جـــامعـــة قاصـــدي مـــربـــاح
كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السياسيـــة
قـســـــــم الحـــقـــــوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي
الميدان:الحقوق والعلوم السياسية
الشعبة:الحقوق
التخصص: قـــانـــون خـــاص

من إعداد الطالب:
طرابلسي عماد الدين

بعنـــــوان:

سلطة القاضي في احداث التوازن المالي للعقد

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الاستاذ: بالطيب محمد البشير	أستاذة محاضر جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيســـــــا
الأستاذ: بن الشيخ هشام	أستاذة محاضر جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
الأستاذ: خديجي أحمد	أستاذة محاضر جامعة قاصدي مرباح ورقلة	منـــــاقشـــا

السنة الجامعية: 2012-2013

إهــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

أهدي هذا العمل إلى :

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود
أمي الحبيبة

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه
أبى الكريم أدامه الله لي

إلى إخوتي و أخواتي

إلى من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل، إلى
كل أصدقائي

إلى جميع أساتذة قسم الحقوق تخصص قانون خاص دفعة 2013

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين، تبارك وتعالى، له الكمال وحده، والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه ورسوله الأمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين.

أحمد الله تعالى الذي بارك لي في إتمام بحثي هذا، والذي يعود الفضل فيه إلى الأستاذ المحترم هشام بن شيخ، الذي أتقدم إليه بجزيل الشكر وخالص الامتنان، لما أمده لي من عون طيلة بحثي هذا، فلم يبخل عليا بأفكاره النيرة، ونصائحه القيمة وتوجيهاته الهادفة، فكان بذلك المؤطر الفاضل الذي بعث فيا روح الاكتشاف والبحث العلمي، ليرقى بحثي هذا المستوى المطلوب إنشاء الله.

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى أساتذتي بكلية الحقوق.

دون أن أنسى من أمد لي يد المساعدة في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد

المقـــــدمة

يعتبر العقد مصدرا من مصادر الالتزام، وهو عبارة عن توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني وسواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه.

ويرتب العقد صحيح التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري. وتقوم إلزامية العقد هذه على أسس أخلاقية، واقتصادية واجتماعية؛ فبالإضافة إلى واجب احترام العهد الذي يقطعه المرء على نفسه، لابد من ضمان استقرار المعاملات حتى يطمئن الناس ويعم السلام في المجتمع.

ويقصد بإلزامية العقد أو القوة الملزمة للعقد احترام القانون الذي نشأ عنه، وتنفيذ ما يترتب عنه من التزامات بحسن نية، وقد وصف المشرع العقد بأنه " شريعة المتعاقدين " هذا كقاعدة عامة والذي حدد المشرع مضمونه في " المادة 106 " من القانون المدني الجزائري.

ومن هنا يتبين لنا أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبقه القانون. وعلى ذلك لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق آخر، وبعبارة أخرى إن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء، أو تعديل العلاقات المتولدة عنه. وطبقا لهذا المبدأ العام، يجب على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، وفقا لمضمون العقد.

ويفيد " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين " أمرين هما: لا يجوز للمتعاقد نقد أو تعديل العقد من جهة، وهو ملزم بتنفيذه من جهة أخرى.

والذي يخصنا في دراسة هذا البحث ما يعرف بسلطة القاضي في إحداث التوازن المالي للعقد،والذي يخرج فيه القاضي عن حدود مهمته التقليدية وهي تفسير العقد، إلى مهمة تعديل العقد الذي تم إبرامه في ظروف عادية، لكن بعد إبرامه أو في فترة تنفيذه تغيرت هذه الظروف بصورة لم تكن في الحسبان، فيؤدي هذا التغير إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين.

وقد دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع "سلطة القاضي في إحداث التوازن المالي للعقد" باعتباره موضوعا لبحثي هذا، ما غدا يمثله من أهمية فائقة في نطاق القانون التعاقدي، و بعد أن أصبحت التشريعات تتجه إلى حماية الطرف الضعيف في العقد بوسائل مختلفة، ودور القاضي الذي يتميز به في إعادة موازنته للعقد.

لقد أثارت دراسة هذا الموضوع العديد من الفقهاء الفرنسيين و تصدوا لها بدراسات كثيرة، وكذا المشرع و الفقهاء المصريين، كذلك تناولها المشرع الجزائري و نص عليها في القانون المدني وتضمنته "المادتين 107 و 110 ق.م.ج".

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع قد طرحنا بعض التساؤلات التي تخدم موضوع البحث وتتمثل في:

ما هي الحالات التي من خلالها يستطيع القاضي مراجعة العقد؟ و ما هو الدور الذي يقوم به القاضي لمراجعة العقد؟

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع المنهج التحليلي و المقارن، باعتبار هذا الموضوع هو عبارة عن تشريعات و مواقف فقهية.

يمكن القول أنه لا يوجد بحث يخلو من المعوقات و الصعوبات، ونذكر بخصوص موضوع بحثي هي قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، على الرغم من أهميته البالغة في توازن العقد.

وسيتم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، نحاول من خلالها التعرض لحالات مراجعة العقد بالوقوف عند نظرية الظروف الطارئة، الالتزام المرهق، وعقود الإذعان ضمن فصل أول مقسم إلى ثلاث مباحث، أما في الفصل الثاني فقد تم التطرق إلى دور القاضي في مراجعة العقد و إلزامية التدخل لمراجعة العقد من خلال المبحث الأول في حين نتناول طرق مراجعة العقد في المبحث الثاني والأخير.

الفصل الأول: حالات مرجعة العقد

الأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقض العقد أو تعديله، و لا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقد نيابة عن المتعاقدين و إنما يقتصر عمله على تفسير مضمونه بالرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين فلا يجوز إذا نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي المتعاقدين[1].

إلا أن هناك حالات استثنائية يجيز القانون فيها للقاضي لاعتبارات تتعلق بالعدالة أن يعدل العقد و من أمثلة النصوص القانونية التي تعطي للقاضي سلطة تعديل العقد المادة 107 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري التي تعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول في حالة الحوادث الطارئة ، و المادة 110 التي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان و الإعفاء منها[2].

ونقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث، وسنتناول في المبحث الأول الحادث الطارئ و المبحث الثاني الالتزام المرهق و المبحث الثالث التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

---

[1] عبد القادر الفار:مصادر الالتزام(مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)،ط3،دار الثقافة،عمان الأردن ، 2011،ص127 .

[2] بلحاج العربي:النظرية العمة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1،ط6،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2008،ص250.

المبحث الأول : الحوادث الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة ((la théorie de limp revision)) التي استحدثها المشرع في تقنين 1975 تعد انتهاك صارخا للقوة الملزمة للعقد, و تفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة, بحيث أصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به.

لقد اعتمدت نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة ((تغيير الظروف)) PACTA SUM SERVANDA و مفادها أن تراضي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد, و إذا تغيرت تلك الظروف يجب تغيير الالتزامات و بعبارة أخرى تتضمن المعاهدة شرطا ضمنيا مؤداه أن استمرار تنفيذ المعاهدة مرهون ببقاء الأوضاع على حالها بحيث لا يكون لها قوة إلزامية إذا تغيرت ببقاء الأوضاع عما كانت عليه وقت إبرامها[3].

انتقلت هذه النظرية في مرحلة ثانية إلى القانون الإداري, حيث تبناها مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة للغاز ببوردو بتاريخ 30 مارس 1916 و برر القضاء الإداري اعتناق هذه النظرية بضرورة سير المرافق العامة بانتظام و استمرار[4].

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بنظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري و تقضي المادة بأنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب عليها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي, و إن لم يصبح مستحلا,صار مرهقا للمدين بحث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحق المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". ثم أخذت النظرية تظهر في القوانين الحديثة و بدأت تلقى تأييدا في الفقه و القضاء فأخذت بها معظم التقنيات الحديثة، كالقانون البولوني ((المادة 269 من القانون المدني البولوني)) هو القانون الإيطالي ((المادة 1467 القانون المدني الإيطالي)) و القانون المصري ((المادة147 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري)) والقانون العراقي ((المادة

---

[3] محمد عبد الرحيم منعم: الجيز في نظرية الظروف الطارئة، ب د ط، مطبعة زهران، مصر، 1978، ص87.

