه لا ينعقد العقد إلا إذا أتى القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة، غير أن اقتران القبول بالإيجاب قد تختلف ظروفهما بحسب ما إذا كان العاقدان يجمعهما مجلس واحد أم يقيمان في مكانين مختلفين .

1. التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد : يقصد باتحاد مجلس التعاقد و أن يكون التعاقد بين حاضرين بمعنى أن يجمع العاقدين مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول و علم الموجب به و الأصل أن يستوي في ذلك إن عقد المجلس حقيقيا أو حكميا بالتعاقد بالهاتف .وذلك حسب المادة 64 من القانون المدني الجزائري [3]
2. التعاقد فيما بين الغائبين: كثيرا ما يتم التعاقد بين الغائبين، أي بين شخصين في المجلس واحد، ويكون ذلك بطريق البريد أو بطريق البرق أو بواسطة رسول وبهذا ينقضي وقت من الزمن بين صدور القبول

---

[1] د.علي بوقرة ، محاضرات في القانون المدني ، كلية الحقوق جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر، ص 19

[2] المادة 65 من القانون المدني الجزائري " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا إن لا اثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها،اعتبر العقد مبرم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون ، و العرف ، و العدالة "

[3] المادة 64 من القانون المدني الجزائري :" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص على أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثلا.

غير أن العقد يتم ، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينقض مجلس العقد".

وبين علم الموجب بالقبول . ويثور التساؤل عن تحديد وقت انعقاد العقد وهل هو وقت صدور القبول أم وقت علم الموجب ب هام غير ذلك . وقد عرفت في هذا الشأن أربع نظريات هي :

أ- نظرية الإعلان و بمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول و قبل أن يصل إلى علم الموجب ، ففي هذه اللحظة يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد . ويتفق هذا أيضا مع السرعة في المعاملات وفي التجارة بصفة خاصة. ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. [1]

ب- نظرية التصدير و بمقتضاها ينعقد العقد لا بمجرد إعلان القبول ، بل بعد تصديره ، أي بعد وضع الخطاب في صندوق البريد أو بتسليم البرقية إلى مكتب الإرسال إلى غير ذلك من الأمثلة .

ت- نظرية الوصول وبمقتضاها ينعقد العقد بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب ، بغض النظر عن علمه بالقبول .

ث- بمقتضى النظرية العلم فان العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب، وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا ينتج اثر هالا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وهو في هذه الحالة الموجب الذي يوجه إليه القبول.[2] ولقد اخذ المشرع الجزائري به في المادة 67 من القانون المدني الجزائري [3]

---

[1] سمير عبد السيد تناغو ،المرجع السابق ، ص 42-43

[2] سمير عبد السيد تناغو – محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 42

[3] المادة 67 من القانون المدني الجزائري " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول،ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول "

❖ عيوب الإرادة :

حتى ينعقد العقد صحيحا لا يكفي أن تكون الإرادة موجودة و أن يتطابق الإيجاب والقبول ، بل يجب فوق ذلك أن تكون الإرادة سليمة غير معيبة بأي عيب، و عيوب الإرادة هي الغلط و التدليس و الإكراه والاستغلال و الإرادة المعيبة هي الإرادة موجودة ولكنها غير سليمة .ولهذا تنبغي التفرقة بين عيب يصيب الإرادة وبين انعدام الإرادة أصلا. فما يصدر من المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ولا ينتج أي أثر ويكون حكمه هو البطلان المطلق . أما الإرادة المعيبة فهي بحسب الأصل صادرة من شخص توافرت لديه أهلية الإرادة. [1]

➢ الغلط :

الغلط هو وهم يقوم بنفس المتعاقد يجعله يعتقد خلاف الواقع، والغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر ، وهو حالة وسطى بين الغلط المانع وبين الغلط غير مؤثر.

الغلط الجوهري نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 90 من القانون المدني.

ولم يعرفه المشرع بل اكتفى بوصفه بالجسيم والمؤثر ، أما جسامة الغلط فتعني ذلك الذي يبلغ من الخطورة و الأهمية ما يستدعي تدخل القانون لحماية الضحية وتقدير جسامة الغلط بمعيار ذاتي يتعلق بنفسية المتعاقد[2].

والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطئ، ويرى الأستاذ علي فيلالي أنه يستحسن الاعتداد بالتقدير المجرد من اجل تفادي الصعوبات التي تواجه القاضي في البحث في نفسية المتعاقد فحسب ، بل لوضع للأنانية الشخصية حيث قد تتعسف الضحية في استعمال حقها.[3]

أم إذا وقع أحد أطراف العلاقة العقدية في وهم وابرم العقد وهو ليس على بينة من أمره مهما كان سبب ذلك فانه في هذه الحالة غير متساو مع المتعاقد الأخر فهو يتعاقد ورضاه فاسد وبالتالي الإرادة المتعاقدة في اختلال مع الإرادة الأخرى من حيث عدم سلامتها مما يستوجب أن تكون الإرادتين سالمتين على حد

---

[1] سمير عبد السيد تناغو – محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 48

[2] لبنى مختار، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1984، ص118..

[3] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، بدون طباعة ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008، ص160

سواء، ويكون الغلط مؤثر أي دافع إلى التعاقد إذا كان الغلط وراء تصميم وعزم المتعاقد على إبرام العقد، اعتقد إن نظرية الغلط تتسع لعالج التفاوت الصارخ للأداء المتقابلة في ذلك الشق المتعلق بالصفة الجوهرية للشيء فيكمن فيها الغلط في القيمة إذ يكون في التقدير الغلط للتوازن الاقتصادي للعقد بين الأطراف فيما ينتج عنه من عيب في تكافؤ الأداء ونكون بهذا بصدد حماية العقد من اختلال التوازن.[1]

أن القول أن المشرع الجزائري اخذ بالغلط في القيمة فان هذا له علاقة مباشرة بتوازن العقد، من الناحية الاقتصادية و أرج أن المشرع اخذ بالغلط في القيمة لأنه لم يحدد مجال الغلط الجوهري بل أكد فقد أن يكون الاعتقاد خاطئ في ما يعتبر أن يكون جوهريا ويرى الأستاذ فيلالي علي أن هذا نتيجة منطقية إلا أن الغلط في القيمة لا يدخل تحت مظلة الغلط وهو ما ذهب إليه علي بن شنب من أن هذا الحل غير مرجح لان المشرع الجزائري لم يأخذ بالغبن كقاعدة عامة لكنه يتراء لنا خلاف ذلك المشرع الجزائري اتبع في هذا المشرع الفرنسي كونه لم يأخذ بقاعدة عامة في الغبن لكن القضاء يعتد بالغلط في القيمة .

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 196

➢ **التدليس:**

التدليس يعني هو اصطناع وقائع كاذبة من شأنها إقاع المتعاقد الآخر في الغلط، فالتدليس ليس هو من عيوب الإرادة مستقل بذاته، ولكن مجرد طريق من الطرق المؤدية إلى وقوع المتعاقد في الغلط. ويكون إبطال العقد دائما للغلط لا لتدليس .[1]

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 86 من القانون المدني على انه:" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد" ويعتبر تدليس سكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

- شروط التدليس :

يشترط في التدليس ، ما يشترط في الغلط، بالإضافة إلى عنصر هام يميز عن الغلط، وهو استعمال طرق احتيالية ، باستخدام وسائل مادية من شأنها أن تولد في ذهن المتعاقد صورة مخالفة للواقع ، تدفعه إلى التعاقد. والطرق الاحتيالية لا يمكن عدها أو حصرها، وكل ما في الأمر أنها تتوقف على شخصية المتعاقد المدلس، أي أنه يمكن استخدام معايير موضوعية تكشف لنا حقيقة ما إذا كان هذا الأخير قد وقع ضحية احتيال أم لا، مثل السن والجنس ودرجة التعليم ووجود في مكان معين يولد فيه الثقة..الخ

ويعتبر السكوت في بعض الحالات أداة تضليل إذا تولد عنه الإخفاء وكتمان وقائع لو عرفت لما تم التعاقد، وتضيف المادة 87 من القانون المدني الجزائري بأنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يتبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس . وعليه فان هذا الحكم الذي أوردته المادة يتماشى مع منطق الأشياء ، فالمعيار هو علم أحد الأطراف المتعاقدة بالطرق الاحتيالية والملابسات .

وعليه فان طلب إبطال العقد مسألة واقع يستكشفها القاضي الموضوع من خلال الوقائع الواردة في الملف ومن خلال إثبات العلم ، فإن ما ثبت ذلك طبق القاضي القانون و حكم بالإبطال.[2]

[1] سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 56

[2] لشعب محفوظ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، الديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر، 2006،ص 181

➢ **الإكراه:**

الإكراه رهبة تقوم في نفس الشخص فتحمله على التعاقد والذي يعتد بع في الإكراه ليس هو الوسائل التي استعملت، ولكن الحالة النفسية التي أدت إليها هذه الوسائل، وهي حالة الهبة الدافعة للتعاقد .[1]

ونصت المادة 88 من القانون المدني الجزائري :" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان الرهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون وجه حق ".

- الإكراه نوعان :

- إكراه يعدم الإرادة : الإكراه الذي يعدم الإرادة ويشلها نهائيا و هو برأيي يدخل في السبب الأجنبي كقوة قاهرة ، وهو يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، زمن ثم ليس هو المقصود في دراسة عيوب الإرادة ، لأنه يعدم التصرف نهائيا.
- إكراه المعيب للإرادة: هو الذي يجعل العقد قابل للإبطال ، ويشترط لقيامه شرطان:

أ- استعمال الوسائل الإكراه للإرادة سواء هذه الوسائل موجهة بوسيلة مادية أو معنوية ، فهو إذا ضغط بالتهديد بخطر محدق سواء على جسم الفرد أو شرفه أو ماله...

ب- أن تكون الرهبة ناتجة عن إكراه الدافع إلى التعاقد، أي أن تكون الوسائل المستعملة في الإكراه هي الأدوات المباشرة التي دفعت بالشخص إلى إبرام العقد. والرهبة عامل نفسي ، يمكن أن تقوى على إرادة الشخص فتعيبها و قياسها مادي و معنوي بحسب طبيعة الإكراه. [2]

وجزاء الإكراه هو إبطال العقد ويمكن إضافة شرط ثالث وهو أن يصدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو يكون أحد على علم به .

[1] سيد عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 59

[2] لشعب محفوظ ، المرجع السابق ، ص 182 – 183

➢ **الغبن و الاستغلال :**

الغبن هو عدم تعادل المادي في التزامات كل من المتعاقدين. وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة فان ليس من شأنه التأثير في صحة العقد. لان العقد مفروض فيه التوازن بين الالتزامات المتقابلة، والمرجع في ذلك هو إرادة المتعاقدين أنفسهما. والشخص لا يرضى بالعقد إلا إذا كان يرى فيه تعبيرا عن مصلحته و بالتالي محققا للعدل بالنسبة له. والقول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار كل فرد في المجتمع في حكم القاصر الذي تفرض الوصاية على تصرفاته ، وهو ما يؤدي إلى إشاعة الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات . ولا يمكن أن يكون مقصودا بالتعادل بين الالتزامات سوى التعادل الإرادي بالنسبة لكل عقد على حده، وليس التعادل الحسابي المجرد عن الظروف كل متعاقد وتقديراته الشخصية .[1]

ويرى بعض الفقهاء بان الغبن يعتبر المظهر المادي للاستغلال و أما الاستغلال فهو الجانب النفسي مضافا إليه الجانب المادي (أي الغبن) . فلاستغلال هو غبن مصحوب بالجانب النفسي، الذي يؤثر على سلامة التقدير نتيجة لعاملين، عامل في الطرف المغبون كالطيش و الهوى ، وعامل في الطرف الغابن وهو قصد استغلال ذلك العيب للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة المبادلة[2].

