ASJP
Algerian Scientific Journal Platform

مجلة افاق للعلوم
Issn: 2507-7228 – Eissn: 2602-5345
https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/351

المجلد:07 العدد: 04(2022) ص502-511

# تدخل المشرع في مضمون العقد

## *Legislator interference with the content of the contract*

ط.د حشلاف ملوكة*
مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي
جامعة إبن خلدون تيارت (الجزائر)
eloka.hechelef@univ-tiaret.dz

أ.د عجالي بخالد
جامعة إبن خلدون تيارت (الجزائر)
khaledadjalidroit@yahoo.com

**معلومات المقال**

**تاريخ الارسال:**
21 مارس 2022
**تاريخ القبول:**
27 افريل 2022

**الكلمات المفتاحية:**
- ✓ مضمون العقد:
- ✓ التوازن العقدي:
- ✓ الطرف الضعيف:

**الملخص:**

العقد هو أهم مصدر من مصادر الالتزام الارادية وهو الوسيلة المثلى لتبادل الثروات وأحد الأليات الأساسية للنشاط الاقتصادي والاجتماعي ويشترط لإنشائه الرضا والحرية والأصل في العقود التي هي أحد مقوماته الأساسية التي لا يكون العقد إلا بها غير أنها لم تعد وحدها قادرة على تحقيق التوازن والعدالة نظرا لظهور عقود خلفها التطور الاقتصادي والاجتماعي جعلت من العقد وسيلة للسيطرة والهيمنة للطرف القوي خبرة ومعرفة واحتكارا للسلعة أو الخدمة التي يقدمها.

وانصافا وحماية لطرف الضعيف في العملية التعاقدية استوجب تدخل المشرع في مضمون العقد لإعادة التوازن العقدي لتحقيق العدالة العقدية.

*Article info*

*Received*
*21 March 2022*
*Accepted*
*27 April 2022.*

**Keywords:**
- ✓ *the content of the contract*:
- ✓ *nodal balance*:
- ✓ *weak side*:

*Abstract :*

*The contract is the most important source of voluntary commitment. It is the ideal means for the exchange of wealth and one of the basic mechanisms of economic and social activity. Its establishment requires consent, freedom, and origin in contracts that are one of its basic components that the contract cannot be without, but that it is no longer alone capable of achieving balance and justice due to the emergence of contracts Behind it, the economic and social development made the contract a means of control and domination for the powerful party with experience, knowledge and a monopoly on the good or service it provides.*

*Fairness and protection for the weak party in the contractual process necessitated the intervention of the legislator in the content of the contract to restore the contractual balance to achieve contractual justice.*

* المؤلف المرسل



AFAK for Sciences Journal مجلة آفاق للعلوم EISSN: 2602-5345 ISSN: 2507-7228

Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

**مقدمة:**

الحرية التعاقدية هي إحدى مقومات مبدأ سلطان الإرادة وتعني أن الاشخاص أحرار في إختيار طريقة تعبيرهم عن حريتهم وأن الإرادة الحرة هي السيدة و الكفيلة بأن تضع بنفسها شريعتها الخاصة لأن الأشخاص هم أفضل المدافعين عن مصالحهم وعليه فإن ما أبرم بين المتعاقدين هم عدل ومفيد لهما مهما كانت صفتهم ومراكزهم.

والعقد هو أفضل وسيلة لتحقيق العدالة حسب قول الفقيه فوبيه وهو مؤيد المذهب الحر 'فمن قال عقدا فقد قال عدلا.'

وقد سارت هذه الأفكار في ظل المذهب الحر ومبدأ سلطان الإرادة روحا من الزمن فكان العقد هو المصدر الأوحد الالتزامات فهو أساس الصحة والمشروعية وهو القانون الحقيقي الذي لا يعلوه أي قانون حسب الفقيه كانت.

وأن الدولة – على حسب هذا المذهب – لا تتدخل إلا من أجل ضمان هذه الحرية وحمايتها (الدولة الحارسة أو الحامية).