[4] علي فيلالي:الالتزامات،النظرية العامة للعقد،ط2،موفم للنشر،الجزائر،2005،ص298.

146 الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي)) والقانون الليبي((المادة 147 قانون المدني الليبي))[5].

لقد أغفل المشرع الجزائري تحديد الحادث الطارئ و العقود المعنية به فا لنسبة الطبيعة الحادث الطارئ لا شك انه يشمل كل الأحداث ايا كانت طبيعتها وقد يتمثل الحادث الطارئ كذالك في قانون الإجراءات الإدارية أو الجبائية جديدة أما بخصوص العقود فيبدو أن المشاعر لم يقيد نطاق نظرية الظروف الطارئة بصنف معين منها بل اكتفى بوجود فاصل زمني وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه وأن يحصل الحادث الطارئ خلال هذه الفترة الزمنية قد يكون العقد إذن زمنيا وقد يكون فوريا ما لم يكن تنفيذه قد تم حال انعقاده وتستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقودا طبقا للمادة 95 من القانون المدني الجزائري والعقود الاجتماعية التي تقوم بطبيعتها على احتمال الربح أو الخسارة.

وقد اشترط المشرع الجزائري في الحادث الطارئ أن يكون استثنائيا وأن يكون عاما وأن يكون غير متوقعا[6]، وهذا الذي ستتطرف له المطالب الثلاثة على التوالي: المطلب الأول "الحادث استثنائي "

المطلب الثاني "الحادث غير المتوقع " المطلب الثالث " الحادث العام.

المطلب الأول : حادث استثنائي.

ينبغي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يحدث بعد إبرام العقد حادث استثنائي[7].

الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكنه نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية.

---

[5] بلحاج العربي:ط8،المرجع السابق،ص255، بن حميدة سليمة، مكي سميحة، يعقوب فتيحة:مذكرة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية،نظرية الظروف الطارئة القانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة ، جامعة ورقلة 2004-2005.

[6] علي فيلالي:المرجع السابق،ص300.

[7] أمجد محمد منصور:النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام)،ط1،دار الثقافة،عمان،الأردن،2006،ص173.

ومن بين الحوادث الاستثنائية يذكر الفقهاء على سبيل المثال، الفيضان، والوباء ،والزلزال والحرب. ولقد أورد القانون البولوني بعض الأمثلة للحادث الطارئ منها الحرب،والوباء،وهلاك المحصول هلاكا كليا[8].

والحادث الاستثنائي يؤخذ بمعناه الواسع في رأي أخر أو بنظرة أخرى سوء كان مرده إلى الطبيعة كزلزال و الفيضانات وغير ذلك، أم كان مرده إلى تدخل الإنسان كفرض تسعيرة جبرية أو إلغائها أو حتى ولو كان ناجما عن صدور بعض القوانين التي لم تكن في حسبان الأفراد[9].

ونقول أيضا بخصوص هذا الصدد يجب استبعاد الحوادث المألوفة حيث لا تأثير لها، ويراعى الزمان والمكان في هذا المجال، فهطول الثلج في مدينة أوروبية لا يعد حادث استثنائيا بينما يمكن أن يعد كذلك في مدينة كالقاهرة[10].

وينسب بعض الفقهاء وصف الاستثنائية إلى أثار الحادث وليس للحادث نفسه، فقد يكون الحادث في حد ذاته أمرا مألوفا كالتضخم،إلا أن الآثار التي تترتب عليه هي التي قد تخرج عما هو معتاد. فتغير القوانين – مثلا– أمر معتاد و لكن قد تترتب عليه آثار غير مألوفة، كقانون تأميم المحروقات ، أو قانون تحرير الأسعار الذي قد يترتب عليه ارتفاعا باهظا للأسعار. وفي اعتقادنا فإن العبرة تكون بالآثار الاستثنائية للحادث كما تكون كذلك بالحادث نفسه، إذا كان استثنائيا.

المطلب الثاني : حادث غير متوقع

يكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقدين – و على وجه الخصوص المتعاقد المدين– توقعه وقت إبرام العقد، و إلا احتاط لذلك.

و أن يكون غير متوقع أي ليس في وسع الرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، و المعيار هنا هو معيار موضوعي[11].

و هذا الشرط في الحقيقة هو مكمل للشرط الأول، لأن الحادث غير متوقع هو الحادث الاستثنائي.

---

[8] علي فيلالي: المرجع السابق،ص300.

[9] أمجد محمد منصور:المرجع السابق،ص173.

[10] عبد القادر الفار:المرجع السابق،ص129.

[11] بلحاج العربي:ط8،المرجع السابق،ص257.

و يظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التذكير و التأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط. ولقد تسائل بعض الفقهاء عما إذا كانت العبرة بعدم توقع الحادث في حد ذاته، أم هي بعدم توقع النتائج المترتبة على الحادث؟ و يرى بعض الفقهاء في هذا الشأن ((إن عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطارئ لأن ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقعة، وتؤدي إلى الاختلال بين الأداءات المتقابلة)).

و يقول البعض الآخر ((إذا كان الظرف الطارئ غير المتوقع لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة فإنه قد يحدث عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة و غير منتظرة)).

إن توقع الحادث الطارئ هي مسألة نسبية، فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر، الأمر الذي يطرح مشكلة المعيار الواجب اعتماده لتقدير توقع الحادث الطارئ.

وفي اعتقادنا فإن المعيار الموضوعي يكون أكثر انسجاما مع نظرية الظروف الطارئة؛ فتحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي و ليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية[12].

المطلب الثالث : الحادث العـــام

يشترط كذلك في الحادث الطارئ أن يكون عاما، فيمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم و لا يخص المتقاعد وحده؛ كحالة إفلاسه أو إتلاف ممتلكاته[13].

ولا يكون خاصا بالمدين وحده كإفلاسه أو مرضه أو إضراب عمال مصنعه، و إلا فلا تنطبق النظرية مهما كان أثر الحادث و الإرهاق الذي سببه للمدين، و لكن لا يقصد بالعموم هنا بطبيعة،الحال أنه يشمل الدولة بأسرها، و إنما يكفي أن يصيب مثلا فئة معينة كفئة التجار والصناع،أو المزارعين أو مكانا معينا[14].

---

[12] علي فيلا لي:المرجع السابق،ص301.

[13] محمد السناري: الظوابط القانونية لتطبيق نظربة الظروف الطارئة، ب د ط، الدر الجامعية،مصر،2000،ص117.

[14] أمجد محمد منصور:المرجع السابق،ص173.

و الحادث العام يمكن أن يكون حادثا ماديا كما في الأمثلة المتقدمة، و يمكن أن يكون عملا قانونيا كقرار إداري مثلا، كما يمكن أن يكون تشريعيا[15].

تطبيقا لذلك نجد أنها قضت محكمة النقض المصرية بأن ((قانون الإصلاح الزراعي)) رقم 178 لسنة 1902 يعتبر –على ما جرى به قضاء محكمة النقض– حادثا استثنائيا عاما في مدلول الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني المصري، ذلك أن الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الإصلاح الزراعي سالف الذكر، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه و لا ممكنا دفعه[16].

و في هذا السياق لابد من التمييز بين الظروف الطارئة و القوة القاهرة؛ فهذه الأخيرة هي كذلك حادث استثنائي غير متوقع إلا أنها ليست عامة، فهي تتمثل في حادث فردي خاص بالمدين دون غيره. ويظهر إذا أن شرط عمومية الحادث الطارئ هو وسيلة لتضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، و إلا كيف نبرر سقوط هذا الشرط بالنسبة للقوة القاهرة، و هي أشد وطأة إذ تجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا.

و إذا الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية، فلا نرى مبررا لاشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ، خاصة و أنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط.