والتقنين المدني الجزائري في المادة 90 من النص بأنه:" إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقض التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة".

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوخى الطرف الأخر دعوى الأبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ".وقد أضافت المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنه تجب مراعاة تطبيق أحكام هذه المادة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود.

[1] سيد عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص63

[2] لشعب محفوظ ، المرجع السابق ، ص 184

ذلك لأن المشرع الجزائري قد راعى أوضعاها خاصة لبعض العقود كحالة بيع العقار إذ نص في المادة 358 من القانون المدني الجزائري على انه :" إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل .

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عم الخمس (1/5) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ." فالدور الذي قام به المشرع في هذه المسألة علاجيا، كما أنه إذا كانت دعوى الغبن العادي تتقادم بمرور سنة، فانه في حالة بيع العقار تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع . المادة 359 من نفس القانون

و يضيف المشرع أحكاما خاصة أخرى، كعدم إلحاق هذه الدعوى أضرار بالغير الحسن النية في حالة اكتساب حقا عينيا على العقار المبيع وكعدم جواز الطعن بالغبن في البيع التي تتم عن طريق المزاد العلني بمقتضي القانون...الخ[1] .

[1] لشعب محفوظ ، المرجع السابق ، ص 186-187

المطلب الثاني: التزام المتعاقدين بالعقد

الفرع الأول: القوة الملزمة للعقد " العقد شريعة المتعاقدين "

إن مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين واضح و يمكن شرحه ببساطة بان العقد يعد بالنسبة للمتعاقدين بمثابة القانون ، أو أن العقد هو قانون المتعاقدين، وهذا معناه انه لا يمكن لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو إنهاءه إلا بموافقة الطرف الآخر فيه .

فالعقد هو قانون المتعاقدين، يجب عليهما تنفيذ ما جاء فيه بحسن النية ولا يجوز لهما مخالفة ما اتفقا عليه ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما [1] ولا تسري عليهما القواعد القانونية المنظمة للعقود ألا بالنسبة للمسائل التي اغفلا الاتفاق عليها أو محل خلاف بينهما .

أن تعبير عن العقد بأنه شريعة المتعاقدين ، ليس تعبير مجازيا ، بل هو تعبير حقيقي قصد به فعلا أن العقد هو شريعة التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين .

والعقد لا يكون شريعة المتعاقدين إلا إذا توافرت له شروط انعقاده و شروط صحته..و هو إذا كان كذلك ، لا يجوز نقضه أو تعديله لا بواسطة القانون ، ولا بواسطة القاضي ، ولا بواسطة احد المتعاقدين منفردا .

ومع ذلك فهذا القاعدة ليست مطلقة بل تقبل بعض الاستثناءات ، لأنه إذا كان العقد يستند في أساسه إلى فكرة العدل و إلى قوة القانون.فانه يخضع أيضا في حياته لتأثير فكرة العدل ، وتطور غايات القانون

ونظرا لأهمية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في النظرية العامة للعقد فقد تم تقنينها في التشريعات المدنية ومن بينها القانون المدني الجزائري ونص عليها في المادة 106 قانون المدني.

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ، ص510

وهناك أسس داعمة للقوة الملزمة للعقد :

1-الأساس الاقتصادي و الاجتماعي : قد يجد العقد قوته الملزمة في اعتبارات اقتصادية و اجتماعية ، باعتبار أن المجالين الاقتصادي و الاجتماعي يحظيان بالقسط الأكبر من العلاقات التعاقدية ، فالوفاء بالعهد ستلزمه ضرورات الائتمان و الاستقرار في المعاملات حتى تعم الثقة بين المتعاملين ، وهو مما تقتضيه المصلحة الاجتماعية التي تتحقق بضمان الأمن القانوني للعلاقات التعاقدية ، وعدم المراكز القانونية للمتعاقدين .[1]

2- الأساس الأخلاقي و الديني: الأصل أن العقود تبنى على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بها قائم على الواجب الأخلاقي المتمثل في الوفاء بالعهود، فالالتزامات التعاقدية الناتجة عن الإرادة تلزم صاحب الإرادة بتنفيذها وفاء لمبادئ دينية و أخلاقية . فليست القوة الملزمة للعقد ابتداع قانوني ،بل تجد أساسها في الديانات السماوية، ومنها الشريعة الإسلامية التي جعلت الوفاء بالعهد قاعدة خلقية قبل أن تكون إلزاما قضائيا يترتب على مخالفتها جزاءات توقعها السلطة العامة .[2]

3-الأساس القانوني و القضائي : نظرا لان العقد هو ابرز مصدر للالتزامات القانونية ، فقد اعتنت اغلب التشريعات القديمة و الحديثة بتنظيمه ،كما ساهمت الاجتهادات القضائية في تطوير دقائق نظرية العقد . لذلك فانه العقد يستمد قوته الملزمة من القانون الذي ينظمه ، وهذا ما أكده الفقيه "ديجي" بقوله أن الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم في حركات جسمه.

ولذا فان العقد يستمد قوته من القانون والقانون لا يرتب على العقد أثاره الملزمة لمجرد أن يحقق لإرادة المتعاقد متعة ، بل لمصلحة اجتماعية تقتضي ذلك [3].

---

[1] علي فيلالي ،مرجع السابق، ص 286

[2] وحيد الدين سرار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر 1979، ص 597

[3] بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني ،التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعة ، الجزائر ، 2008، ص44

- **أهمية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة للعقد والمتعاقدين**

أهمية القاعدة بالنسبة للعقد :

تتمثل الأهمية في ما يلي :

– حماية العقد من التعديل أو الإنهاء العشوائي ، لان العقد هو نتاج توافق إرادتين أو أكثر ، قد جاء بعد تفكير و تشاور بين هاتين الإرادتين ،فلا يجوز أن يتم التعديل أو الإنهاء إلا بتوافق هاتين الإرادتين مرة أخرى.

– تفرض قاعدة العقد الشريعة المتعاقدين احترام العقد من طرف القاضي ،وتلزمه بتطبيق ما جاء فيه وعدم تطبيق القانون غلا على المسائل التي أهمل أو اغفل المتعاقدين عن تنظيمها أو محل خلاف بينهما [1].

أهمية القاعدة بالنسبة للمتعاقدين :

تتمثل في ما يلي :

– غن اعتبار العقد بمثابة القانون من شانه أن يفرض عليهما احترامه، و العمل على تنفيذه لان تنفيذه هو الهدف من وراء إبرام العقد، وهذا لا يأتي إلا بإضفاء قوة ملزمة على هذا العقد

– حماية المتعاقدين من إخلال احدهما بتنفيذ العقد فمادام العقد هو وليد إرادتي أطرفه فهو ملك لهما ويجب تنفيذ الالتزامات و في حالة إخلال احدهما بتنفيذ هذه الالتزامات ينشأ للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ .

– حماية المتعاقدين من تدخل الغير في العقد، وكذالك حمايتهما من تدخل القاضي فيه ويكون التدخل في العقد إلا بناء على طلب المتعاقد أثناء نزاع حوله.

[1] محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر،ا لإسكندرية، 2006 ،ص 348-358

الفرع الثاني : نتائج المترتبة على القوة الملزمة

انعقاد العقد صحيح يترتب على أطرافه التزامات متقابلة يكون العقد ضامنا لها لكونها شريعة المتعاقدين وحسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق ، وطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته ، فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به

أولا : لا نقض ولا تعديل للعقد دون اتفاق

لقد شبه العقد فيما يتعلق بقوة الإلزامية إزاء المتعاقدين بالقانون ، حيث لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد بإرادته المنفردة ، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلات على بنوده أيا كان نوعها أو أهميتها ، فالقانون من وضع المشرع وله وحده دون غيره صلاحية نقض أو تعديل هذا القانون ، ويكون الأمر مماثلا بالنسبة للعقد، فهو من وضع المتعاقدين عن طريق الاتفاق فلا يمكن إذن تعديله أو نقضه إلا من طرفيهما معا و يسري هذا التحريم في حق القاضي كذلك ، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد و لو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره. [1]

ومع ذلك فان هذه القاعدة ليست مطلقة ، بل تقبل بعض الاستثناءات ، لأنه إذا كان العقد يستند في أساسه إلى فكرة العدل و إلى قوة القانون ، فانه يخضع في حياته لتأثير فكرة العدل أيضا ، وتطور الغايات القانون ، إذ يجوز عند التعاقد الاتفاق على إعطاء حق تعديل العقد أو نقضه لأحد المتعاقدين ، وكذلك قد يرخص القانون لأحد المتعاقدين نقض العقد أو تعديل فيه .[2]

ويرجع أسباب هذه الحلول الاستثنائية عموما إلى المسائل أربعة هي :

- تحريم الالتزام مدى الحياة
- انعدام الثقة
- تهديد مصالح المتعاقد
- اتفاق المتعاقدين

---

[1] علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص287

[2] د. وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة، عمان ، 1996، ص 27-49

ثانيا: تنفيذ العقد بحسن النية

يبدو أن المبادئ الأخلاقية الحديثة ستؤدي إلى قيام توازن عقدي جديد، لكون التشريعات اليوم تميل إلى نوع من العدالة التي يكون أساسها حسن النية العقدية [1]

ولعل في حسن النية تجسيد لمؤسسة قانونية بمكونات أخلاقية ومن خلالها تظهره المادة 1/107 من قانون المدني الجزائري كقاعدة سلوكية موجهة لتنفيذ الالتزام، والقاضي هو من عليه تفعيلها.

يرى بعض الباحثين وجوب تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المتعاقد، وهذا يقتضي نزاهة المتعاقد و إخلاصه من جهة و تعاونه من جهة ثانية تسهيلا لتنفيذ العقد[2]

ولا شك أن حسن النية في تنفيذ العقد يستوجب النزاهة و الأمانة و الثقة بل إن من أهم مظاهر حسن النية هي مبدأ النزاهة التي يجمع مفهومين متقاربين كالشفافية و الإخلاص و يجعلها يتشاركان في تكوينه ، وفرض الشفافية من طرف المشرع قائمة على منع الإخفاء أو التخفي من وراء الالتزام بالسرية ، لان الغموض غالبا ما يكون وليد انعدام التوازن عقدي ، في حين أن الشفافية شرط من شروط حيوية العقد، كما أن واجب التعاون واجب تعاقدي و متبادل بين الطرفين المتعاقدين

هناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية و قاعدة القوة الملزمة للعقد ، التي تفرض على المتعاقد تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بحسن النية ، وهذا ظهر جليا في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري[3]

المشرع الجزائري بهذا أكد أن العقد شريعة المتعاقدين ، وانه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادتي طرفي العقد. وان الالتزام بحسن النية يجد أساسه و حدوده في القوة الملزمة للعقد ، وهناك أصول فنية، و أخلاقية، وقانونية تتفرع عن القوة الملزمة يجب على المتعاقد أن يلتزم بها.