وإن مبدأ سلطان الإرادة كمفهوم قانوني صيغت أحكامه على امتداد القوانين الثامن والتاسع عشر للميلاد، وتعتبر هذه الفترة هامة بحجم التغيرات التي شهدتها المرحلة وهي فترة سقوط الاقطاعية وميلاد النظام الرأسمالية المشبع باتجاهات فلسفية كان لها كثير الأثر على القانون المدني عامة والالتزامات خاصة. لكن هذا المذهب سلطان الإرادة بفلسفة المقدسة للفرد على حساب الجماعة لم يصمد طويلا ولم يعد ملهما لكثير من الفقهاء القانون وظهرت جليا مساوئه الكثيرة اقتصاديا واجتماعيا وأخلاقيا.

ومن بين مساوئه عدم المساواة والاكراه الاقتصادي وتسلط الفرد وعدم التوازن العقدي مما أدى إلى عد الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي.

ولم يصمد مبدأ سلطان الإرادة طويلا مع الحوادث والاحداث[1] التي شهدها منتصف القرن التاسع عشر والقرن العشرين جعلت من التشريعات تعيد النظر في مبدأ سلطان الإرادة والمذهب الفردي وهذا بسبب ما لحق للعمال من أضرار تمثلت في تسلط أرباب العمل والزيادة المفرطة في ساعات العمل وعدم إمتلاك وسائل الإنتاج التي تم احتكارها من طرف أرباب العمل بالإضافة إلى الأجور الزهيدة وعدم وجود التأمين الاجتماعي....

كل هذه التراكمات والضغوطات أدت إلى انتفاضة العمال بإضرابات شلت الحياة الاقتصادية مما استدعى تدخل الدولة بقوانين وتشريعات لإصلاح الوضع الكارثي الذي تدخل الدولة كان مباشرا وصريحا خصوصا في عقد العمل الذي صار موجها توجيها كاملا.

ففي فرنسا صدر قانون سنة 1884م ليعترف للعمال بحق التنظيم وجاء قانون 1841م الذي يحرم تشغيل الأطفال.

وفي ألمانيا صدر قانون التأمين الاجتماعي للعمل سنة 1890 كما أن نجاح المنظمات النقابية العمالية وزيادة قوتها له الأثر الكبير في حمل الدولة على التدخل لتنظيم علاقة العمل عن طريق سن تشريعات تضمن للعامل شروطا ملائمة للعمل.

بالإضافة إلى عقد العمل ظهرت عقود كانت وليدة التطور الاجتماعي والاقتصادي وكانت فيها صفات المتعاقدين ومراكزهم مختلفة فتوقع المشرع فيها اختلالا في البنود التعاقدية وعدم التكافؤ التقني والقانوني والاقتصادي فتدخل ليعدل في مضمونها عند مرحلة إنشاء وتكوين العقد بالرغم أن اختلال التوازن العقدي فيها لا تظهر إلا في مرحلة سريان العقد و تنفيذه فكان دور المشرع وقائي وحمائي وهو أسلوب الأنجع من إيجاد الحلول لاختلال التوازن في سريان العقد وتنفيذه.

ولأن هذا التطور الاقتصادي الكبير أثر على العلاقة العقدية وجعل المراكز غير متساوية ومع هذا الوضع الجديد تحتم على المشرع أن يتدخل بطريقة مباشرة (عن طريق التشريع) أو بطريق غير مباشر (عن طريق القضاء) لإيجاد الحلول متخذا صفة المتعاقد في اعتبار كطرف ضعيف فنظم العلاقة العقدية ببنود خاصة جاعلا المصلحة العامة والعدالة الاجتماعية فوق كل اعتبار.



Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

وكما تدخل المشرع عند إنشاء العقد تدخل أيضا عند تنفيذه وسريانه وذلك بالترخيص للقاضي في تعديل الشروط التعسفية والشرط الجزائي بالإضافة الى الترخيص بتعديل البنود التعاقدية في الحالة الطارئة وفي الغبن الاستغلالي ناهيك عن تفسيره عقد وتكييفه ان الأصل أن للمتعاقدين كامل الحرية في مناقشة شروط العقد وتحديد مضمونه غير أنه ظهرت عقود لا تخضع لهذه القواعد فينفرد أحد المتعاقدين بوضع الشروط مسبقا كما هوا الحال فى عقود الإذعان وعقد الاستهلاك اذ أن القبول فيهما هو مجرد التسليم بالشروط الموضوعية مسبقا دون مناقشة , فمنح المشروع في هاذا النوع من العقود للمذعن حق اللجوء للقضاء لتعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها حسب تقدير القاضي لها .

كما أن المشروع في بعض العقود تدخل تدخلا كاملا خارجا ,بذلك عن مبدأ الحرية التعاقدية كما هو الحال في عقد العمل .

وفي هذا البحث سنتناول العقود التي يتدخل المشروع في مضمونها بطريقة مباشرة او غير مباشر .

وهذا ضمن الإجابة عن الإشكالات التالية :

ما نطاق تدخل المشروع فى مضمون العقد ؟ وما مدى فعالية هذا التدخل ؟ وما الأليات المكرسة في إنشاء أو تعديل مضمون العقد؟

وسنعالج الموضوع في محورين رئيسين :

المحور الأول : التدخل المباشر للمشرع في مضمون العقد (التدخل أثناء تكوين العقد)

- عقد العمل
- عقد الاستهلاك
- العقود المنظمة

المحور الثاني : التدخل غير المباشر للمشرع في تعديل مضمون العقد ( التدخل أثناء سريان العقد )

- التدخل التعديل في الظروف الطارئة
- التدخل في تعديل الشرط الجزائي
- التدخل في الغبن الاستغلالي
- تدخل القاضي في منح الآجال

مستعملين المنهج الوصفي و التحليلي أحيانا في عرضنا للمواد و القوانين .

قبل الخوض في مجال تدخل المشرع في مضمون العقد علينا أن نعرف ماهوا مضمون العقد؟

تعتبر فكرة مضمون العقد واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016 [2] اذ نظم المشرع الفرنسي أحكام مضمون العقد في المواد 1162 الى 1171

ومضمون العقد حسب ما جاء في التعديل الفرنسي الجديد[3] هوا البنود التعاقدية التي إتفق عليها أطراف العقد , و تتمثل هذه البنود في الشروط و الضمانات و اتفاقيات الإعفاء و تحديد المسؤولية وبنود تسوية المنازعات [4] أما مضمون العقد في القانون المدني الجزائري فهوا كل المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق وواجبات وحتي تلك التي لم ترد فيه غير أنها من مستلزماته[5]

## 1. التدخل المباشر للمشرع في مضمون العقد (التدخل أثناء تكوين العقد)

ان مبدأ المساواة بين المتعاقدين في العقود ما هو الا فرضية فلسفية أثبت الواقع عدم صحتها الأمر الذي استدعي تدخل المشرع بوضع قواعد تفرض التزامات جديدة لم يتم الاتفاق عليها بين أطراف العقد كما هوا الشأن في عقد العمل وعقد الاستهلاك وعقد الايجار فحلت ارادة المشرع محل ارادة الأطراف تكريسا للعدالة العقدية ولا يعتبر هذا التدخل مساسا بالحرية التعاقدية لأنه بهدف الى حماية الطرف الضعيف من الطرف القوي باسم النظام العام الحمائي[6].

### 1.2 عقد العمل:

عقد العمل من العقود التي تدخل في مضمونها المشرع بصفة كلية اذا لم نقل مطلقة للأسباب التي ذكرناها سابقا – فنظم المشرع البنود التعاقدية فيه على الوجه الذي تتحقق فيه حماية


Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

العمال وهي البنود التي تمس المسائل الجوهرية في عقد العمل كالأجر و تحديد ساعات العمل و شروط السلامة و الصحة و العطل و الإجازات و الضمان الاجتماعي بل ان هذا العقد (عقد العمل ) صار مجرد قرار للنصوص القانونية و الاتفاقيات الجماعية[7]