المبحث الثاني: الالتزام المرهـــــــــــق

لا يعتد بالحادث الطارئ إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا و ليس مستحيلا و يعتبر التنفيذ مرهقا متى كان يهدد المدين بخسارة فادحه و الارهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ يقوم على معيار مرن يتغير بتغير الظروف، وما يكون مرهقا للمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر و المهم أن تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحه غير مألوفة في التعامل علما أن هذا الارهاق لا ينظر فيه إلا

---

[15] منصور:المرجع نفسه،ص174.

[16] مصطفى الجمال:النظرية العمة للالتزامات،الدار الجامعية للنشر،الإسكندرية،مصر،1987،ص232.

للصفقة التي ابرم بشأنها العقد و لا عبرة بمجموع ثروة هذا المدين أي أن الخسارة تنسب إلى الصفقة أي مجموعة ثروة المدين[17].

فما هو إذن معيار الإرهاق؟ و ما هو مقداره؟

للإجابة على هذه الأسئلة من أجل الالمام أكثر بمعيار الارهاق و مقداره نقسم المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه معيار الإرهاق و الطلب الثاني نتناول فيه مقدار الإرهاق.

المطلب الأول : معيار الارهاق

نجد أن معيار الإرهاق يتضمن بدوره معيارين وسنتحدث على كل معيار في فرع مستقل بذاته.

الفرع الأول: المعيار الذاتي

يقدر الإرهاق في ضوء ثروة المدين، فإذا كان غنيا فقليلا ما يكون التنفيذ بالنسبة إليه مرهقا، ولو زاد مقداره بأضعاف كثيرة عن العوض الذي يتحصل عليه، طالما كان يستطيع تحمله، نظرا للثروة التي يمتلكها.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

فيقدر الإرهاق في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين، فإذا كان المدين غنيا، فهذا لا يعني إطلاقا إن التزامه غير مرهق، بل قد يكون كذلك كلما أصبح مقداره يفوق بكثير العوض الذي يتحصل عليه، لا يعتد في تقدير ارهاق المدين في تنفيذ الالتزام إلا بما ورد في العقد من التزامات و حقوق.

ويظهر أن هذا المعيار الموضوعي – الذي أخذ به القانون المقارن– يحقق العدالة بين المتعاقدين[18].

ويقول غالبية الفقه العربي بالمعيار الموضوعي في تقدير درجة الارهاق و يقضي هذا المعيار في تقدير درجة الإرهاق، الاقتصار على بحث العقد وحده دون النظر لما قد يحيط بالمدين من ظروف شخصية فالخسارة الفادحة يجب أن تنسب إلى

---

[17] عبد القادر الفار:المرجع السابق،ص130.

[18] علي فيلالي:المرجع السابق،ص302،ص303.

الصفقة لا إلا مجموع الثروة التي يملكها المدين، فيتحقق الإرهاق إذ كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحدد في العقد و قيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء.

و قد اعتنق القضاء المصري[19]، هذا الاتجاه من ذلك ما قضت به محكمة النقض في حكمها

الصادر في 10 مايو 1962 من أن تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول.

طبقا للمادة 147 فقرة 2 من القانون المدني المصري، وقضت نفس المحكمة في حكم آخر صادر في 26 مارس 1964 بوجوب النظر عند تقدير الارهاق المترتب على الحادث الطارئ إلى ذات الصفقة موضوع العقد مثار النزاع للوقوف على مدى اصابة المدين بالإرهاق.

ولقد نحت محكمة النقض هذا النحو في حكم آخر صادر منها في 12 ديسمبر 1968 جاء فيه "... و تقدير مدى الارهاق الذي اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، و مناط هذا الارهاق هي الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بالشخص المدين"[20].

المطلب الثاني : مقدار الإرهاق

لم يعين المشرع مقدارا حسابيا للإرهاق، أي مقدار التفاوت ما بين الالتزامات التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا، بل اكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة، أي الخسارة غير المألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير ما مدى فداحة الخسارة، و هو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة[21].

---

[19] سليمان مرقس:الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات،المجلد1، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ج1، ط4، القاهرة، 1987،ص531.

[20] بلحاج العربي:النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ط3 ج1، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر،2004،ص598.

[21] علي فيلالي: المرجع السابق، ص299.

و قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية في حكمها الصادر في 26 أفريل 1955 "أن نقص السمك في البحيرة المستأجرة بمقدار الربع لا يتجاوز الخسارة المألوفة.

في حين قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 10 ماي 1960 "أن هبوط قيمة المبيع إلى ما يقارب النصف، يعتبر خسارة فادحة لأنه يزيد على ما يتغابن فيه الناس.

فالخسارة الفادحة إذا هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف و تجعل التزام المتقاعد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم.

المبحث الثالث: التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين

إن المشرع الجزائري و على غرار معظم التشريعات إضافة إلى قواعد التفسير الشخصية منح للقاضي قواعد تفسير موضوعية يلجأ إليها عند قصور قواعد التفسير الشخصية و استحالة استظهار النية المشتركة بين المتعاقدين[22].

وتتجسد هذه القواعد بما جاءت به المادة 112 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه : " يؤول الشك لمصلحة المدين، غير أنه لا يجوز ان يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن : "و إن التفسير الموضوعي لا يهدف إل البحث عن نية مشتركة للمتعاقدين بل يهدف إلى تحقيق ارادة المشرع و بذلك فإنه يعد مسألة قانون ، و ليس وسيلة للتفسير.

و بذلك فإن التفسير الموضوعي لا يأتي إلا بعد استحالة التعرف عل نية الأطراف، و إن الشك يبقى يعتري العقد دائما، و عليه فإن التفسير الموضوعي يتكون من عنصر واحد و هو تطبيق القانون.

و على ذلك خلاف التفسير التفسير الشخصي الذي يتكون من عنصرين، العنصر الأول يتعلق بتطبيق القانون أي المادة 111 من القانون المدني الجزائري أما العنصر الثاني يتعلق بالوقائع و هو الكشف عن النية المشتركة.

---

[22] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،ص243.

و من خلال هذا المبحث سوف نتطرق إلى قواعد التفسير الموضوعية التي تتمثل في قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ثم إلى الاستثناءات الواردة عنه.

المطلب الأول : قواعد التفسير الموضوعية

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى قواعد التفسير الموضوعية والتي تمكن من فض النزاع في العقد حيث تفرض على القاضي ان لا يعطي للعقد معنى مخالفا للمعنى الذي يحقق مصلحة المدين، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة و انما يرد عليه استثنائي في عقود الاذعان ذلك بما لهذه العقود من خصوصيات و يتمثل الاستثناء في تفسير الشك في عقد الاذعان لمصلحة المدين[23].

وسوف نتطرق إلى القاعدة العامة و هي تفسير الشك لمصلحة المدين و هذا في الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني إلى الاستثناءات الواردة على القاعدة و المتمثل في تفسير الشك في عقد الاذعان لمصلحة المذعن.

وسوف نتطرق إلى القاعدة العامة و هي تفسير الشك لمصلحة المدين و هذا في الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني الى الاستثناء الوارد على القاعدة و المتمثل في تفسير الشك في عقد الاذعان لمصلحة المذعن.

الفرع الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين

نتطرق من خلال هذا المطلب الى القاعدة الهامة في التفسير فمن الواجب اولا التطرق الى مدلول هذه القاعدة ثم الى شروط تطبيقها ثم الى اساس تقريرها و اخيرا الى نطاق تطبيقها.

أولا : مدلول قاعدة تفسير الشك لصالح المدين

قد لا يصل القاضي من خلال بحثه في قواعد التفسير الى الكشف عن الارادة المشتركة للمتعاقدين فيضل هناك شك حول حقيقة هذه الارادة فمجرد الشك بان يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل و لا يمكن ترجيح وجه على آخر يحدث ترددا في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التفسير، و أن القاضي يستحيل عليه تبيين وجه واحد لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فهذه قرينة على انه ليس هناك نية مشتركة للمتعاقدين، بمعنى أن كلا منهما أراد شيئا لم يرده الاخر.

---

[23] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،ص244.