---

[1] ذهبية حامق ، الالتزامات بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2009، ص22

[2] علي فيلالي ، الدين والقانون ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية ،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، 2008، ص68

[3] المادة 107 من القانون المدني الجزائري " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام".

ويؤدى ذلك انه المدين مقيد بتنفيذ التزامه وكل ما تعهد به، طبقا لما اشتمله العقد، وبطريقة متفقة مع مبدأ حسن النية في التنفيذ و قصد المتعاقدين .[1]

غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول ، يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

[1] عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية المتعاقد ، المجلد الرابع عشر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، الجزائر ، 2021، ص723

المبحث الثاني: عقد الإذعان

عرف العالم منذ بداية القرن العشرين العديد من التحولات في مختلف المجالات الاقتصادية و الاجتماعية ، وظهور عقود جديدة –عقد الإذعان – نتيجة هذه التطورات بحيث تميز هذا العصر بكثرة الإنتاج و تنوع السلع و الخدمات مما أدى إلى إحداث فجوة بين المتعاملين ، مما يحتم وجود تفاوت في المراكز القانونية بين هذه الأطراف أي وجود طرف قوي وطرف ضعيف، ومن هذا المنطق ظهرت الحاجة لحماية الطرف الضعيف في التعاقد وبناءا على هذا سنقوم بدراسة مفهوم عقد الإذعان في المطلب الأول و كيفية حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي تقع على عتقه في المطلب الثاني

المطلب الأول : مفهوم عقد الإذعان و شرط التعسف

عقد الإذعان من العقود المستجدة يدخل في ضمن تقسيمات العقود، ولتحديد مفهوم عقد الإذعان يتطلب معرفة خصائص التي تميزه عن باقي العقود الأخرى ، كما يجب أن يحتوي على عناصر الجوهرية التي لا ينعقد بتخلفها [1]، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى ما يلي :

الفرع الأول: مفهوم و أركان عقد الإذعان

أولا: مفهوم عقد الإذعان

أ– تعريف عقد الإذعان

1_ تعريف التشريعي لعقد الإذعان : في ظل النصوص القانون المدني نجد بان المشرع الجزائري لم يحدد تعريف عقد الإذعان و اكتفى بوصف الإذعان، وعلى كيفية حصول القبول في هذا النوع من العقود على غرار التشريعات العربية

[1] دموش نبيلة ، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر، قانون خاص، جامعة أكلي محند اولحاج ، البويرة ، الجزائر ، 2017، ص 08

وهذا بالنص عليه في المادة 70 من القانون المدني[1] فيتضح من خلال المادة تعريف غير مباشر لعقد الإذعان و هذا من خلال توافر شروط يضعها الموجب في العقد دون قبول مناقشة الطرف الأخر .

ولكننا نجد بأن المشرع قد عرف الإذعان من خلال القانون رقم 02/04 الصادر في 2004/06/23 و المحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، ليضع تعريف لهذا العقد في الفقرة الرابعة من المادة 3 بأنه: (كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغير حقيقي فيه) [2]

_ **تعريف الفقهي لعقد الإذعان:** اختلفت الآراء الفقهية في تعريف عقد الإذعان نذكر منها ما يلي :

– عرف جاك غستان عقد الإذعان: "أن عقد الإذعان هو انضمام لعقد نموذجي يحرره احد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم عليه الفريق الأخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله".

– كما عرفه الدكتور لعشب محفوظ بأنه :" العقد الذي يعد فيه الموجب ذو احتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام غليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة ". [3]

– في حين عرفه الدكتور حسام الدين الاهواني بأنه:" العقد الذي يحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا لصورة مجردة و عامة قبل الفترة العقدية "

– كما جاء فقهاء الشريعة المعاصرون بتعريفات مقارنة لتعريفات القانونيين ومن تلك التعريفات نذكر أنه:" صيغة من صيغ الإبرام تعمد على استخدام نموذج نمطي للعقد، يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة و يعوضه على الطرف الأخر ، الذي ليس له إلا الموافقة عليها كما هو...."

---

[1] المادة 70 من قانون المدني" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها"

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 61

[3] لعشب محفوظ ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،1990، ص31

– وعرفه أيضا الدكتور محمد الغزالي على أنه :" عقد الإذعان فرع شائع من العقود ، يقع على منفعة من المنافع العامة الضرورية كالكهرباء و الماء تخضع لاحتكار جهة معنية ،فيقوم هذا المحتكر بعرض هذه الخدمة على المحتاجين غليها بشروط و تفاصيل ينفرد بوضعها"[1].

– و حسب تعريف الأستاذ علي فيلالي :" عقد الإذعان هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله،ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة احد

المتعاقدين على أخر ، فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع و الخدمات من طرف المتعاقد القوي "[2].

ومن خلال التعريفات الفقهية المذكورة نستنتج بأنه وان اختلفت إلا أنها تصب في نقاط معينة وقد تشترك أو تجتمع في تعريف واحد على انه العقد الذي يسلم فيه احد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الأخر و لا يسمح بمناقشتها و ذلك فيما يتعلق بسلع و أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي .

[1] احمد سمير قرني ، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه و أصوله، جامعة الشارقة ، الإمارات ، 2008، ص31-32

[2] غانم سميحة، عقد الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، مذكرة تخرج ما ستر ، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر ، 2014 ، ص13

ب- الخصائص عقد الإذعان

إن عقد الإذعان ينفرد عن غيره من العقود بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره لذا سنتطرق لها

1. يتعلق العقد بالسلع أو المرافق و الخدمات التي تعتبر ضرورية للمستهلك بحيث لا يتصور الاستغناء عنها دون أن يلحقهم أذى أو مشقة .
2. أصبح الاحتكار واقع اقتصادي مفروض ، ويقصد بالاحتكار هو الانفراد بالسلع أو الخدمات بتركيز أساليب الإنتاج و رأس المال في أيدي طبقة معينة ، ويشمل الاحتكار احتكار فعلي او و احتكار قانوني ، فبالنسبة لاحتكار الفعلي فهو تفوق اقتصادي وهذا ما أكدته السيدة "ألرمامورو مارغراف" في ملتقى تحت عنوان الشروط العامة للبيع :" إن التفوق الاقتصادي يتأكد في حالة الاحتكار " [1]ويجد الاحتكار مجالا أوسع في النظام الرأس مالي الذي يقوم على مبدأ الملكية الفردية لوسائل الإنتاج ومبدأ المنافسة الحرة [2]

أما بالنسبة للاحتكار القانوني فان معظم المرافق الحيوية في يد الدولة، لهذا يجد مجال أوسع في النظام الاشتراكي، وجود مثل هذا الاحتكار هو مبدأ الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج[3]

3. أن يكون الإيجاب فيها موجها إلى كافة الناس وبشروط مماثلة وتكون مطبوعة وبصيغ ونماذج عقدية
4. يتمتع الموجب في عقد الإذعان بسلطة الانفراد بوضع بنود العقد بسبب احتكاره للسلع و الخدمات الضرورية، زلا تقبل المناقشة من طرف المذعن بحيث يأتي القبول كتسليم بها جملة واحدة. [4]

---

[1] نقلا عن فاطمة نساخ ،مفهوم الإذعان ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجائر ،1998، ص12

[2] نقلا عن فاطمة نساخ، مرجع نفسه، ص18

[3] لعشب محفوظ بن حامد، مرجع السابق ، ص60

[4] همام محمد محمود زهران ، الاصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة ، 2004، ص 35

ت- طبيعة عقد الإذعان

اختلف الفقه القانوني حول طبيعة عقد الإذعان هل هو عقد عادي ككل العقود تسري قواعد العقود المنظمة لها ، أم انه مركز قانوني أو تنظيمي إنشاء الموجب بإرادته المنفردة ، وبالتالي لا يخضع لقواعد العقد ومن هنا نتطرق إلى الرأيين :

الرأي الأول : الصفة الغير التعاقدية أو اللائحية لعقد الإذعان

يرى الكثير من فقهاء القانون أن ما يطلق عليه عقود الإذعان ليس لها أي صفة تعاقدية ،لان العقد هو توافق إرادتين أو أكثر عن حرية و اختيار .

أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، وليس تعبيرا عن الإرادة الحقيقية للموجب، وهذا الفريق ينكر وجود عقد الإذعان انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة بينهما .

إذ أن في عقد الإذعان يوجد من جهة عدم المساواة بين المتعاقدين، و لا توجد مساهمة أو مشاركة للطرفين في وضع الشروط و إعدادها التي تنطلق عليها الإرادة.

وقد قال الأستاذ: سالي إن : "هذه العقود لا تعدو أن تكون إعلانات متوازنة بالإرادة المنفردة" . ويتفق الأستاذ "مروان" مع هذه الفكرة فيعتبر إن عقد الإذعان بمثابة " تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب" وبذلك فهو ليس عقد حقيقي .[1]

فعقد الإذعان وفها لهذا الرأي هو أشبه بقواعد تنظيمية وضعتها الشركات المحتكرة لتنظيم تقديم سلعة أو خدمة، وألزمت هذه الشركات جمهور المستهلكين المحتاجين لهذه السلع و الخدمات بهذه القواعد بحكم مركزها الاقتصادي أو الواقعي الذي مكنها من ذلك، ومن ثم يجب تفسيره كما تفسر اللوائح، ويراعي في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية.

[1] سمير عبد السيد تناغو- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص468

واهم حجج هذه النظرية هي:

1- إن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال مابين المتعاقدين، وهذا هو الاتجاه العام في القانون المدني.

إن القانون المدني قد وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافها متساوية، وهذه النتيجة واردة في الأوضاع التي يعتبرونها عقد إذعان.[1]

الرأي الثاني: الصفة التعاقدية لعقد الإذعان

إن أغلبية فقهاء القانون المدني يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق الإرادتين، ويخضع للأحكام التي تنظم سائر العقود ، ورفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من" سالي" و" ديجيه" ومن تبعهم و تمسكو برأيهم

ولقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبارات عديدة في الدفاع عن الصفة التعاقدية و فيما يلي أبرزها :

مهما بلغ الضغط الاقتصادي الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يعدم الرضا ولا يفسده ، إذا لا يرى في الضعف الاقتصادي للمذعن ما ينفي عن المعاملة وصف العقد ، باعتبار أن قبوله له عن تسليم بشروط الموجب دون قدرة على مناقشتها لا ينفي عنه وصف انه قبول صحيح صادر عن إرادة حرة و مختارة إذ ينعقد العقد به ، فالاشتراك في صنع الاتفاق أصبح أمر غير ضروري ، فلا يشترط القانون قيام العقد أن تجري المساواة بين طرفيه [2] .

وذلك لان الإرادة التعاقدية حاضرة في عقود الإذعان بدليل إن إرادة الموجب لا تنتج أثرها إلا بعد اقتران إرادة القابل لها كما هو الشأن في كل العقود ،أما القول بان المتعاقد المذعن ضعيف أمام المتعاقد الأخر القوي، فإن هذا يرجع إلى أسباب اقتصادية لا إلى أسباب قانونية .وعلاج الأمر بوضع حل قانوني عادل لهذا الاختلال بين المحترف و المستهلك ليس بإهدار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان، و لا بإطلاق يد القاضي في تفسير هذا العقد أو إلغائه كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف، فتضطرب المعاملات

[1] لعشب محفوظ، المرجع السابق ، ص 48

[2] بريك دلال وحمر العين فيصل ، سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد، مذكرة لنيل إجازة المدرة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، الجزائر، 2008، ص26

وتفقد استقرارها، ويترتب على ذلك إهدار مبدأ سلطان الإرادة، والخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ولكن يجب تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي .

ويكون بإحدى الوسيلتين أو بهما معا:

1- وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكين و تعاونهم على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.
2- وسيلة تشريعية في تدخل المشرع _لا القاضي_لينظم عقود الإذعان.[1]

أما عن المشرع الجزائري فأعتبره عقد حقيقي وهذا ما يستشف من الاعتبارات التالية:

من خلال المادة 54 من القانون المدني الجزائري ،يتبن انه لم يعتمد معيار المساواة الاقتصادية لأطراف العقد، هذا ما يدل على أن وجود هذا الأخيرة أو عدمها لا يساهم في إضفاء الصفة التعاقدية لأي عقد.

و أيضا اخضع عقد الإذعان للقاعدة العامة التي تنظم بقية العقود، واخضع بالإضافة بعض عقود الإذعان إلى التنظيم خاص بها مثل: قانون حماية المستهلك [2]

[1] عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ص 283

[2] قانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 ه الموافق ل 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش

ثانيا : أركان عقد الإذعان

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء أثر قانوني، وهذا ما جاء في المادة 54 من القانون المدني الجزائري، ولكي ينعقد لا بد له من توافر أركان و المتمثلة في الرضا و المحل والسبب

1- الرضا :

إن أهم ركن في العقد هو الرضا ، أي الإيجاب و القبول و انطباقها بإرادة حرة وواعية ، هذا ما سنورده كالتالي:

الإيجاب :

في العقود التي تتم بطريقة الممارسة يتم فيه بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية وهذا ما نصت عليه المادة 59 من قانون المدني الجزائري

فتعدد العروض من الجانبين قد يكون القبول النهائي صادرا من الموجب، المبادر، هذا ما يعرف بمرحلة المفاوضات في العقود، فمن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاب إلا بعد مفاوضات قد تطول.

ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه، كان بضع إعلانا بنبي انه يعرض مترلا لبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة، وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فلا يعد إيجابا، بل دعوة إلى التفاوض أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجابا. [1]

تلك هي مرحلة المفاوضة في العقود العادية، أما في عقد الإذعان فان للإيجاب والقبول ميزات واضحة إذ لكل منهما طابع خاص.

فالإيجاب في عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة، ومن ثمة فان تمام العقد يحتاج إلى أكثر من أن ينضم قبول يكون بمثابة إذعان لما صدر من الموجب من شروط ولا يستثني هذا الحكم سوى الغرض الذي تكون

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 206

فيه شخصية القابل محل الاعتبار ، وفي هذه الصورة الأخيرة فان العرض الصادر من الطرف القوي في العقد يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقي غلى مستوى الإيجاب.[1]

فالإيجاب في عقد الإذعان هو الشرط والشرط يقصد به " ذلك الذي يضعه أحد الأطراف ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية المحتملة ويكون غير قابل للمناقشة. فهو شرط محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشرط غالبا ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضحة. وعلى سبيل المثال لا الحصر في العقود النموذجية المعدة من قبل جمعيات مهنية، فإننا نجد الشكلية المستعملة فيها تحمي مصالح عمال تلك المهنة ومن هنا فان الشرط هو الذي يحدد نطاق التعاقد.

وما دام الإيجاب يصدر بصورة قاطعة ، وبصورة عامة، فانه يقتضي أيضا أن يكون دائما، أي أن يكون ملزما لمدة تكون أطول من المدة العادية التي تكون عليها العقود الأخرى . وطول مدة الإيجاب كما يقول عبد المنعم فرج الصده" آتية من طبيعة الإيجاب وظروفه". وأظهر ما يكون فيه الإيجاب صادرا من محتكر قانوني أن يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفة تخضع لموافقة السلطة العامة، هذه التعريفة لا يلحقها التعديل عادة إلا بعد مدة طويلة ، ومن ثم تتسم بطابع الثبات والاستقرار . ويفترض فيمن يتقدم للتعاقد علمه بشروط الإيجاب، وذلك لان هذا الإيجاب واجب النشر، إذ ينشر بطريقة يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليها.[2]

[1] د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القانون البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص 136

[2] لشعب محفوظ ، المرجع السابق، ص 154 -155

القبول :

من خلال المادة 70 من القانون المدني الجزائري

يتضح أن القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يفسر قبوله بعد مناقشة و مفاوضة، بل هو في موقفه لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع ، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيئ لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول ، فرضاؤه موجود لكنه مفروض عليه.

إي أن القبول في عقود الإذعان يكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الإيجاب .

وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت في رأي بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العمق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد. على أن المشرع لم ير مجاراة هذا الرأي إلى غايته، بل احتج بذكر هذه العقود واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربا من ضروب القبول. فثمة قبول ملحوظ في إذعان العاقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة.

ويقتضي هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود التي تختلف عن القواعد التي تسري على عقود الممارسة، وذلك كأن يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا، خلافا للقواعد العامة. ولا يمكن للموجب أن يرفض القبول ، لأنه من المنطقي القول بأنه في عقد الإذعان إذا اعتبرنا أن القبول الذي يتم عن طريق الرضوخ والاستلام لشروط مقررة هو قبول " بالمعنى الحقيقي للكلمة فان الموجب لا يستطيع التحلل من التزامه حتى و إن أراد لان العقد يكون قد انعقد حينئذ". [1]

وهذا الواقع نتيجة التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة الذي أدى بدوره إلى نشوء عقود ذات طبيعة خاصة وهي مفروضة من طبقة اقتصادية و لا تقبل المناقشة على شروطها.

2- المحل

هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب و يلتزم بها المدين ليشكل بها نظاما في العلاقة القانونية و تكون غير قابلة للمناقشة، فقواعده عموما تكون محررة بإرادة منفردة من الطرف القوي. و عدم وجود الحوار و المفاوضة يجعل المحل ثابتا مستقرا لا يمكن استبعاد أي شرط من الشروط محتواه سواء كان في الوثيقة

[1] لشعب محفوظ ، المرجع السابق ، ص 161- 162

العقد ، أو كان شرطا آخر تابعا له في وثائق أخرى. وفي الواقع فإنه لا يحد من تلك الشروط سوى النظام العام أو الآداب العامة وكذا مدى مطابقتها للقانون . وفقا لنوع العقد[1]

و إذا كانت مخلة بالنظام العام تكون باطلة وذلك حسب المادة 93 من القانون المدني الجزائري[2] .

3- السبب

يقصد باصطلاح السبب واحد من ثلاثة معا ، الأول هو السبب المنشئ وهو مصدر الالتزام ، كالعقد و العمل غير المشروع و الإثراء بلا سبب و الإرادة المنفردة و القانون وحكم القاضي .

والمعنى الثاني هو السبب الدافع ، وهو الباعث الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد .

والمعنى الثالث هو السبب النهائي أو السبب القصدي ، هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه .[3]

ونجد أن القانون الجزائري قد تأثر برأي الفقه الذي يجمع بين السبب في العقد والسبب في الالتزام ، إذ اسند السبب إلى العقد في المادة 97 قانون المدني الجزائري.[4]

وفي جميع الأحوال فان العقد إذا لم يذكر فيه السبب، فيفترض أن له سبب مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك حسب المادة 98 من القانون المدني الجزائري[5] ، وبما أن عقد الإذعان هو عقد نموذجي كعقد التأمين البري و البحري وعقود النقل بأنواعها الثلاث ، فان سببه دائما يكون مشروعا إلى أن يثبت العكس .[6]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ص 207-208

[2] المادة 93 من القانون المدني الجزائري"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"

[3] سمير عبد السيد تناغو-محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص76

[4] المادة 97 من القانون المدني الجزائري " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا "

[5] المادة 98 من القانون المدني الجزائري " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك..."

[6] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص95

الفرع الثاني : مفهوم الشرط التعسفي

أولا: تعريف الشرط التعسفي

المعروف أن الصورة التقليدية للعقد تقوم على المساومة و تفترض مناقشة شروط العقد ، وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية و التفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية للطرفين، جعل الموجب ينفرد بوضع شروط العقد ، ولا يقبل مناقشة فيها وهو ما يسمى بالشروط التعسفية و هو مفهوم حديث النشأة[1]

وعرفه الفقه على أنه :" كل شرط محرر مسبقا وبشكل منفرد من طرف المهني بعقد إذعان مبرم بينه وبين المستهلك ويسبب لفائدة المهني عدم التوازن مفرط في حقوق و التزامات الطرفين.

و أيضا عرف على انه :"ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة. [2]

لم يغفل المشرع الجزائري في قانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أمر تعريف الشرط التعسفي، إذ جاء النص عليه في الفقرة الخامسة من المادة 3 كما يلي :" شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق و واجبات أطراف العقد" .

والملاحظ من نص هذه المادة ، إن المشرع الجزائري قد تأثر بالتعريف الوارد في القانون الفرنسي ومنه في التوجيه الأوروبي .

---

[1] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دون طباعة، منشاة دار المعارف، الإسكندرية ، مصر ، دون سنة، ص 27

[2] محمد بودالي ، المرجع السابق، ص77

ثانيا : العوامل المساعدة في إدراج الشروط التعسفية في عقد الإذعان :

الانفراد بوضع بنود العقد: نظرا للتفوق الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب بفعل احتكاره للسلعة خدمات الضرورية فانه يستعمل قوته في إطار العقد بوضع بنود العقد بطريقة منفردة ، ولا يعد هذا الانفراد تعسفا في حد ذاته، بل هو عمل يرضيه القانون، كونه يسهل عمليات إبرام العقود في وقتنا الحالي، ويكمن الجانب السلبي في هذه الميزة في كون تنازل بعض الأفراد عن حقهم في تحديد مضمون العقد هو تنازل إجباري بحكم الإكراه الاقتصادي مما يسمح للطرف القوي اقتصاديا بأن يتمتع بمبدأ سلطان الإرادة مطلق يبيح له التحديد المسبق للعقد و يعطي للمحتكر فرصة وضع شروط تعسفية [1].

انتقاء المناقشة : لا يعد انتقاء المناقشة تعسفا، و إنما يكمن التعسف في استعمال السيئ لهذا الأسلوب، فالإرادات الحرة في ضوء الفهم الحقيقي للنظرية العقدية لا تتوافق و لا تطابق عندما يتعلق الأمر بعقد الإذعان، وحتى و إن كان هناك تطابق بين إرادات المتعاقدين بصدد عقد الإذعان، فانه لا يتعلق سوى بموضوع واحد إلا و هو العقد بذاته، أما عن الشروط الواردة بالعقد فان الإرادات لا تتوافق بشكل كلي وتام ، لأنها من وضع الإرادة مقدم السلعة أو الخدمة . وعليه فان الطرف الضعيف ينضم إلى العقد دون مناقشتها.

تعلق حاجات المستهلك بسلع أو خدمات ضرورية: قد تكون حالة الضرورة لتعلق العقد بسلع وخدمات ضرورية فرصة يغتنمها المحتكر من اجل فرض شروط تعسفية ، فيذعن المستهلك للمضمون العقدي و إن كان يحمل في طياته شروط مجحفة فالطرف المذعن يكون في موقف اختيار بين الحصول على السلعة أو الخدمة مقابل أي شرط من الشروط التي وضعها المحتكر و بين رفضه لها وبالتالي حرمانه من تلبية حاجاته .