إن عقد العمل في القانون الجزائري هو" عقد يتم حسب الأشكال التي يتفق عليها الأطراف المتعاقدة " حسب المادة [9] من القانون 11/90 [8] ومن خلال تحديد المادة هذه نخلص الى أن المشرع اعتبر عقد العمل مجرد اداة لإبرام علاقة عمل تخضع لإرادة الطرفين ثم للقوانين و بالرغم ان عقد العمل كغيره من العقود الا انه يتميز بخصوصية ينفرد بها عن غيره من العقود منها التبعية (تبعية العامل لرب العمل ) فيتحمل هذا الأخير مسؤولية الأضرار التي يلحقها العامل بالغير[9] بالإضافة الى الأجر الذي يتلقاه مقابل تنفيذ العمل المكلف به.

ويعتبر حق العمل من الحقوق المكفولة دستوريا وجاءت القوانين العادية لتجسدها تنظيما و حماية فحدد الحد الأدنى للأجور و ساعات العمل وشروط الصحة و العطل و الإجازات و الضمان الاجتماعي.

ودفاعا عن حقوق العمال رصدت لهم اليات حمائية كالمفتشية العامة للعمال والنقابات العمالية والمشرع الجزائري أبرز دوره المتدخل في مضمون عقد العمل من خلال تنظيم هذا المضمون وتحديد بنوده تحديدا دقيقا من خلال قانون العمل 11/90 المعدل والمتمم للقانون 29/73.

كما يظهر هذا التدخل في كثير من الاحكام القانونية لا سيما نص المادة 53 [10] من قانون 14/90 المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي.

### 2.2 عقد الاستهلاك

تسببت لتطورات الحديث التي فرضها واقع المعاملات التجارية و لاسيما في المجال العلمي والصناعي و التكنولوجي الى ظهور أنماط و قيم إستهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة مما ادى الى زيادة الحاجيات الى الاستهلاك. فما كان في السابق من الكماليات اصبح اليوم من الضروريات التي يستحيل الاستغناء عنها كالهاتف و الأنترنيت و ...

واصبحت هذه العقود تحمل شروطا محررة مسبقا مما يجعل المستهلك يذعن لها بالقبول نظرا لحاجته الماسة اليها وهذا ما يؤدى الى اختلال التوازن في البنود التعاقدية باعتبار الشروط غير متوازنة توفر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك او غير المهني[11]

وعلى الرغم من الضمانات التي حددتها القواعد العامة في العقد (عيوب الرضاء، ضمان المبيع من العيوب الخفية، العلم الكافي ...)

الا أنها لم تعد كافية لحماية المتعاقد و المستهلك خصوصا ولاسيما في الاثبات الذي يقع على عاتقه الشخص المدعي الامر الذي دفع بالمشرع الى تدخل بفرض ضمانات جديدة وإضافية على عاتق المتدخل منها الالتزام بالأعلام الذي هو وسيلة لإحاطة المستهلك بالمعلومات اللازمة و الكافية حول السلعة او الخدمة أو المنتوج [12]. ويظهر التعسف في هذا النوع من العقود منذ نشأته أي في مرحلة تكوين العقد وتنكشف البنود التعسفية في ألفاظ العقد أو في روح النص ومثال على ذلك البند الذي يضعه المؤمن عل المؤمن لديه في تحديد الأجل وسقوط حق في المطالبة بالتعويض بمرور ذلك الأجل وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 البنود التعسفية التي تحظر على العون الاقتصادي و هي على سبيل المثال لا الحصر :

- الاحتفاظ بحق التعديل أو الفسخ بصفة منفردة
- تقليص العناصر الاساسية للعقد المذكورة في المادة 2-3 من المرسوم المذكور أعلاه(306/06)
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد أو التعويض
- التخلي عن المسؤولية بصفة منفردة
- فرض بنود لم تكن في علم المستهلك

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اتخذ جل التدبير الحمائية و الوقائية سواء كانت هذه التدابير تشريعية أو تنظيمية.



Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

كل ذلك لتنظيم العقود المبرمة بين الاعوان الاقتصادين والمستهلكين بغرض تحقيق التوازن العقدي بين طرفي العقد و المرسوم التنفيذي رقم 06/ 306 الذي يحدد العناصر الاساسي للعقود من المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين المستهلكين[13] بالإضافة الى ذلك استحدث المشرع اساليب اخرى في مواجهه المنتج والموزع لخلق التوازن .ومن هذه الاساليب:

1- الاشتراط شكليات معينة مثل اشتراط بيانات محدد للسلعة و اوصافها وثمنها وكيفيه الوفاء بها مثلما نصت عليه المادة رقم 18 من قانون 1403/09 و المتعلق بحمايه المستهلك وقمع الغش.

2- تقرير الالتزام بالإعلام ويكون هذا الالتزام في مرحله ما قبل التعاقد (المرحلة التفاوضية) وهذا حسب المادة68 الفقرة 2المادة352 من القانون المدني الجزائري 15كما اوجبت المادة رقم 4 من القانون 02/04 على البائع ان يعلم ان زبائنه بالأسعار و تعريف السلع والخدمات، وبشروط البيع

### 3.2 العقد المنظم

العقود المنظمة هي عقود يفرضها النظام الاقتصادي والتوجيهي اذ يكون مضمونها منظما من قبل مشرع تنظيما مسبقا ولا يجوز للأطراف الخروج عنها يكون هذا التنظيم شاملا للمسائل الجوهرية في العقد كعنصر الثمن الذي يكون محددا من قبل الدولة ومثال ذلك ما جاء به المرسوم.

التنفيذي16108/11 والمحدد للسعر للأقصى عند الاستهلاك لمادتي الزيت الغذائي والسكر الابيض وكذلك بعض العقود المتعلقة بالتصدير والاستيراد والمنظمة من قبل الدولة طبقا للامر1704/03 و كل هذه العقود مفرغة من محتواها الإرادي فلا نجد للحرية التعاقدية ولا الإراد أي اثر و لا مكان اذا ان المشرع يتدخل في مضمونها وذلك تحقيقا لغايات اقتصادية و اجتماعية.[18]

وبهذا نكون قد إحتوينا بجل العقود التي نظمها المشرع في مرحله التكوين بصفه مباشره وسنتطرق في المحور الثاني إلى تدخل المشرع الغير المباشر في العقود اثناء سيرانها او تنفيذها.

## 3. التدخل غير المباشر للمشرع في تعديل مضمون العقد ( التدخل أثناء سريان العقد )

ان العدالة التعاقدية تقتضي ان العقد ينفذ في نفس الظروف التي انعقد فيها لأنه قد تطرا ظروف او مستجدات تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا او مستحيلا مما يستدعي تكيف بنود العقد مع الظروف الراهنة و المستجدات وهذا ما يسمى في الفقه والقضاء والتشريع بنظرية الظروف الطارئة التي يتدخل فيها القاضي بتعديل بنود العقد او إلغائها او يوقف تنفيذ العقد ريثما تنتهي هذه الظروف على حسب تقدير القاضي.

يعتبر تدخل القاضي في تعديل العقد خروجا عن مبدا القوة الملزمة للعقد والحرية التعاقدية الا انه تدخل يعيد التوازن العقدي ويحقق العدالة التعاقدية التي هي الغاية من ابرام العقود ولقد رخص المشرع للقاضي في حالات عديدة التدخل بتعديل مضمون العقد كتدخله في حالة الظروف الطارئة و تدخله في تعديل الشرط الجزائي (تعويض الاتفاقي) الماده184[19]/183من القانون المدني الجزائري[20] كما يتدخل في الغبن الاستغلالي في عقود الإذعان اذ ورد فيها شروط تعسفية بالإضافة الى تدخله بانقاص العقد المادة 104 من قانون المدني الجزائري اذ إحتوى العقد على شق باطل او قابل للأبطال غير ان تدخله هذا يكون في مرحلة تكوين العقد لا في سريانه اضافة الى ذلك رخص المشرع للقاضي تفسير مضمون العقد وتكييفه في حالات معينة ضمن شروط وكيفيات معينة تحت رقابة قضائية( الرقابة المحكمة العليا).