فقاعدة تفسير الشك لمصلحة الدين تتحدد من قول القاضي بأن التفسير ليس مستحيلا و في نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك.

وإن هذه القاعدة و التي أقرتها معظم التشريعات بما فيها القانون المدني الجزائري في المادة 112 من القانون المدني الجزائري قاعدة احتياطية في التفسير بمعنى أنه لا يلجأ اليها القاضي إلا بعد ان يتعذر عليه الوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين بواسطة القواعد الاصلية في التفسير[24].

وذلك أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع بافتراض ما اراده المتعاقدان مفضلا مصلحة المدين على مصلحة الدائن و لكن ما هو المقصود بالمدين؟ هل يقصد به من يكون مدنيا بالنسبة للعقد في جملته؟

المقصود بالمدين هو الطرف الذي يتحمل الالتزام محل تفسير العقد أو محل الشك[25]، وان هذا الأمر واضح بالنسبة لعقود التبرع التي يكون فيها الالتزام من جانب واحد فيكون دائما المتبرع هو المدين و الاخر دائنا ففي هذه الحالة يسهل تفسير الشك حيث يكون دائما لصالح المتبرع أي الملتزم، أما العقود الملزمة للجانبين عامة يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا في نفس الوقت.

فالمدين الذي نقصده في مادة التفسير و الذي يستفيد من تفسير الشك هو المدين بالالتزام الذي يراد به في الشرط أي الشخص الذي يضار من الشرط المراد تفسيره، وفي هذه الحالة ينبغي النظر الى كل شرط من شروط العقد على حده عندما تدعو الحاجة إلى تفسير أي منها، فإذا قام الشك فسر لمصلحة الملتزم في خصوص هذا الشرط الذي يشوبه الغموض، بصرف النظر عن وضع الشخص من العقد بمجمله.

ثانيـــــــا : شروط تطبيق القاعدة.

ان قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين لا تستند في تطبيقها الى نية المتعاقدين فمن الواجب الاحتراز في تطبيقها فلا يمكن ذلك إلا بتوفر عدة شروط:

---

[24] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص242,

[25] محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام ج1،دون طبعة،دار الكتاب الحديث، الجزائر،2003، ص300.

أ. وجود مبرر للتفسير

فإذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في ظاهرها و يمكن استخراج ارادة الاطراف منها فلا مبرر لإعمال القاعدة، و إنما تضيق القاعدة، و إنما تضيق القاعدة في حالة غموض عبارات العقد و انحلال النية المشتركة للمتعاقدين من خلال تضارب معاني العبارة الواحدة، ففي حالة غموض عبارة العقد و استحالة الوصول الى النية المشتركة كان للقاضي ان يطبقا القاعدة لفض النزاع بإعطاء معنى للنص مراعيا في ذلك مصلحة المدين.

ب.استنفاذ وسائل التفسير الشخصي

الغرض من عملية التفسير هو الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ذلك إن إرادة الطرفين هي العنصر الجوهري في العقد فلا يجوز اللجوء إلى الافتراض إلا بعد استنفاذ الوسائل الكاشفة عن هذه النية و ثبوت قصورها في الوصول الى جوهر العقد.

وذلك كما سبق و ان تطرقنا اليه بان قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين هي قاعدة احتياطية، لا يلجأ إليها إلا بعد التأكد من ان الطريق مسدود امام التفسير.

ج.ثبوت الشك في التعرف على النية المشتركة

إذا استمر الشك في الوصول الى النية المشتركة و صرح القاضي بأنه استحال عليه الوقوف على وجه من الاوجه المتعددة التي وصل اليها بعد البحث و محاولة التفسير ادى الشك الى تغليب النية التي تكون لصالح المدين.

د. حسن نية المدين

لتطبيق القاعدة يجب أن يكون المدين حسن النية بحيث لا ذنب له في غموض عبارات العقد، فسوء النية أو الإهمال من جانب المدين يتنافى مع المبرر و الاساس الذي قامت عليه القاعدة، إذ إن جميع القواعد القانونية تنصب على عدم حماية سيئ النية ذلك ان سوء النية يرفع الحماية عن المدين.

ثالثـــــا : أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين.

إذا استحال على القاضي الكشف عن النية المشتركة فلا يجوز له أن يلجأ الى النية المحتملة ذلك ان معيار التفسير الموضوعي ليس تحديد الارادة التي ليس

تحديد الارادة التي يجب ان تكون عند المتعاقدين بافتراضها، وإنما أساسها الأغراض الموضوعية التي تستند الى حماية حسن النية و العدالة و حماية الطرف الضعيف.

و إن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين قاعدة تبررها العدالة.و إن هناك اعتبارات عديدة تظهر لنا وجهة نظر المشرع من وراء تقريره لهذه القاعدة.

تتمثل هذه الاعتبارات فيما يلي:

أ. **الأصل براءة الذمة :** إن الاصل في الانسان هو براءة ألذمة والاستثناء ان يكون ملزما و ان الاستثناء لا يجب التوسع فيه.

فلا يجب ان نفترض الالتزام و انما المفروض براءة الذمة حتى يثبت العكس.

ولذلك فإنه يجب افتراض ان المدين التزم الى اضيق مدى تحمله عبارة العقد المراد تفسيرها، ولا يجب أن نحمله أكثر من هذا المدى.

ب. **الدائن هو المكلف بالإثبات :** حيث انه إذا كان هناك شك في مدى التزام المدين و أراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فإنه وجب عليه أن يثبت هذا الالتزام، فإذا عجز عن اثباته فإننا لا نأخذ إلا بالمدى الضيق للالتزام لا الواسع له.

وذلك أنه وحده الذي قام عليه الدليل و في الحقيقة أن القاعدة هنا قاعدة اثبات و التي تصاغ "البينة على من ادعى"[26].

ج. **الدائن هو من يملي الالتزام على المدين:** إن القاعدة في العقد ان الدائن هو من يملي الالتزام لا المدين، فإذا كان الالتزام مبهما غامضا يحول حوله الشك فإن الدائن من يتحمل نتيجة خطاه و يستفيد المدين بان يفسر الشك لمصلحته.

د. **المدين هو الطرف الضعيف في الالتزام:** لقد أقرت جميع التشريعات و الفقه و القضاء على أنه من الواجب في العلاقات التعاقدية حماية الطرف الضعيف و في جميع مراحل العقد، و من بينها التفسير فإنه على القاضي أن يحمي مصلحة الطرف الضعيف، وبذلك فإن المدين هو الطرف الضعيف في الالتزام ومن الواجب حمايته، و إن تقرير قاعدة تفسير العقد لمصلحة المدين هي من بين القواعد التي اقرها الشارع لحماية الطرف الضعيف.

---

[26] محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص300.

رابعـــــــا : نطاق تطبيق القاعدة

من الواجب الاشارة الى ان القاعدة في التفسير هي التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين و على القاضي ان يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين مهما كان هذا عسيرا، و إذا استطاع ازالة الشك وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة و لو كان التفسير في غير مصلحة المدين.

أما مجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة فكل منها محتمل و لا يمكن ترجيح أي وجه على الآخر فهي قرينة على انه ليست هناك نية مشتركة، بل أراد كل منهما شيء لم يرده الآخر.

فهنا يتدخل دور قواعد التفسير الموضوعية و على القاضي ان يفسر الشك لمصلحة الدين كقاعدة عامة و كاستثناء لصالح الطرف المذعن في عقد الاذعان وهذا ما سوف نتطرق اليه.

المطلب الثاني : تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الاذعان

ان الاصل كما قد سبقت الاشارة له تفسير الشك في العقد بصفة عامة لمصلحة المدين إلا انه يرد استثناء على هذه القاعدة في عقود الإذعان، وذلك لما لها من خصوصية تميزها عن العقود الاخرى.

إذ ان المشرع استثناها بنص خاص فيما يتعلق بالتفسير، حيث جاء في نص المادة 02/112 "ان التفسير لا يجب ان يكون ضارا بمصلحة المذعن".