[1] فاطمة نساخ ، مرجع سابق ، ص68

المطلب الثاني : سلطة القاضي في عقد الإذعان

بعقود الإذعان يتولى تحريرها و إملاءها هو الموجب _الطرف القوي_ الذي يملي شروطه على الطرف الأخر و غالبا ما يدرج في عقد الإذعان شروطا تعسفية يرضخ لها الطرف الضعيف دون مقاومة لحاجته الماسة للخدمة الضرورية مما جعل المشرع يخرج عن القوة الملزمة للعقد و يسمح للقاضي في أن يتدخل لتعديل أو إعفاء الطرف المذعن منها .

الفرع الأول : دور القاضي للحد من الشروط التعسفية

أولا : سلطة القاضي في تعديل شروط التعسفية

طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الإنهاء ، لان هذا الحق مخول لأصحاب العملية التعاقدية و نزولا على اعتبارات العدالة، ومع ذلك رأى المشرع أن يعطي للقاضي الحق في أن يتدخل في العقد فينهيه أو يعدل بنوده وذلك كاستثناء على القاعدة [1] وهذا ما نصت عليه المادة 110 من قانون الجزائري[2] ، أي القاضي له السلطة إجراء التعديل في الشروط التعسفية على نحو ما تقضي به العدالة ، وذلك من أجل رفع كل ضرر قد يلحق بالطرف الضعيف في حالة تنفيذ العقد بما اشتمل عليه من شروط وهذه السلطة لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك ، إلا بناء على طلب الطرف المذعن عملا بمبدأ حياد القاضي المدني[3] .

ويتضح جليا من خلال المادة 110 من القانون المدني الجزائريان تدخل القاضي لتعديل ما تضمنه عقد الإذعان من شروط تعسفية ، أو إعفاء الطرف المذعن منها مرهون بضرورة توافر شرطين وهما : وجود عقد إذعان ، واحتوائه على شروط تعسفية.

- وجود عقد الإذعان بمعنى يجب أن يكون عقد الاستهلاك موضوع النزاع قد انعقد بين المستهلك والمحترف بطريق الإذعان ، وعليه يجب على القاضي الاعتماد على التعريف الذي جاء به المشرع في المادة 03من القانون 04-02 في فقرتها الرابعة والتي بمقتضاها تكون أمام عقد

---

[1] وليد صلاح،القوة الملزمة للعقد ولاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، جامعة الأزهر ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر ، 2004،

[2] المادة 110 من القانون المدني " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ا وان يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

[3] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص75

إذعان متى توافر هذا الأخير على عنصرين ، يتمثل الأول في التحرير المسبق لمحتوى العقد من احد الأطراف، وهو المحترف الذي يقوم بوضع بنود العقد من حيث الحقوق و الالتزامات ، في حين يمثل العنصر الثاني في عدم إمكانية الطرف المذعن و هو المستهلك من إحداث تغير حقيقي في العقد.

- وجود عقد الإذعان بمعنى يجب أن يكون عقد الاستهلاك موضوع النزاع قد انعقد بين المستهلك والمحترف بطريق الإذعان ، وعليه يجب على القاضي الاعتماد على التعريف الذي جاء به المشرع في المادة 03من القانون 04-02 في فقرتها الرابعة والتي بمقتضاها تكون أمام عقد إذعان متى توافر هذا الأخير على عنصرين ، يتمثل الأول في التحرير المسبق لمحتوى العقد من احد الأطراف، وهو المحترف الذي يقوم بوضع بنود العقد من حيث الحقوق و الالتزامات ، في حين يمثل العنصر الثاني في عدم إمكانية الطرف المذعن و هو المستهلك من إحداث تغير حقيقي في العقد.
- وجود شروط تعسفية فالمبرر القانوني لتدخل القاضي هو أن يتضمن عقد الاستهلاك الذي تم بطريق الإذعان شروطا تعسفية فرضها المحترف ، والمشرع في بادئ الأمر كباقي التشريعات لم يضع تعريفا لشرط التعسفي [1]

وتدخل القاضي من اجل تعديل الشروط التعسفية يكون بالوسيلة التي يراها ملائمة و التي تتمثل في :

1. قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن ، نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو ثمن في عقد البيع ، مما يجعلها شرطا جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فوسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الظلم عن الطرف المذعن .

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 205

2. قد يتعلق التعديل بالإنقاص، ويتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداء المتبادل في العقد[1] . حسب المادة 1/90 من قانون المدني الجزائري[2].

[1] بغداد مولد ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية بن عكنون ، الجزائر،2015،ص89

[2] المادة 1/90 من قانون المدني الجزائري إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن للمتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد ا وان ينقص التزامات هذا المتعاقد"

ثانيا: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

من أهم الصور تدخل القاضي في استبعاد شروط التعسفية هي استخدام سلطته في الإعفاء ، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد[1]، ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط التعسفي و إعفاء الطرف المذعن منه.

ونجد المادة 110 من قانون المدني الجزائري السالفة الذكر قد نصت صراحة على إمكانية القاضي من إعفاء الطرف الضعيف من شرط التعسفي و يقصد بالإعفاء في هذه الحالة هو إبطال الشرط التعسفي و اعتباره كأنه لم يكن. [2]

ويتبين أيضا أن رخصة الإعفاء جوزية للقاضي و ليست وجوبية ، إذ رغم وجود الشروط التعسفية ، فإن للقاضي الامتناع عن استخدام هذه الرخصة ،إذ ترجع المسألة لتقديره ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه [3]

وكما نلاحظ في نص هذه المادة أن كل اتفاق بين طرفين غلى خلاف ما قضت به المادة 110 من قانون المدني الجزائري يكون باطلا بطلانا مطلقا، فإذا اشترط الطرف القوي على الطرف الضعيف المذعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية أن قبوله لا يمنعه من رفع أمر هذه الشروط إلى القضاء لان الاتفاق على عدم الشكوى منها باطلا بطلانا مطلقا.

وسلطة القضاء في التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية سلطة تقديرية يراعي فيها مقتضيات العدالة و لا يخضع في تقديره لرقابة المحكمة العليا .[4]

---

[1] راضية العيطاوي ، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير ، الجزائر ،2011، ص 166

[2] عزيزي جميلة ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضل التشريع الجزائري، مذكرة الماجستير ، تخصص عقود و مسؤولية، الجزائر،2003، ص 66

[3] نسي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مذكرة المجاستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر،2008،ص44

[4] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص39

الفرع الثاني: القاضي تفسير العقد من طرف

البحث في تفسير العقد يأتي بعد البحث في انعقاد العقد . لان هاذ لم تتوافر شروط انعقاد العقد ، فلا يكون هناك مجال للبحث في تفسيره . اما إذا انعقد صحيحا ، فقد يثور ما يسعى تفسير عباراته. وقد فرق المشرع في هذا الشأن بين ثلاث حالات من حالات تفسير العقد، عندما تكون عبارة العقد واضحة. وعندما تكون عبارة العقد غير واضحة ، وعندما يثور شك في تبين هذه الإرادة. وندرس هذه الحالات الثلاث بنفس الترتيب.

- **عبارة العقد واضحة :**

المادة 111 من القانون المدني الجزائري :" إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

والفكرة التي يقوم عليها بسيطة وهي انه إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا محل لتأويلها على معنى يخالف المعنى الواضح لهذه العبارة، وإلا فان القاضي يكون قد خرج عن مهمته وهي الحكم بمقتضى العقد دون تعديل لأحكامه . وعلى خلاف ذلك فان القاضي يباشر سلطته التقديرية في تفسير العقد إذا لم تكن عباراته واضحة على نحو الذي سنذكره فيما بعد.

متى تكون العبارة الواضحة محلا لتفسير:

إذا كان الأصل هو أن العبارة الواضحة لا تكون محلا للتفسير. فإنما أساس ذلك هو أن العبارة الواضحة هي أصدق صورة لإرادة واضحة أيضا. ومع ذلك فان هذه القرينة ليست قاطعة في جميع الأحوال، لان العبارة قد تكون واضحة من حيث اللغة فتجمع بين سلاسة اللفظ وجمال التركيب ولكنها لا تكون مع ذلك معبرة عن إرادة واضحة . فالعبارة الواضحة لا تعكس دائما إرادة واضحة . ولذلك يجوز رغم العبارة الواضحة أن يلجأ القاضي إلى تفسير هذه العبارة للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين.[1]

على أنه يتقيد في ذلك بقيد هو أن يجعل دائما نصب عينه أن العبارة الواضحة تعكس إرادة واضحة ، وان هذا هو الأصل الذي لا يجوز الخروج عليه إلا إذا وجدت أسباب تبرر ذلك. وعليه حينئذ أن يبين هذه الأسباب.

[1] سمير عبد السيد تناغو، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 140

المشرع قد انحاز إلى الأخذ بالإرادة الباطنة ، وهي الإرادة الحقيقية. غاية الأمر أنه اعتبر الإرادة الظاهرة في الحالات التي تكون فيها عبارات العقد واضحة، هي خير معبر عن الإرادة الحقيقية ، غير انه أجاز مع ذلك القاضي حتى في هذه الحالة أن نخرج على الإرادة الظاهرة، ويأخذ بالرادة الباطنة على أن يبدي من الأسباب ما يدعوه إلى التفسير الذي أخذ به.[1]

[1] سمير عبد السيد التناغو، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 142-143

- **عبارة العقد غير واضحة :**

نصت المادة 111 فقرة الثانية من القانون المدني :" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى في المعاملات ".

ويتضح من هذا النص أن الغاية من التفسير هي وصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين. وقد سبق أن رأينا في الفقرة السابقة أن القاضي قد يسعى إلى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين حتى ولو خرج في ذلك عن عبارات العقد الواضحة. أما هنا فان البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين يكون إلى وأوجب حيث تكون عبارات العقد غير واضحة في التعبير عن هذه النية . القاضي يستهدي في هذا البحث بعدة عوامل ذكر المشرع بعضها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

العوامل التي ذكرها المشرع ، والتي يستهدي بها القاضي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، هي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات .

وهناك عوامل أخرى غير هذه، وقد أشار القانون الفرنسي إلى بعض منها ليستأنس بها القاضي. زمن هذا القبيل أنه إذا كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى واحد، فإنها تحمل على معنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا (المادة 1157 مدني الفرنسي) . ومن ذلك أيضا أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (المادة 1161 مدني فرنسي) ومن ذلك أيضا أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (المادة 1164 مدني فرنسي) . وبجانب هذه العوامل أو القاعدة فانه قد يلجأ في تفسير العقد إلى الطريقة التي يتم بها تنفيذه.[1]

[1] سمير عبد السيد تناغو ، محمد حسين منصور، مرجع سابق ، 143-144

- **الشك في التعرف على الإرادة المتعاقدين**

نصت المادة 112 من القانون المدني الجزائري :" يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

وحالة الشك في التعرف على الإرادة هي الحالة الثالثة من حالات التفسير .