### 1.3 تدخل القاضي في تعديل العقد في ظروف طارئة:

رخص للمشرع للقاضي تعديل العقد متى وجدت حالة من حالات اختلال توازن العقد بسبب ظرف طارئ عام لم يكن في الوسع توقعه او دفعه مما يتسبب للمدين بخسارة فادحة إذا ما


Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

نفذ العقد وفق الشروط المتفق عليها لأن حالة المدين لا تسمح له بالوفاء في تلك الفترة التي حل فيها اجل الوفاء[21] هذه الحالة تستدعي تدخل القاضي لدفع الضرر عن المتعاقد المضرور لان العقد المولد للإلتزام ليس هو نفسه الذي يتم فيه التنفيذ اذ لم يعد موجود التناسب بين مصالح المتعاقدين لذا كان واجبا على المشرع التدخل بطريقة غير مباشره لتنظيم احكامه التعاقدية واذا كان القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية التي قد تصنف وقد تضيق أو تتسع على حسب ظروف المستجدات الواردة على العقد فإنه يرعى في تقديره ارادة المتعاقدين المشتركة و مقاصدهما ودرجة الارهاق عند تنفيذ العقد.

ان تدخل القاضي له اساس تشريعي من نص المادة 107 الفقرة 2 من قانون المدني الجزائري.[22] وقبلها .المادة 106 التي تنص ان العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز للقاضي نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين او بمقتضى القانون وعليه يفهم أن في مقتضى القانون إما يكون بنص تشريعي او بترخيص من المشرع كما هو حالة القاضي مع تعديل العقد واذا كان القانون قد اعطى للقاضي سلطة تعديل العقد لكن لم يعطه سلطة فسخه. ويكون التعديل اما بإنقاص الالتزام المرهق او زيادة في الالتزام المقابل[23].

فالقاضي يحمل المدين الخسارة المألوفة التي كان من الممكن توقعها أثناء إبرام العقد ويقسم ما زاد على ذلك من الخسارة غير المألوفة على المتعاقدين مراعاة للموازنة بين مصلحه كل منهما لان عدالة العقد تقتضي التناسب بين أداءات الطرفين. كما قد يرى القاضي أن يوقف تنفيذ العقد ريثما تزول الظروف الطارئة و هو الحل الانسب للطرفين غير أنه قد يرفض استعمال القاضي لوسيلة الزيادة في الالتزامات التعاقدية لعدم ورودها في النص[24].

### 2.3 تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي نظام قديم عرفه الرومان قديما وضبط أحكامه الفقه الإسلامي وقد انتشر استعماله في العصر الحالي في عقود كثيرة مثل عقد المقاولة والعمل وعقود الغرر والايجار وكافة العقود الائتمانية[25].

والشرط الجزائي بند عقدي يدرجه المتعاقدان في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق من أجل احترام العقد وضمان تنفيذه بالطرق المتفق عليها في العقد وهو في الأصل تقدير مسبق عن التعويض عن الأضرار التي تنتج عن عدم تنفيذ العقد أو تأخيره .

والأصل أن تقدير التعويض من اختصاص القاضي لانه يمثل ضمانا لحماية حقوق الأفراد بما يملكه من آليات وامتيازات تجعله الأقدر على تحديد تعويض عادل للضرر غير أن مبدأ الحرية التعاقدية يعطي للمتعاقدين الحق في تقدير التعويض قبل وقوع الضرر وهذا ما يعرف بالتعويض الاتفاقي الذي شاع بالشرط الجزائي [26].

ومن خلال المواد 183-184-185-186-187[27] من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري عالج الشرط الجزائي وبين أحكامه دون التطرق الى تعريفه وترك التعريف للفقه والقضاء غير انه اكتفى بالتأكيد على مشروعيته وتنظيم أحكامه فهو التزام تبعي لالتزام أصلي وهو تقدير اتفاقي والتزام احتياطي.

تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليس من النظام العام على اساس انه لا يملك سلطة المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه .

وحماية للعدالة والإنصاف كانت الرقابة القضائية على التعويض الاتفاقي وسلطتها في تعديله من أهم الضمانات القانونية[28] وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشرط الجزائي في ثلاث صور وهي التخفيض أو الزيادة او الاستبعاد.

إذا اثبت للقاضي أن التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) مبالغ فيه الى درجه كبيره وعمد الى تخفيضه وجب عليه ان يحدد المبلغ النهائي الذي يدفعه المدين لأنه هو من تسبب بالضرر سواء بعدم القيام بالالتزام أو بتاخيره وهذا بالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري[29].

والقاضي بهذا التخفيض استند الى المعيار الموضوعي والى التنفيذ الجزئي للالتزام من قبل المدين لأنه في هذه الحاله يكون قد



Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

احترم إرادة المتعاقدين بتخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه[30].

تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا أثبت ان المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما وعليه يفهم من نص المادة المذكورة بأنه لا يجوز الزيادة في الشرط الجزائي" كمبدأ عام الا في حالة واحدة وهي حالة الغش او الخطأ الجسيم الصادرين من المدين كاستثناء من مبدأ عدم الزيادة في الشرط الجزائي .

### 3.3 سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في حالات الغبن وتصحيح العقد وانقاصه و منح الآجال:

1) التعديل في حالة الغبن: الغبن هو المظهر المادي للاستغلال الذي هو عدم التعادل بين الاداءات وبمعنى اصح خسارة تلحق أحد المتعاقدين والغبن لا يمكن تصوره الا في عقود المفاوضة وبذلك تخرج عقود التبرع والعقود الاحتمالية من صفة الغبن.

و الغبن يقوم عند تكوين العقد وانشائه وليس عند تنفيذه فيقوم العقد معيبا لانه يبنى على عيب من عيوب الرضا وهو الاستغلال بمظهريه المادي والمعنوي ( الطيش البين أو الهوى الجامع) وتشترط المادة 90 من القانون المدني الجزائري[31] لوجود العبن ان يستغل المتعاقد ضعف المتعاقد الآخر مما يدفعه الى ابرام العقد بسبب ذلك الضعف ( الطيش البين او الهوى الجامع) .

والقاضي لا يعتد الا بالغبن الفاحش وقد منح المشرع للمتعاقدين المعنيون الحق في رفع دعوى تكملة الثمن وفي حالة عدم الوفاء يمكنه رفع دعوى الفسخ بشرط ان لا يكون البيع قد تم عن طريق المزاد العلني[32].

وقد عالج المشرع الجزائري العبن في بيع العقار في نص المادة 358 من القانون المدني الجزائري ( 05/10) " إذا بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس فالبائع له الحق في طلب تكملة الثمن أربعة أخماس...." وتنص المادة 360 من نفس القانون" لا يجوز الطعن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون" او كذلك نص المادة 385 " لا ضمان للبيع في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية اذا كانت بالمزاد ".

و كل هذه الاجراءات الصارمة لضمان بيع العقار بثمن معقول وتجنب بيعه بثمن زهيد كما حرص المشرع على التصريح بالثمن الحقيقي للعقار لمحاربة ظاهرة التهرب الضريبي والاضرار بمداخيل الدولة في عمليات بيع العقار .

ان القاضي وهو يعدل العقد بسبب الغبن استغلالي يرد الالتزامات الى الحد المعقول ولا يجوز له الزيادة من التزامات الطرف المغبون[33] لان الانقاص هو الطريقة المثلى لدى القاضي ولدى المتعاقد المغبون إذا كانت مصلحته تقتضي الابقاء على العقد وهذا تفاديا لفسخ العقد.