بمفهوم المخالفة فإن تفسير الشك في عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن سواء كان مدينا أو دائنا، وسوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف عقد الاذعان و ما يميزه عن باقي العقود التي تجعله منفردا بقاعدة تفسير خاصة و لماذا قرر المشرع هذا الاستثناء.

الفرع الاول : تعريف عقد الاذعان

ان أي من التشريعات لم تعط تعريفا لعقد الاذعان حيث تولى الفقه مهمة تعريفه و لم يكن هناك اجماع على تعريف شامل لعقد الاذعان.

فنجد لعقود الإذعان عدة تعاريف من بينها:

عقد الإذعان (contrat d'adhésion) هو الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل الشروط كلها أو يرفضها كلها[27].

وعرفه "سالي" و هو صاحب اول فكرة للإذعان على انه: "محض تغليب إرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و يفرضها مسبقا جانب واحد و لا ينقصها سوى ان يكون هناك من يقبل قانون العقد.

و يعرفه "الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري" و هو أول من أطلق عليه تسمية الإذعان " قد يكون القبول مجرد اذعان كما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة و مفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع و كما كان في حاجة الى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر للقبول، فرضاؤه مجرد و لكنه مفروض عليه و من ثم سميت هذه العقود عقود الإذعان"[28].

من خلال التعريفات السابقة يظهر لنا جليا اختلاف عقد الاذعان عن غيره من العقود، و إن المشرع الجزائري مثل باقي التشريعات لم يعرف عقد الاذعان و انما اكتفى بالنص على كيفية

القبول في عقد الاذعان من خلال نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري و الذي جاء فيها:

"يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها".

الفرع الثاني : طبيعة عقد الاذعان

لقد ارتأيت التطرق لطبيعة عقد الاذعان ذلك ان تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة، إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة، و من بين المشاكل غموض العقد.

---

[27] بلحاج العربي: ط8،المرجع السابق،ص92.

[28] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص244.

فإن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاذعان لها دور جد هام في عملية التفسير.

فإذا كان عقدا فإن تفسيره يكون وفقا لتفسير العقود و إذا كان نظاما يفسر تفسير القانون و ليس العقد، ذلك أن الفقه قد انقسم الى فريقين منهم من يرى ان عقد الاذعان هو عقد و منهم من لا يراه سوى نظاما.

و سوف نتطرق الى الرأيين كما يلي :

أ. عقد الاذعان ما هو إلا نظام:

ان هذا الرأي ينكر وصف العقد على الاذعان و يرى فيه مجرد نظام قانوني وما هو سوى مجرد لائحة تحكيم.

وبذلك فإنه ما دام لا يوجد توافق الارادتين فإن عقد الاذعان المزعوم ليس عقدا و انما يشبه القانون.

ذلك أن الطرف الذاعن هو الوحيد الذي ينفرد بوضع شروط العقد فليس هناك تفاوض و ما على المذعن إلا القبول أو الرفض.

و يعتمد هذا الرأي على اساس أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية التفاوض وهو ما يغيب في عقد الاذعان.

و يرون ان عقد الاذعان ليس له من العقد سوى الاسم لأنه تغليب الإرادة الواحدة، و أن القيمة القانونية لعقد الاذعان لا تستمد قوتها من توافق الارادتين و لكن في الارادة المنفردة لمحرر العقد و منشئه و الذي خلق قانونها، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن تحت شرط الاذعان.

و يضيفون بأننا لا نبحث عن ارادة المنضمين الى العقد و لا نعتد بها ونأخذ فقط إرادة محرر العقد الذي يعتبر مركزه كمركز المشرع و تكون ارادته هي القاعدة في التفسير، ومن هنا يجب ان يفسر الاذعان كما يفسر القانون و أن يطبق تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة و حسن النية و ينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية.

و قد ذهب ((ليون ديجي)) بنفس المذهب الذي يراه ((سالي)) فعنده عقود الاذعان هي شكل من أشكال تصرف الارادة المنفردة.

وأن القيمة القانونية للإذعان تخلق من المنفعة العامة التي يطلق عليها الضرورات الاجتماعية.

وبذلك فإن تفسير عقد الاذعان لا يتوقف على ارادة محرري العقد بل إن التفسير الذي يجب أن يذهب اليه القاضي يقترب من ذلك التفسير الذي يفترضه عندما يتعلق الأمر بتفسير القانون.

ويقول ((هوريو)) في هذا الشأن في مقاله : "إذ ان العقد هو توافق ارادتين عن حرية و اختيار، أما هنا فالقبول مجرد اذعان و خضوع فعقد الإذعان أقرب الى أن يكون نظاما و لذلك يجب ان يفسر كما يفسر القانون و يراعى تطبيقه للعدالة و حسن النية"[29].

ب.الرأي القائل بالصفة العقدية للاذعان:

يرى أنصار هذا الرأي وهم غالبية فقهاء القانون المدني بالصفة التعاقدية لعقد الاذعان،حيث يرون أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الاكراه الذي يعدم الرضا و لا يفسده حتى، و بتالي القبول بطريق الاذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد صحيح.

و انه منذ قرون خلت يطلق لفظ العقود على عمليات يحدد فيها أحد الاطراف شروطه و على الآخر ان يقبلها أو يرفضها و المهم ان يكون القابل بالشروط المعروضة عليه غير مرغم، أي حر في القبول أو الرفض فإذا قبل فإنه يكون قد ادلى برضائه فيتكون العقد.

ويرى أنصار هذا الرأي أيضا أنه إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الغلط الاقتصادي فإن ذلك لا يمس ذات وجودها ولا يعتبر حتى سببا من شأنه أن يفسدها ".

إذا أن الأصل في التعاقد أن يتسم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة بحيث تترك لكل من الطرفين الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط, وهناك من العقود عقد الإذعان الذي يشذ على القاعدة ويضع أحد الطرفين هذه الشروط ولا يكون أمام الطرف الثاني إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ، بحيث أن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ.

---

[29] عبد الرزاق أحمد السنهوري:المرجع السابق،ص247.

ويقول " الدكتور السنهوري" في هذا الشأن : فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقا لنص التقنيين الجديد، ولم يعد بعده هذا النص في حاجة إلى البحث عن الأساس الذي تقوم عليه القوة الملزمة فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم، أي الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقا لنص القانون[30] .

وهكذا فإن أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان يرون عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدا وكذا خطورتها إذا كانت تهدف إلى الوصول إلى إعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة.

وأن الاعتراف بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان يلزمنا بتفسيره تفسير العقود لا القانون مراعاة في ذلك ما نص عليه القانون وهو ما سوف نتطرق إليه لاحقا.

الفرع الثالث: تفسير عقد الإذعان.

وفقا لما تقدم في تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية فإنه لا يمكن أن نعامله مثل العقود الأخرى ذلك أن الأصل في التفسير هو البحث في النية المشتركة للمتعاقدين، إلا أن هذه النية المشتركة تغيب في عقد ر ضارا بملحة المذعن.الإذعان .

لذلك فقد خص المشرع عقود الإذعان بميزة أخرى بها عن القاعدة العامة في التفسير وهي أن لا يكون التفسير ضار بمصلحة المذعن.

وإن تفسير عقد الإذعان لا يكون على أساس القصد المشترك للمتقاعدين وإنما على أساس الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان.

وقد أورد المشرع الجزائري شأنه شأن معظم أتشريعات العرابية ما نصت عليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري:"يؤول الشيك في مصلحة الدين,غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبرات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن".

حيث أصبح من السهل على القضي تفسير عقد الإذعان ذلك انه غير مجبر على الاجتهاد لحمية الطرف الضعيف وإنما يفسر الشيك لصالح لمذعن سوى كان مدينا او دائنا كونه الطرف الضعيف في عقد الإذعان دائما,وقد انتهج القضاء

---

[30]عبد الرزاق أحمد السنهوري:المرجع السابق، ص233.

هذا المنهج حيث صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/08 والذي راعى قضاء الموضوع في تفسيرهم للعقد المبرم بين شركة التأمين والنادي السياحي مركز النادي من العقد كونه الطرف المذعن وفسر الشيك لمصلحته.