وهي تتحقق عندما يتجاوز الواضح الحالة الثانية التي تكون فيها العبارة غير واضحة. لان عدم وضوح العبارة يفرض على القاضي واجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. وعليه أن يبذل في هذا السبيل كل جهد مسترشدا بالقواعد السابق ذكرها. فإذا هو وصل إلى تحديد النية المشتركة للمتعاقدين، فانه يكون قد قطع كل الشك في هذا الشأن.[1]

أما الحالة الثالثة فهي تفترض أن القاضي لم يتمكن من الوصول غلى النية المشتركة للمتعاقدين ، وأن عبارات العقد تحتمل أكثر من معنى واحد. في هذه الحالة قرر المشرع أن الشك يفسر في مصلحة الدين.

ولكن يجب أن يراعى من ناحية أخرى أن الشك يعني أن هناك مجال لتفسير العقد على معنى أو على آخر، أما إذا تبين القاضي استحالة تفسير العقد بأي معنى من المعاني، فانه لا يكون هناك عقد و لا تطابق الإرادتين ، ولا يكون هناك بالتالي مجال لأي تفسير .

فنطاق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، يتحدد إذن بان تفسير العقد غير مستحيل ، وفي نفس الوقت هو غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك.

[1] سمير عبد السيد تناغو ، محمد حسين منصور، مرجع سابق ، 146

الفصل الثاني :

الموازنة بين المتعاقدين بعد التعاقد

الفصل الثاني: الموازنة بين المتعاقدين بعد التعاقد

المبحث الأول:الظروف الطارئة

المطلب الاول: مفهوم الظروف الطارئة

الفرع الاول:تعريف تعريف نظرية الظروف الطارئة و أساسها القانوني

يترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ان الاتفاق الذي يعقد على وجه شرعي يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه، فكلا المتعاقدين قدرا مصالحهما في ظل ظروف معينة، فالعقد وسيلة لجلب المنافع و مع ذلك قد تطرأ ظروف تكون مغامرة تماما للظروف التي أبرم فيها العقد، وهذا ما يعرف بالظروف الطارئة وقد زادا الاهتمام بهذه الأخيرة باعتبارها استثناء لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

إن تسمية نظرية الظروف الطارئة بهذا الاسم فيه الدلالة الكافية على معناها حيث تفترض وجود عقد يتراخى تنفيذه، و عند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف قد تغيرا فجائيا، لم يكن متوقعا وقت ابرا العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه مرهقا للمدين حيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف.[1]

وقد عرفه عبد الحميد عثمان محمد:" حوادث طارئة عامة، لم تكن متوقعة وقت التحمل بالالتزام العقدي المتراخي التنفيذ فجعله مرهقا".[2]

كما عرفه عبد الرزاق السنهوري :"عقد يرتخي وقت تنفيذه إلى أجل أو آجال كعقد تورد ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الأقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينها قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا".[3]

---

[1] حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري،ص1

[2] عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني،مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية، القاهرة ،1995، ص290

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص705

ومما لا شك فيه أن أثر الظروف الطارئة وهو الإرهاق يحتاج إلى معالجة تزيح عن كاهل المدين ما ألم بالتزامه من عسرة، هذا ما كرسه المشرع في المادة 107 فقرة الثالثة من التقنين المدني الجزائري :" جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.." إذ منح للقاضي سلطة

تعديل العقد عند وجود الظروف الطارئة، من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد على النحو يحقق العدالة من جهة ويسمح باستمرار العقد و تنفيذه من جهة أخرى.[1]

أما أنواع الظروف الطارئة فلم تنص معظم التشريعات عن أمثلة تطبيقية للحوادث تاركة مهمة ذلك للفقه و القضاء لأن الحوادث قد تطرأ بعد إبرام العقد و تؤثر في تنفيذ الالتزام لا يمكن حصرها .

الاسس القانونية لنظرية الظروف الطارئة

ظهرت الظروف الطارئة في الفقه القانون كنظرية، وقد ثار الخلاف حول أساسها القانوني فهناك من حاول تأسيسها على وجوب التنفيذ العقد بحسن النية و منهم من أسسها على فكرة التعسف في أستعمل الحق و السبب و تارة أخرى على فكرة الإثراء بلا سبب وعلى فكرة الغبن أو فكرة النية المشتركة للمتعاقدين وهناك من أسسها على الشرط الضمني الذي ببقاء الظروف على حاله .

الفرع الثاني : مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالقوة القاهرة

ورد في المذكرة الاضاحية للمشرع التمهيدي للتقنين المصري أنه:" لما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة، نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها"[2]. ويؤكد هذا ان هناك أوجه التقاء بين النظريتين ويمكن إجمال ذلك من خلال فكرتين:

- حادث فجائي خارجى لا ينسب إلى المدين و غير متوقع حدوثه وغي ممكن دفعه

- -تتفق كلا نظريتين في ان الحادث الذي يمكن وصفه بالظروف الطارئ هو ذاته ما يمكن تسميته بالقوة القاهرة .
- تتفق كلا النظريتين في أوصاف كل منهما فيشترط في الحادث أن يكون غير متوقع و أن يكون أجنبيا أي لا ينسب إلى المدين .
- كما يتشاركان في وقت إعمال أحكام النظريتين إذ لا يعد بأثر القوة القاهرة و لا بالظروف الطارئة إلا إذا كان كل منهما غير متوقع وقت إبرام العقد و هذا أمر منطقي يتشركان في عنصر المفاجأة.

[1] محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام ، العقد و الارادة المنفردة، دار الجامعة ، بيروت،2002،ص352

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق،823

- الظروف الطارئة هو حادث عام يجعل تنفيذ الالتزام المتعاقد ممكنا و لكن يكون مرهقا بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة ، مما يسمح للقاضي بتعديل الالتزام التعاقدي و لا يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين وحده تبعة الظروف الطارئة و اما القوة القاهرة فهي حادث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، مما يؤدي إلى إنقضاء الالتزام وفسخ العقد، و بالمقابل يمكن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة.

المطلب الثاني: تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

الفرع الأول : شروط تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول

أولا: الشروط المتعلقة بالإلتزام التعاقدي

يعد الالتزام التعاقدي شطر من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، و التسأول الذي يدور في هذا الشأن هو حول مدلول هذا الالتزام التعاقدي، هذا الأخير يفرض فيه أنه التزام ناشئ عن العقد فالالتزامات الأخرى التي لا ينشأ عن العقد لا يسري عليها أحكام النظرية.[1]

كما يشترط في الالتزام التعاقدي أن يكون متراخي التنفيذ، إذ مفاد هذا الأخير أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ نفاذه. وكما تطبق هذه النظرية على العقود الفورية التي لا يكون عنصر الزمن فيها جوهريا و لكن يتم تأجيل تنفيذها إلى أجال متتالية بموجب اتفاق أطراف العقد كتأجيل تسليم المبيع .

[1] بولحية جميلة،نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر، 1983،ص95

ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود التي يتراخى تنفيذ الالتزام التعاقدي فيها بسبب خطأ المدين، إذ يجوز للمدين الاستفادة من تقصيره، كأن يحل أجل الوفاء فيقوم الدائن باعذار المدين بوجوب الوفاء فيتقاعس، فإذا حدث طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا فلا يجوز للمدين في هذه الحالة أن يتمسك بالنظرية للمطالبة بالتعديل.

ويشترط في الالتزام ألا يكون ناشئا عن عقد احتمالي كونه عقد يحتمل بطبيعته الكسب و الخسارة[1]. و كذلك لا تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود التي يكون محل الالتزام فيها منفردا.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص179

ثانيا: الشروط التعسفية بالظروف الطارئة لم يشأ المشرع أن يجعل أي ظروف مهما كان مصدرها أو نوعه سبب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. و بالتالي قد قيد الظروف الطارئة بأوصاف معينة ومتى تتحقق.

1- أن يكون حادث استثنائي الأمر الذي يندر وقوعه، فهو أمر غير مألوف لدى كافة الناس. والحادث الاستثنائي يأخذ بمعناه الواسع سواء كان مراده طبيعي أو الإنسان أو لأفعال مادية. ويرعى فيه الزمان و المكان في تحديد الحادث إن كان استثنائيا أم لا.

2- حادث عام اشترط المشرع صفة العمومية في التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم إذ ورد في نص المادة 107 :"إذا طرأت حادثة استثنائية عامة"، ويقصد بالعمومية أن يكون الحادث شاملا لطائفة من الناس كفئة التجار أو صناع، الفلاحين ، أو الحرفين أو يشمل مكانا معينا مثل مدينة، و عليه فإذا كان الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين وحده كإفلاسه أو مرضه، وفاته إضراب عمال مصنعه، هلاك بضاعته، حريق محصوله أو تسمم مواشيه فمثل هذه الحوادث يقتصر أثرها على المدين و لا تمس فئة معينة من الناس و بالتالي لا تسري أحكام النظرية في هذه الظروف.[1]

3- حادث غير متوقع إن عدم توقع الحادث يعني عدم توافر دلائل أثناء التعاقد تشير إلى احتمال وقوع الظروف الاستثنائي و التأثير على التزام المدين، فلو أن حربا مثلا كانت على وشك الاندلاع في وقت التعاقد، فلا يؤدي إلى إعمال النظرية لأنها كانت متوقعة. [2]

4- حادث لا يمكن دفعه أو تفاديه يجب ألا يكون أستطاعة المدين دفع الحادث الاستثنائي عم نفسه ، وعليه إذا كان الحادث فان المدين يكون مقصرا، و بالتالي يتحمل مسؤولية تقصيره،و يخضع تحديد إمكانية الدفع أو استحالة لمعيار موضوعي و هو سلوك الرجل العادي الموجود في نفس الظروف التي وجد فيها المدين و هذه المسألة واقع يستقبل بتقديرها قاضي الموضوع.

---

[1] أمجد محمد منصور ص 173-175

[2] بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 119

ثالثا: الشروط المتعلقة بأثر الظروف الطارئة

اتضح لنا من المادة 107 من القانون المدني انه يشترط في أثر الحادث االاستثنائي أن يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للغاية بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة ، دون ان يبلغ استحالة تنفيذه لان الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

أولا: ضوابط سلطة القاضي في الرد الالتزام المرهق

قيد المشرع سلطة القاضي في تعديل العقد بضرورة مراعاة الضوابط التي يجب أن يحتذي به عند رفع الإرهاق عن كاهل من ابتلى به وتبين هذه الضوابط في الفقرة الأخيرة من المادة **è**10 من قانون المدني الجزائري وعليه تتمثل هذه الضوابط في مراعاة الظروف المحيطة بالقضية والبحث في مدى توافر الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إذ يقوم القاضي وفقا لسلطته التقديرية بإعطاء الوصف القانوني لتلك الظروف ، وصفا يسمح إما بتطبيق النظرية أو استبعادها فلا ينظر إلى الالتزام المرهق مجردا من الظروف المحيطة به، إذ أن هذه الأخيرة هي التي ساهمت في إضفاء وصف الإرهاق على الالتزام،وقد قصد المشرع من عبارة "تبعا للظروف" أن يكون تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حدود ما تكون عليه ظروف التنفيذ، فسلطته تتحرك في إطارها ، وبالتالي يستوجب عليه أن يتفحص هذه من اجل الوصول غلى الحل المناسب للقضية المطروحة[1].

و أيضا تتمثل في الموازنة بين مصلحة الطرفين وهي ليست من المسأل الهينة إذ أن القاضي يوازن بين مصلحتين متعارضتين، فمصلحة الدائن تقضي بوجوب تنفيذ المدين لالتزامه في الموعد المحدد و بالكيفية المتفق عليها، أما مصلحة المدين فتقضي بوجوب الأخذ بيده ورفع الإرهاق الشديد عن كاهله، حتى لا يتحمل الخسارة الفادحة بمفرده.