وإن تفسير عقد المذعن لا يخلوا من الحالتين:

أ ـــــ فإن كانت عبارات العقد واضحة طبق لما جاء في المادة 111 من القانون المدني الجزائري، تكشف بصراحة على مدلول العقد فإنه لا يجوز للقاضي لخروج عن هذه القاعدة كونها الأصل والذهاب إلى الاستثناء المتمثل في التفسير لصالح المذعن.

وإنما هو مجبر بالتقيد أولا بما هو مقرر وإنه إذا كانت عبارات المحررات أو العقود واضحة ظاهرة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة محررها أو المتعاقدين وأنه إن كان من سلطة قاضي الموضوع تفسير الاتفاقات والمحررات للتعرف على حقيقة القصد فإنه ذلك مشروط بأن لا يكون التفسير خروجا عما تحمله العبارات الحقيقة فلا يجوز تشويهها،حتى إن كان ذلك ضار بمصلحة الطرف المذعن .

ب ـــــ أما إذا كانت عبارات عقد الإذعان غامضة : فوجب على القاضي تفسير هذا الغموض ويجب ألا يكون تفسير الشيك ضارا بالطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا وان المشرع وضع الاستثناء المتمثل في تفسير الشيك في عقد الإذعان لصالح المذعن سواء كان مدينا أو دائنا له مبررات عديدة أهمها هو حماية الطرف الضعيف.

إلا أن هناك ملاحظة حيث نجد أن هاته القاعدة غابت في القانون المدني الفرنسي حيث أنه يعتد في تفسير عقد الإذعان كباقي العقود تفسير الشك لمصلحة المدين في نص المادة 1162 قانون مدني فرنسي، إلا أن الفقه الفرنسي قد رأى في تضيق هذه القاعدة القانونية إضرار كبير بالطرف المذعن إذا ما كان الطرف الدائن.

فقد لجأ حلول قضائية تخفف من حدة الضرر باعتبار أن نص المادة 1162 ليس له طبيعة آمرة.

وبذلك يمكن تطبيقه بالكيفية التي تتوافق مع ظروف كل دعوى بالإضافة الى أن طبيعة تكوين عقود الإذعان كونها تفتقد الرضاء الحقيقي الكامل الذي نجده في عقود الأخرى.

وإنه قبل صدور القانون المدني الجزائري بموجب أمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني. حيث كان يطبق القانون الفرنسي بحكم الظروف التاريخية التي كانت آنذاك تعيشها الجزائر.

فإنه قد صدر حكم عن محكمة الجزائر في الجلسة 4 فبراير 1923 قضى بتفسير الشك لمصلحة شركة التأمين ذلك أنها في الشرط المراد تفسيره مدينة دون مراعاة كون العقد من عقود الإذعان.

الفرع الرابع :أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن.

إن المشرع قد فعل الصواب بتقريره في النص المادة 02/112 تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الإذعان فأوجب على القاضي تفسير الغموض شرط أن يكون في صالح الطرف المذعن لعدة اعتبارات.

أ ــ فأول هذه الاعتبارات أن تبعة الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد وهو الطرف ذعن وكان من الأولى تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن.

ب ــ وثانيا إنه إذا عقد الإذعان فالإدارة المشتركة تكاد تختفي تماما ، حيث يتوارى الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع على عقد التأمين وهو المجال الخصب لعقود الإذعان والذي من الصواب تحقيق العدالة فيه حيث يفسر الغموض لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدانا.

ج ــ وثالثا إن القواعد العامة تقضي حماية الطرف الضعيف وإن الطرف المذعن في عقد الإذعان هو دائما الضعيف بغض النظر عن مركزه ، حتى ولو كان الطرف المذعن هو الذي أضاف الشرط الذي سلكه الغموض فإن التفسير يكون لمصلحته لأن العاقد المحتكر هو الطرف القادر والذي له الوسائل التي تمكنه من تبيين صيغ الشروط وتوضيحها .

ولهذا أيضا فإن المشرع أباح للقاضي تعديل ما قد يكون في العقد من شروط تعسفية وإعطاء الطرف المذعن، منها ما جاءت به" المادة 112" من القانون المدني الجزائري، إضافة إلى حمايته عند تفسير العقد[31].

[31] علي بلحاج: ط8،المرجع السابق، ص92.

الفصل الثاني: دور القـــــــاضي في مراجعة العقد

إما عن حدود سلطة القاضي، فإن القاضي يملك السلطة الكاملة في تحديد طبيعة هذا الشرط وما إذا كان شرطا تعسفيا أم لا، وهذا يعد من مسائل الموضوع التي لا رقابة عليها من محكمة النقض طالما أقام قضاؤه على أسباب سائغة وصحيحة[32].

ويجب التمسك أمام محكمة الموضوع بكون الشرط الوارد بالعقد من الشروط التعسفية التي يملك القضاء التدخل فيها بالتعديل أو الإلغاء ، ولا يمكن التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لان ذلك يتطلب بحث في الموضوع وهو ليس من سلطة محكمة النقض ولكنه من سلطة محكمة الموضوع.

ولا يجوز للخصوم إن يرتبوا شرطا في عقدهم ينزع من القاضي سلطة تعديل تلك العقود وان هذا الشرط إن وجد وقع باطلا لمخالفته للنظام العام.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين، وسنتناول في المبحث الأول إلزامية التدخل لمراجعة العقد والمبحث الثاني طرق مراجعة العقد.

---

[32] على فلالي:المرجع السابق،ص300.

المبحث الأول: إلزامية التدخل لمراجعة العقد

كقاعدة عامة نرى بأن للقاضي سلطة تقديرية تكمن في تفسير العقد، و توضيح عباراته.

كاستثناء نجد أن القانون خول له و أعطاه سلطة تقديرية في تعديل العقد أو إلغاؤه.

ولتوضيح ذلك يجب أن نبين أولا أن العقد قد يتضمن شروطا مخالفة للقانون أو مخلة بالنظام العام والآداب العامة كأن يتضمن العقد شرط الربا الفاحش ، فعند ذلك يبطل الشرط بحكم القانون حتى لو أدى ذلك إلى بطلان العقد ذاته[33].

وهناك شروط قد يكون أو يصير تنفيذها مستحيلا كأن يكون الالتزام شخصيا كأن يشترك لاعب كرة في فريق معين ويحدث له حادث خارجي يفقد على أثره قدميه فلا يستطيع الحراك فهنا صار الالتزام مستحيلا ولا يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذه وهنا يجب على القاضي إلغاء هذا الشرط أو هذا العقد مع الحكم بالتعويض إن توافرت شروط المسؤولية العقدية .

وللقاضي أيضا سلطة التدخل في عقود الإذعان، عند وجود شروط تعسفية بما يستطيع معه تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منه، حسبما تقتضي العدالة ذلك، ويجب أن تكون شروطا لتدخل القاضي واستخدام سلطته في العقد وهي:

اولا ـــــ أن يكون العقد من عقود الإذعان مثلا أي تلك العقود التي لا تتوازن فيها قوة الطرفين حيث يكون احدهما قويا يملي شروطه العقدية ويكون الطرف الآخر ضعيفا ليس أمامه إلا قبول تلك الشروط كلها أو تركها كلها.

ثانيا ـــــ أن يتضمن هذا الشرط شروطا تعسفية أي أن يقوم المذعن باستخدام حقه في فرض (شروط مرهقه على المدين) الطرف المذعن.

ثالثا ـــــ أن يستهدي القاضي عند استخدام سلطته تلك إلى قواعد العدالة بحيث لا يخل ميزانها بحق طرف من الأطراف فعندما يقوم بتعديل الشرط فلا يجوز أن يميل بذلك على المذعن وكذا الأمر عند إلغاؤه.

---

[33] على فلالي: المرجع السابق،ص301.

أما الشروط التعسفية فهي تلك التي يصير التزام المدين بها مرهقا لا يستطيع القيام به إلا بمشقة أو تتنافى مع قواعد الإنسانية والكرامة فهنا يكون تدخل القاضي إما بتعديلها بحيث تتواز كفتي مصالح كل طرف في هذا العقد أو إلغاؤها كلية إن لم يستطع تعديلها بما يتناسب مع مصلحة الطرفين.

والقاضي هنا يتدخل بما تقتضيه قواعد العدالة بحيث لا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وفي هذا أوضحت "المذكرة الإيضاحية" للقانون المدني إنه في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى إن المذعن قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه ، فالإذعان لا يرتبط بالإكراه بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل مع أسباب الاستقرار ثم إن ما يولي من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة – كما هو الشأن في حالة الاستغلال – أو التشريعات خاصة. ولذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول كيفية مراجعة العقد و المطلب الثاني إلزامية مراجعة العقد.

المطلب الأول: كيفية مراجعة العقد

إن إعادة النظر في العقود[34] 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 السياسية التشريعية التي تقوم على إرضاء حاجات معينة أو تحقيق مصلحة عليا اجتماعية واقتصادية.

والدافع الثاني هو مبدأ العدل الذي يتحقق بإقامة الإنصاف والعدالة كأساس في التعامل والقضاء بتأثير من النزاعات 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،

---

[34] علي فيلالي: المرجع السابق، ص301.

لما تنطوي عليه من معالجة للعقد بإعادته إلى وضعه الصحيح، وهو ما يقبله المنطق في التشريع المدني[35].

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

إن هذا البحث ينحصر في دراسة هذه النظرية ((إعادة النظر في الالتزامات المرهقة)) والسبب في اختيار هذه الدراسة يتمثل في أمرين:

الأمر الأول : أن البحث في نظرية إعادة النظر في العقود بسبب الظروف الطارئة يمكن من إلقاء الضوء على وضعيتين: 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.

الأمر الثاني: يتمثل في كون هذه الدراسة تحمل على معالجة النتائج السلبية التي تخلفها الظروف الطارئة في التعامل، والبحث عن وسيلة علاجية لتلك الحالة، بحث في مختلف القواعد والمبادئ العقدية وغير العقدية التي قد تعتمد كسبب يبرر التعديل العقدي تحقيقا للتوازن التقريبي وإن لم يكن الكلي بين الالتزامات سواء التعاقدية أو السابقة على التعاقد، وقد يكمن وراء تلك القواعد مبدأ جوهري يكون

---

[35] مصطفى مجدى هرجه: العقد المدني،دون طبعة ، دار محمود للنشر ، مصر ،2002،ص253.

السبب الموجه في اعتماد النظرية ولو كان ذلك بالتجاوز على العقد أو الإرادة التي أوجدته.

بعد تحديد شروط الحوادث الطارئة[36]، نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري: ((... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية ... جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...)).

يثير هذا النص مسألة: هل يلزم القاضي بمراجعة العقد إذا توافرت الشروط التي من أجلها أن يتدخل القاضي؟

المطلب الثاني: القاضي ملزم بمراجعة العقد

استعمل المشرع في المادة المشار إليها أعلاه عبارة ((جاز للقاضي)) مما يجعلنا نعتقد أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد إلا إذا أراد ذلك ، وهذا تأويل غير صحيح ، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة ، ولأن مراجعة العقد ، بسبب الحوادث الطارئة تعتبر من النظام العام حيث تقضي المادة 107 ق.م ببطلان كل اتفاق يخالف أحكمها[37].

فالقاضي إذن ملزم بمراجعة العقد إذن توفرت الشروط المقررة لذلك، غير أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد التزام المرهق إلى الحد المعقول.

المبحث الثاني: طرق مراجعة العقد

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لما تم إيضاحه سابقا فإنه يترتب أثرها، وهو أنه يجب على القاضي بناء على طلب المدين أن يخفف عبء الالتزام عنه إلى الحد المعقول، الذي يراه متماشيا مع العدالة و حسن النية، بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين وفي ذلك تقضي المادة 107 في فقرتها الثالثة بأنه ((... جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...))[38].

---

[36] علي فيلالي: المرجع السابق، ص300.

[37] فيلالي: المرجع نفسه، ص303.

[38] محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص334.

و يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بإنقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن أو بفسخ العقد ، وهذا ما سنتناوله في كل مطلب على حدى.

المطلب الأول: إنقاص التزام المدين.

إن الإنقاص من مقدار التزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزام به[39].

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق[40]. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية. ثم يقل المتداول في السوق من السكر الى حد كبير لحادث طارئ : حرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك . فيصبح من العسير على التاجر ان يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها.

فيجوز في هذه الحالة للقاضى ان ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه ، حتى يرد التزام التاجر الى الحد المعقول . فإذا فعل اصبح التاجر ملتزما بتوريد الكميات التي عينها القاضي لا أكثر، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين .

فيجوز لمصنع الحلوى ان يتقاضى الالتزام عينا او تعويضا طبقا للقواعد العامة . ويجوز له كذلك، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض.

و اذا كان الالتزام المرهق ثمن المبيع، جاز للقاضي إنقاصه أو إنقاص فوائده ، أو إسقاط هذه الفوائد ، أو مد الآجال التي يدفع فيها.

وقد يتمثل الإنقاص في تخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري وقد يتمثل الإنقاص كذلك في إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة، كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أو بجودة الشيء[41] ، أو ببعض شروط التنفيذ الأخرى.

إن الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها، ومعنى ذلك أن المدين سيتحمل حتما الخسارة المألوفة، بينما يحاول

---

[39] علي فيلالي: المرجع السابق، ص304

[40] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص726.

[41] علي فيلالي: المرجع السابق،ص304.

القاضي ــ في ضوء ظروف العملية العقدية ــ أن يوزع مقدار الخاسرة الفادحة بين المتعاقدين، مراعيا مصلحة كل منها.

المطلب الثاني: زيـــادة التزام الدائن

يعتقد بعض الفقهاء أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في التزامات الدائن، وبالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين[42].

وهكذا فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين. وإذا رجعنا إلى المثال السالف الذكر، فعوض أن ننقص من مقدار كمية السكر التي التزم بها المدين، نزيد في ثمن السكر ونبقي المقدار المتفق عليه.

ويرى أنصار هذا الرأي – على الحق– أن النتيجة واحدة، سواء زدنا في التزام الدائن أو أنقصنا من التزام المدين، في كلتا الحالتين يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة على الظرف الطارئ.

غير أننا نشك في صحة هذا الرأي لعدة أسباب منها، وضوح نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تقيد القاضي بالنظر (في الالتزام المرهق) هو التزام المدين[43]. كما استعمل المشرع في النص الفرنسي عبارة (réduire) التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل. فنية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير، ولو كان الأمر غير ذلك لعبر عنه بكل وضوح مثل ما فعل في الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني الجزائري:(على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد).

إن إضافة الفقرة الثالثة هذه في المادة 561 من القانون المدني الجزائري ليس لها مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تتضمنه.

ولو رأى المشرع أن المادة 107 من القانون المدني الجزائري تسمح للقاضي بزيادة التزام الدائن، لما أضاف هذه الفقرة. وأخيرا نتساءل عن الأساس

---

[42] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص726.

[43] علي فيلالي: المرجع السابق، ص305.

القانوني لهذه الزيادة؛ فالتزام الدائن مصدره الإرادة، فكيف يلزم إذن بغيرها، خاصة وأن الأمر لا يتعلق بما يسمى بملتزمات العقد.

المطلب الثالث: فسخ العقد.

يرى بعض الفقهاء أنه يمكن للقاضي فسخ العقد[44]، طبقا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، غير أنه ــ ولأول وهلة ــ يبدو أن هذا الحل مناقض لنظرية الظروف الطارئة، التي وجدت من أجل تيسير تنفيذ العقد واستمراريته، مع أن الفسخ يعد فعلا في بعض الحالات الخاصة وسيلة حقيقية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فإذا شرع المتعاقد في تنفيذ التزامه، وأنجز قسطا منه رغم الإرهاق، يمكن للقاضي ــ نظرا للإرهاق والخسارة التي تهدد المدين ــ أن يعفيه مما تبقى في ذمته، فيقضي بفسخ العقد.