الحد المعقول لرد الالتزام المرهق هذا الحد هو الذي يحقق العدالة ولا يتعارض مع المنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم ، ويقدر الكسب تكون الخسارة ، والحد المعقول المذكور في نص المادة 107 فقرة ثالثة من

[1] بوزيدي لويزة ، حدود القوة الملزمة للعقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة مولود معمري، تيز وزو ، الجزائر، ص46

التقنين المدني يعتبر معيارا مرنا، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدى و للقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية و موازنة ظروفها ومصلحة كل طرف في العقد.

ثانيا : حدود سلطة القاضي في الرد الالتزام المرهق

تبدو خطورة تعديل القاضي للعقد في استبعاد تطبيق مبدأ هام يتمثل في القوة الملزمة للعقد، هذا ما يستدعي البحث في مدى رقابة المحكمة العليا لقاضي الموضوع وهو بصدد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة ، وتكون وفقا لنشاط القاضي في تطبق المادة 107 من القانون المدني الجزائري من خلال ثلاث مراحل :

- التحقق من وجود الوقائع المدعاة يقوم بمعاينة الوقائع وتظهر سلطة القاضي التقديرية في مدى توافر شروط الظروف الطارئة على أسس موضوعية، حيث يقدر ما إذا كان الحادث استثنائي و تقدير مدى عموميته.
- البحث عن التكييف القانوني للوقائع يستجمع القاضي الموضوع في هذه المرحلة الوقائع التي انتهى إلى إثباتها أو التأكد منها لتشكيل فكرة قانونية تستند إلى قاعدة قانونية معينة.[1]وانطلاقا من المعاينة التي يجريها قاضي الموضوع على الوقائع في المرحلة الأولى يقوم بتكييفها بأنها ظروف طارئة.
- استخلاص النتائج القانونية من التكيف يترتب على التكيف الوقائع بأنها ظروف طارئة نتيجة قانونية وهي تدخل القاضي في العقد من اجل إعادة توازنه الاقتصادي ويملك القاضي السلطة التقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لتحقيق ذلك و عليه أن يلتزم بالأثر الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 107 السالفة الذكر المتمثل في الرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويخضع في ذلك لرقابة المحكة العليا.

[1] سمير عبد السيد تناغو،المرجع السابق، ص 501

المبحث الثاني: الشرط الجزائي

المطلب الأول: مفهوم شرط الجزائي

الفرع الأول: تعريف شرط الجزائي

عرف الفقه شرط الجزائي " التعويض الإنفاقي هو تقدير اتفاق للتعويض يتفق عليه الأطراف قبل وقوع الضرر بالفعل وهو يكون في صورة شرط جزائي يتم إدراجه في العقد و ص على مبلغ جزافي يحدده الطرفان ويكون واجب الدفع في حالة ما إذا أصاب ضرر أحدهما نتيجة خطأ الأخر بحيث يقوم بدفعه من أخطأ لصالح الضرر".

والمقصود بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا.ويتحقق الخطأ بهذا المعنى أيا كان السبب في عدم تنفيذ التزام ، سواء رجع ذلك إلى غش المدين وسوء نيته أو إهماله، أو إلى فعله الجرد من الإهمال أو إحتيال سبب أجنبي كقوة قاهرة غاية الأمر أنه في هذه الحالة الأخيرة ، فان مسؤولية المدين لا تقوم، لا لعدم توافر ركن الخطأ فيها ، ولكن لعدم توافر السببية بين الخطأ والضرر. [1]

ويعتبر الشرط الجزائي شرطا صحيحا منتجا لأثاره القانونية وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فهو يعتبر كوسيلة ضمان من اجل دفع المتعاقد على الوفاء بالالتزامات كما هو متفق عليها في العقد.[2]

وقد أصبح الشرط الجزائي كثير الوقوع في الحياة العملية مثلا في عقود المقاولة حيث يلتزم المقاول فيه بدفع مبلغ معين في حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو يتعهد بدفع مبلغ عن كل يوم تأخر وذلك استنادا إلى الشرط الجزائي المتفق عليه بين المتعاقدين [3]. وبالرجوع إلى المشرع الجزائري لم يعرف الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري وإنما فقط قام بتأكيد مشروعيته و ونص على أحكامه في نص المواد 184 و 185 من القانون المدني الجزائري .

[1] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص168

[2] بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 126

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص852

- **خصائص الشرط الجزائي** :

يعتبر الشرط الجزائي بخصائص تميزه عن غيره من الانظمة القانونية باعتباره هو كذلك نظام قانوني متميز يتمتع بخصائص و يمكن إجزها فيما يلي:

- الشرط الجزائي التزام تبعي
- الشرط الجزائي التزام احتياطي
- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض

- **أهمية الشرط الجزائي** : تكمن أهميته في ما يلي:

- ضمان وجود الالتزام :وجود الشرط الجزائي كبند في العقد يؤدي بالمدين إلى تنفيذ التزاماته خوفا منه من أن يدفع أكثر من التزامه الأصلي في حالة عدم تنفيذه أو تأخره في تنفيذ وذلك وفقا لما هو متفق عليه، لذلك فالشرط الجزائي يعتبر كضمان لتنفيذ الالتزام .[1]
- استبعاد تدخل القضاء : نظرا للإجراءات الطويلة و المعقدة التي تمر بها الدعوى القضائية ولتفادي ذلك فان الشرط الجزائي غالبا ما ينجح في استبعاد تدخل القضاء في تقدير التعويض لذلك فان القاضي غالبا ما يحكم بالتعويض المتفق عليه بين أطراف العقد إذا توافرت شروطه.
- التعديل في أحكام المسؤولية : غالبا ما يلجأ الأطراف إلى الشرط الجزائي بهدف تعديل أحكام المسؤولية وذلك إما بالإعفاء أو التخفيف في حالة ما إذا كان التعويض المتفق عليه مبلغا فيه ويفوق الضرر المحقق أو يقل بكثير عنه .
- إعفاء الدائن من إثبات الضرر : إن الاتفاق على الشرط الجزائي يكون بافتراض تحقق الضرر مستقبلا في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه أو عدم تنفيذه كليا، وفي هذه الحالة فانه يقع على عاتق المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر نتيجة تأخره .
- يمنح اشتراط لمصلحته حق الاستعانة به لإقامة دعوى يحصل بها على قيمة الشرط الجزائي
- جعل رقابة القاضي على تقدير التعويض رقابة هادئة و محددة

[1] عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني أثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2006، ص106

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

شروط المسؤولية المدنية

تنقسم إلى المسؤولية العقدية و أخر تقصيرية ، وتشترك كل من المسؤوليتين من حيث الأركان العامة و هو أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم ارتكبه بالتعويض، ويشترط لقيامه تحقق أركانها والمتمثلة في الخطأ والضرر و العلاقة السببية

- الخطأ : يعتبر ركن أساسي في المسؤولية المدنية بنوعيها عقدية و تقصيرية ، حيث أنه لا يكفي أن يتحقق الضرر إلا إذا نسب إحداثه إلى الخطأ محدد، وبالرجوع إلى النصوص القانونية نجد بأنها لم تعرف الخطأ، وهذا ما فتح المجال للفقهاء في محاولة وضع تعريف للخطأ وعليه يعرف الخطأ بأنه:" إن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق سواء كان قانونيا أو عقديا" أي انه هناك التزام في ذمة الشخص وهذا الالتزام واجب الاحترام فان أخل به الشخص كان مخطئا، وإذا ترتب ضرر وجب عليه التعويض. [1]يقع على عاتق الدائن كقاعدة عامة عبء إثبات خطأ المدين سواء كان هذا التزام العقديا أو غير عقدي طالما كان الالتزام في مجال المسؤولية الخطئية ، ولكن يوجد عنصر تخفيف في مجال الالتزامات العقدية وذلك في حالة ما كان التزام المدني بتحقيق نتيجة حيث يكون على الدائن في هذه الحالة إثبات عدم تحققها ذلك أن عدم التحقق يفرض منه خطأ المدين ويكون على هذه الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عنه إثبات أن قيامه بتنفيذ الالتزام يرجع لسبب أجنبي أما إذا كان التزام المدين يبذل عناية فانه يقع على الدائن إثبات الخطأ المدني الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام أو تأخير في تنفيذ و في مقابل ذلك يكون للمدين إثبات أنه بذل العناية اللازمة للتنفيذ غير أنه استحال تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ففي هذه الحالة فانه لا يجوز مطالبة بالشرط الجزائي.
- الضرر يعرف بأن الأذى الذي يلحق بالشخص فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، وباعتبار الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية المدنية ليس للشخص أن يطالب بأي تعويض فالتعويض إذا يفرض الضرر.ومن شروطه أن يكون الضرر مباشر و أن يكون الضرر محققا و أيضا يكون ضرر شخصيا و أن لا يكون قد سبق تعويضه . و يقع عبء إثبات الضرر على رافع الدعوى والمطالب بالتعويض فيها وذلك وفقا للقاعدة العامة التي تنص على أن البينة على من

[1] سي يوسف زاهية حورية ، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة ، الجزائر ،2009، ص57-58

- ادعى و اليمين على من نكر وعلى هذا الأساس فانه يقع على المدعي إقامة الدليل على الضرر الذي أصابه و اما كان الضرر يتعلق بوقائع قانونية فانه يجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات منها البينة و القرائن. [1]
- العلاقة السببية يمكن تعريفها على أنها وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤولية و الضرر الذي أصاب المضرور، وعليه فإنه لا مجال لستحقاق التعويض بمجرد توافر الخطأ والضرر فقط وإنما يجب أن يكون هذا الرد ناتجا عن ذلك الخطأ أي أنه هو السبب في تحقق الضر وهو ما يسمى بالعلاقة السببية وهو مت نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري . ولقيام المسؤولية المدنية فانه يشترط تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر حيث أنه لا يكفي وجود خروج عن العقد وضرر ، و إنما يجب أن يكون الضرر الحاصل نتيجة لمخالفة الالتزام سواء كان التزام قانوني أو عقدي ويقع على عاتق المضرور إثبات ذلك حتى يكون له المطالبة بالتعويض ويجب على القاضي حكمه بالتعويض أن يبين في حكمه توافر هذه الرابطة و إلا كان حكمه قاصرا يستوجب نقضه من المحكمة العليا.

المطلب الثاني: آثار شرط الشرط الجزائي

الفرع الأول : مجالات إعمال الشرط الجزائي

إن مجال إعمال الشرط الجزائي هو ذلك الإطار الذي يجد فيه الأخير تطبيقاتها حيث لا يقتصر وجوده فقط في مجال المسؤولية العقدية وإنما يمتد غلى ابعد من ذلك حيث يمكن العب لبه كذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية .

أولا : تطبيقات الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

يتميز الشرط الجزائي بوجوده في مختلف الالتزامات التعاقدية مهما كانت طبيعتها بعوض أو تبرعية

وعقود المعاوضة هي تلك العقود التي يكون فيها لكل من الأطراف المتعاقدة مقابلا لما أعطى ووجود شرط الجزائي في مثل هذه العقود كثير الوقوع لما يوفره من ضمان حسن التنفيذ الالتزامات لنتفق عليها،

[1] سي يوسف زاهية حورية، المرجع النفسه ، ص 64-65

ومن أجل الوقوف على المجال إعمال الشروط الجزائي في العقود المعاوضة فانه يتعين التميز بحسب كل صورة من صور الالتزام وتبين مدى إمكانية استعماله فيها .

1- الالتزام بالعطاء
2- الالتزام بعمل
3- الالتزام بإمتناع عن عمل

وشرط الجزائي لا يقتصر وجوده فقط في عقود المغاوضة فهو يمتد أيضا ليشمل العقود التبرعية، وبقصد بهذه الأخيرة تلك العقود التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه ولا يعطي فيه الطرف الآخر المتعاقد مقابلا لما يأخذه فهو عقد يتم في غياب تقابل عوضي ، والعقود الشرعية كثيرة كالهبة، الوصية والعارية .

ثانيا: إن وجود الشرط الجزائي ليس مقتصرا فقط في مجال المسؤولية العقدية و إنما يمتد إلى أبعد من ذلك حيث يمكن تصور وجوده أيضا في مجال المسؤولية التقصيرية

ولقد ظهر جانب من الفقه احتج على إمكانية إعمال الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية ذلك إن قواعد هذه الأخيرة هي قواعد آمرة و متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الإعفاء منها أو على تقيدها .

في حين ظهر جانب آخر من الفقه يقر بأنه يمكن أن تحدد البنود الجزائية مبلغا مقطوعا للتعويض عن ضرر ناتج عن الخطأ تقصيري ، أو التعويض عن الضرر كان نتيجة خطأ عقدي على حد سواء ، ومثل ذلك كان يتفق صاحب مصنع مع السكان المقمين بجواره على مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو الضجة الناتجة عن ألات المصنع. [1]

والمشرع الجزائري في نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري تنص على " يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 851

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إعمال الشرط الجزائي

يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصل قد نفذ في جزاء منه. وهذا الحكم نتيجة طبيعية للحكم السابق لأنه إذا كان من الجائز عدم استحقاق الشرط الجزائي أصلا،فيكون من الجائز من باب أولى تخفيض هذا الشرط بحسب مقدار الضرر . وهنا أيضا تتمثل فائدة الشرط الجزائي في نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين الذي يصبح ملتزما بدفع التعويض المتفق عليه كله ما لم يثبت أن الضرر الذي أصاب الدائن أقل من هذا التعويض. ومن الأمثلة على ذلك أن يتفق مقاول على إقامة بناء لرب العمل في أجل محدد مع التزامه بدفع مائة جنيه عن كل يوم تأخر . فإذا تأخر المقاول في التسليم البناء فانه يلتزم بدفع التعويض الاتفاق مال م يثبت أن الضرر الذي يلحق الدائن أقل من مئة جنه في اليوم كان يكون عائد هذا البناء لا يتجاوز عشرة جنيهات في اليوم، ففي هذه الحالة لا يلتزم المقاول إلا بدفع مبلغ العشرة جنيهات المذكورة بغض النظر عل شرط الجزائي .[1]

[1] سمير عبد السيد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 228

الخاتمـــة

الخاتمة :

من خلال ما دستنا لموضوع القوة الملزمة تم التوصل الى النتائج التي يمكن حصرها في :

حاول المشرع من خلال الشروط التعسفية في عقد الإذعان والظروف الطارئة التوفيق بين وجوب إعادة النظر في العقد و بين وجوب احترام الإرادة العقدية للطرفين ، فإذا كان الواجب القانوني يفرض على الطرفين تنفيذ التزاماتهما ما دام في الإمكان ذلك هذا من جهة ، فإنه من جهة أخرى وتحقيقا للعدالة ، يجب مساعدة المدين و الاخذ بيده عندما يكون تنفيذ التزامه مرهقا. أفسح المشرع للقاضي المجال للخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة ، فالقاضي لا يخضع خضوع أعمى لهذه القاعدة وإنما يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة التي يتواجد فيها المتعاقدين والتي تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد، هذا الوضع سمح للقاضي بترجيح مبدأ العدالة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لأن فلسفة القانون تقوم على أساس.

أصبحت فكرة تعديل العقد أمرا ضروريا يستجيب لضرورية تحقيق المساواة بين المتعاقدين و استقرار المعاملات في المجتمع ، إذ لا يمكن إنكار أن عدالة العقد ستكفل الازدهار الاقتصادي.

اصبحت فكرة العدالة مبرر كافيا لتدخل القاضي في العقد، على أساس أنها تهدف إلى تحقيق المساواة بين المتعاقدين، على النحو يقيم التوازن الاقتصادي للعقد، فلا يحصل أحدهما على ما يستحقه ، إذ لا مجال للإضرار بالغير و لا للإثراء على حسابه.

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول: الموازنة بين المتعاقدين قبل التعاقد.....05

المبحث الأول :مظاهر سلطان الإرادة في العقد.....06

المطلب الأول:مبدأ سلطان الإرادة.....06

الفرع الأول: نشأة سلطان الإرادة.....06

الفرع الثاني:مفهوم سلطان الإرادة 07

- **توافق الإرادتين.....08**
- **عيوب الإرادة.....12**

المطلب الثاني:التزام المتعاقدين بالعقد.....18

الفرع الأول:القوة الملزمة للعقد.....18

- **أسس الداعمة لها.....19**
- **أهمية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة للعقد وللمتعاقدين.....20**

الفرع الثاني: نتائج المترتبة على القوة الملزمة 21

- **لا نقض و لا تعديل للعقد دون اتفاق.....21**
- **تنفيذ العقد بحسن النية.....22**

المبحث الثاني:عقد الإذعان

المطلب الأول:مفهوم عقد الإذعان وشرط التعسفي.....24

الفرع الأول:مفهوم عقد الإذعان وأركانه.....24-31

- أولا:مفهوم عقد الإذعان.....24-28
- ثانيا:أركان عقد الإذعان.....31

الفرع الثاني:مفهوم شرط التعسفي.....35

المطلب الثاني:سلطة القاضي في عقد الإذعان.....37

الفرع الأول:دور القاضي للحد من الشروط التعسفية.....37

الفرع الثاني:تفسير العقد.....41

- تفسير عبارة العقد واضحة.....41
- تفسير عبارة العقد غير واضحة.....43
- تفسير الشك.....44

الفصل الثاني:الموازنة بين المتعاقدين بعد التعاقد

المبحث الأول:الظروف الطارئة والقوة القاهرة 46

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة.....46

الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة وأسس القانونية.....47

الفرع الثاني:مقارنة الظروف الطارئة والقوة القاهرة.....49

المطلب الثاني:تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....49

الفرع الأول:شروط تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول....50

- الشروط المتعلقة بالالتزام التعاقدي.....
- الشروط المتعلقة بالظروف الطارئة.....
- الشروط المتعلقة بأثر الظروف الطارئة.....

الفرع الثاني: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول 52

- ضوابط سلطة القاضي في الرد الالتزام المرهق.....
- حدود سلطة القاضي في الرد الالتزام المرهق.....

المبحث الثاني :الشرط الجزائي 55

المطلب الاول : مفهوم الشرط الجزائي 55

الفرع الأول: تعريف شرط الجزائي 55

الفرع الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي.....57

المطلب الثاني: آثار الشرط الجزائي 58

الفرع الاول: مجالات إعمال الشرط الجزائي.....59

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إعمال الشرط الجزائي 60

قائمة المصادر والمراجع

الكتب :

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان_ الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري _ منشأ المعارف _ الإسكندرية_ مصر _2006

2- السيد محمد السيد عمران _حماية المستهلك أثناء تكوين العقد _ دون طباعة_ منشأة دار المعارف _ الإسكندرية _مصر

3- بلحاج العربي_نظرية العقد في القانون المدني_التصرف القانون_ديوان المطبوعات الجامعة_الجزائر_2008

4- سمير عبد السيد تناغو و محمد حسين منصور_القانون و الالتزام_المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعة_الإسكندرية_مصر_1997

5- عبد الحميد فؤدة_مبدأ سلطان الإرادة في التشريع المدني _منشأة المعارف_الإسكندرية_مصر

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري_الوسيط في القانون المدني الجديد_نظرية الالتزام بوجه عام_منشورات الحلبي الحقوقية_بيروت_لبنان_2000

7- علي علي سليمان _ النظرية العامة للالتزام_مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري_ديوان المطبوعات الجامعة_2006

8- علي بوقرة_محاضرات في القانون المدني_كلية الحقوق _جامعة باجي مختار_عنابة_الجزائر

9- علي فيلالي_الالتزامات (النظرية العامة للعقد)_موفم للنشر و التوزيع_الجزائر_2008

10-عبد المنعم فرج الصدة_نظرية العقد في القانون البلاد العربية_دار النهضة العربية_بيروت_لبنان

11-لشعب محفوظ_المبادئ العامة لقانون المدني الجزائري_الديوان المطبوعات الجامعية_بن عكنون_ الجزائر _2006

12-لشعب محفوظ_عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن_المؤسسة الوطنية للكتاب_الجزائر_1990

13-لبنى مختار_وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن_ديوان المطبوعات الجامعية_الجزائر_1984

14-محمد بودالي_الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا و مصر_دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع_الجزائر_2007
15-محمد حسين منصور_النظرية العامة للالتزام_دار الجامعة الجديدة للنشر_الإسكندرية_2006
16-مخلوف صيمود_نظرية الالتزامات_مقياس القانون المدني_قانون العلاقات الاقتصادية الدولية_جامعة التكوين المتواصل_قسنطينة_الجزائر
17-وحيد الدين سرار _التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي_الشركة الوطنية للنشر التوزيع_الجزائر_1979
18-وحيد الدين سرار_الاتجاهات العامة في القانون المدني_مكتبة دار الثقافة_الجزائر_1997
19-وليد صلاح_القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون المدني_دراسة مقارنة_جامعة الازهر_ دار الجامعة الجديدة للنشر_مصر_2004
20-سي يوسف زاهية حورية، المسؤولية المدنية للنتج، دار هومة، الجزائر، 2009
21-عبد الرحمن أحمد جمعة الحلاشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، أثار الحق الشخصي ، أحكام الإلتزام ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ،2006

الرسائل الجامعية:

1- بغداد مولد_حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك_مذكرة لنيل شهادة الماجستير_بن عكنون_الجزائر_2015
2- راضية العيطاوي_معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية_رسالة ماجستير_2011
3- عزيزي جميلة_حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضل التشريع الجزائري_مذكرة الماجستير_تخصص عقود ومسؤولية_الجزائر_2003
4- نسي الطيب محمد أمين_الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك_مذكرة الماجستير_جامعة أبو بكر بلقايد_تلمسان_الجزائر_2008
5- أحمد سمير قرني_ عقود الإذعان في الفقه الإسلامي_رسالة ماجستير_في الفقه و أصوله_جامعة الشارقة_الإمارات_2008
6- غانم سميحة_عقود الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك مذكرة تخرج ماستر_جامعة قاصدي مرباح_ورقلة_الجزائر_2014
7- فاطمة نساخ_مفهوم الإذعان_مذكرة لنيل الماجستير_في العقود و المسؤولية_جامعة الجزائر_1998

8- بريك دلال وحمر العين فيصل_سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد_مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء_الجزائر_2008
9- بوزيدي لويزة ، حدود القوة الملزمة للعقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة مولود معمري ، تيز وزو ، الجزائر
10- بولحية جميلة، الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، الجزائر