وفي هذا السياق لا بد من التمييز بين فسخ العقد كوسيلة لرد الالتزام إلى الحد المعقول، وفسخ العقد بسبب عدم تنفيذه[45] طبقا للمادة 119 من القانون المدني الجزائري. فإذا كان المدين لا يسأل في الحالة الأولى، فالأمر يختلف عند فسخ العقد على أساس المادة 119 من القانون المدني الجزائري إذ يطالب بالتنفيذ بمقابل.

ونشير في الأخير إلى أنه في الحياة العملية، خاصة بالنسبة للصفقات الهامة، ينظم المتعاقدان طرق مراجعة التزاماتهما حتى يتم إنجاز المشروع.

---

[44] علي فيلالي: المرجع السابق، ص306.

[45] فاطمة عرفة ،سميرة محدادي ، سهام هني: مذكرة مكملة لنيل شهادة الليسانس في فسخ العقد في القانون المدني الجزائري مقارنا ، 2002-2003،ص23.

الخاتمة

بعد دراستنا لموضوع بحثنا هذا الذي جاء على إثره أن المشرع يرى أنه كقاعدة عامة لا يجوز لأطراف العقد بإنفراد أحدهما في إحداث تغيرات في العقد وذلك بنقضه أو تعديله ولا القاضي كذلك إلا للأسباب التي يقررها القانون وهذا مانصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري،إلا في الحالات اللإستثنائية التي حددها المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري وهي سواء في حالة الظروف الطارئة أو الإلتزام المرهق وكذلك عقود الإذعان الذي نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

ولكن كأصل عام نجد أن القاضي له سلطة لتفسير العقد إلا أنه كإستثناء أجازت المادة 107 من القانون المدني الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد أو إلغاءه ومن نستخلص بعض النتائج أهمها:

- أن دور القاضي لم يعد سلبيا في مجال المعاملات ، إذ أصبح في ضل التشريعات الحديثة يقوم بدور إيجابي فعال في مجال العقد ، بواسطته تتحقق حماية الأفراد مما يمكن أن يتعرضوا له في حياتهم و أثناء إبرامهم لعقودهم.

- إن تمتع القاضي بسلطة تعديل العقد ـــــــــــــ ولو كانت قاصرة على حالات إستثنائية ـــــــــــــ له فائدة عملية ، حيث سيحد من مظاهر التعسف بصفة عامة ، خصوصا تلك السلطة التي تكون وقت إبرام العقد أو في مرحلة تكوينه.

- سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تتفق فيها العديد من التشريعات،وهذا ما وقفت عنده في موضوع بحثنا،حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة هي العدالة.

- إن مجال سلطة القاضي في تعديل العقد واسعة ، حيث نجد أن القاضي له سلطة يستطيع من خلالها أن يحقق التوازن العقدي بأي وسيلة يراها مناسبة، سواء بتعديل العقد و موازنته أو بفسخه.

ومن هذا أرى:

أنه نظرا لكون سلطة التعديل في التشريع الجزائري جوازية ، ويمارسها القاضي في نطاق ضيق،متقيدا بالحالات الاستثنائية الواردة في القانون دون أن يتعداها ، وهذا ما يعتبر قصورا ــ في رأيي ــ ولا يحقق مقصد توفير العدل وإقامة التوازن العقدي ، أقترح أن يعترف المشرع و يمنح القاضي سلطة تعديلية أكثر، إستجابة لدواعى العدل و الإنصاف.

الملخص:

سلطة القاضي كقاعدة عامة تكون في تفسير مضمون العقد، و القاضي ملزم بتفسير العقد في حالة توافر الاسباب التي أقرها القانون و ذلك حسب ما جاء في المادة 107 من القانون المدني، حيث أنه لا يجوز للقاضي التدخل لتعديل العقد إلا في حالات استثائية وهي: الظروف الطارئة ، الالتزام المرهق ، و في عقود الاذعان.

و هنا نجد أن دور القاضي لم يعد كما كان سلبيا و منحصرا في تفسير العقد فقط، بل تطور ليصبح فعالا حتى في تعديل العقد و لكن ضمن شروط حددها المشرع ، وهذا يرجع أن سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تتفق فيها العديد من التشريعات،وهذا ما وقفت عنده في موضوع بحثنا،حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة هي العدالة.

الكلمات المفتاحية : **سلطة القاضي ، التوازن المالي ، العقد ، الظروف الطارئة ، الالتزام المرهق ، التفسير ، تعديل العقد ، فسخ العقد ، إنقاص و زيادة الالتزام**

قائمة المراجع:

الكتب:

1. أمجد محمد منصور:النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام)،ط1،دار الثقافة،عمان،الأردن،2006.
2. بلحاج العربي:النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ط3 ج1، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر،2004.
3. بلحاج العربي:النظرية العمة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1،ط6،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2008.
4. سليمان مرقس:الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات،المجلد1، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ج1، ط4، القاهرة، 1987.
5. عبد القادر الفار:مصادر الالتزام(مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)،ط3،دار الثقافة،عمان الأردن ، 2011.
6. علي فيلالي:الالتزامات،النظرية العامة للعقد،ط2،موفم للنشر،الجزائر،2005.
7. محمد السناري: الظوابط القانونية لتطبيق نظربة الظروف الطارئة، ب د ط، الدر الجامعية،مصر،2000.
8. محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام ج1،دون طبعة،دار الكتاب الحديث، الجزائر،2003.
9. محمد عبد الرحيم منعم: الجيز في نظرية الظروف الطارئة، ب د ط، مطبعة زهران، مصر، 1978.
10. مصطفى الجمال:النظرية العمة للالتزامات،الدار الجامعية للنشر،الإسكندرية،مصر،1987.

11. مصطفى مجدى هرجه: العقد المدني،دون طبعة ، دار محمود للنشر ، مصر ،2002.

الرسائل الجامعية:

1. بن حميدة سليمة، مكي سميحة، يعقوب فتيحة:مذكرة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية،نظرية الظروف الطارئة القانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة ، جامعة ورقلة 2004-2005.

2. فاطمة عرفة ،سميرة محدادي ، سهام هني: مذكرة مكملة لنيل شهادة الليسانس في فسخ العقد في القانون المدني الجزائري مقارنا ، جامعة ورقلة، 2002-2003.

فهرس المحتويات **الصفحة**

مقدمة..... **أ.ب**

الفصل الأول: حالات مرجعة العقد..... **03**

المبحث الأول : الحوادث الطارئة.....**04**

المطلب الأول : حادث استثنائي. **06**

المطلب الثاني : حادث غير متوقع **07**

المطلب الثالث : الحادث العـــام.....**08**

المبحث الثاني: الالتزام المرهـــــــــــق **09**

المطلب الأول : معيار الارهاق.....**09**

الفرع الأول: المعيار الذاتي **09**

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي.....**10**

المطلب الثاني : مقدار الإرهاق.....**11**

المبحث الثالث: التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين..**12**

المطلب الأول : قواعد التفسير الموضوعية.....**13**

الفرع الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين.....**13**

المطلب الثاني : تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الاذعان.....**17**

الفرع الاول : تعريف عقد الاذعان.....**18**

الفرع الثاني : طبيعة عقد الاذعان.....**19**

الفرع الثالث: تفسير عقد الإذعان.....**21**

الفرع الرابع :أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن. **23**

الفصل الثاني: دور القـــــــاضي في مراجعة العقد.....25

المبحث الأول: إلزامية التدخل لمراجعة العقد.....**26**

المطلب الأول: كيفية مراجعة العقد.....**27**

المطلب الثاني: القاضي ملزم بمراجعة العقد.....**29**

المبحث الثاني: طرق مراجعة العقد.....**30**

المطلب الأول: إنقاص التزام المدين. **30**

المطلب الثاني: زيـــادة التزام الدائن **31**

المطلب الثالث: فسخ العقد. **33**

الخاتمة.....34

قائمة

المراجع.....36