2. اخذ المشرع الجزائري بفكرة إنقاص العقد فسمح للقاضي - ابقاءا للعقد- بانقاصه وقد صاغ ذلك في نص صريح وهو نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري[34]" فحين يعتري البطلان شقا من العقد وليس كله اقتضى قصر البطلان على ذلك الشق الباطل فقط دون المساس بالشق الاخر ما لم يثبت بان العقد ما كان ليقوم الا بذلك الشق الباطل منه فيبطل العقد كله" .

وتعتبر فكره انقاص العقد انقاذ للعقد وابقاءا له اذا انصرفت إرادة المتعاقدين الى الابقاء تفعيلا لمبدأ سلطان الارادة فيما بقي صحيحا منه واستنادا لقاعدة "ما لم يدرك كله لا يترك كله"[35]

للقاضي أيضا سلطة منح اجالا قانونية للمدين المعسر (نظرة الميسرة ) ويعتبر هذا تعديلا في مضمون العقد الذي تتحدد فيه اجال يتفق عليها المتعاقدان في العقد وقد نظم المشرع الجزائري أحكام نظرة الميسرة في المادة 281[36] من القانون المدني الجزائري الفقرة 2 وكذلك في المادة 210[37] من نفس القانون وقد منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في منح نظرة الميسرة في تحديد المدة على شرط ان تكون معقولة ولا تتجاوزوا سنة حسب المادة 281 ق م ج وتعتبر هذه المهلة قضائية اذ تختلف عن الأجل القانوني والاجل الاتفاقي واذ تعد نظرة الميسرة


Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

(الاجل القضائي) خروجا عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و القوة الالزامية للعقد غير انها تلطيف من حدة هاتين القاعدتين لانها تفعل مبدأ التعاون التعاقدي مبدأ الرحمة فوق العدل كما ان الشريعة الاسلامية تناولتها ودعت اليها في قوله تعالى " من كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون "[38] ولم تربطها الشريعة الإسلامية بضابط الوفاء بالعهود .

غير ان المشرع ضبطها بأحكام وشروط لابد من توفرها حتى يمكن للقاضي تفعيلها ولا يلجأ إليها القاضي في كل الحالات.

ونظرة المسير تمنح للمدين سواء كانت الالتزامات إرادية او غير إرادية غير انها تظهر بشكل كبير في العقد وتعد من اوجه تعديله من قبل القاضي الى اجل لاحق تفاديا لفسخه وإنهائه[39] .

## 4. خاتمة:

تدخل المشرع في مضمون العقد جاء كنتيجة حتمية فرضتها التطورات الاجتماعية والاقتصادية على الصعيد المحلي والعالمي وليس خرقا لمبدأ الحرية التعاقدية ولا قيدا على الإرادة الحرة التي هي الأساس في العقد في مختلف مراحله (التفاوض والتكوين والسريان) ولا تعتبر تلك الاليات التي استخدمتها المشرع لتوجيه وضبط البنود التعاقدية حدا لدور الإرادة ولا لتضخيمها للعقد بفرض واجبات عقدية غير متفق عليها سابقا لأن الغرض من العقد هو تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد المتضاربة ولأن المساواة والحرية التعاقدية لم تعد قادرة على تحقيق التوازن العقدي بل صارتا هما سببا في عدم التكافؤ العقدي وسببا في تسلط الطرف القوي في العقد.

إنما تقدم لا يعني انتكاسة أو تدهور للإرادة التعاقدية أو دخول العقد في أزمة كما ادعى البعض بل على العكس فالإرادة موجودة لكنها موجهة لتحقيق التوازن العقدي الذي هو الغاية من العقد كذلك لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية لأن الإرادة هي الأساس الذي تقوم عليه الرابطة التعاقدية لكن القانون يوجهها ويحددها ويحميها القاضي ويفسرها ويكيفها ويعيد تنظيمها إذا اختل التوازن التعاقدي ولم يعد مبدأ سلطان الإرادة وحده من يحتكم إليه العقد حيث وجد إلى جانبه مبدأ سلطان القانون.

## 5. قائمة المراجع: طريقة (APA)


- **المؤلفات:**

علي فيلالي , الالتزمات النظرية العامة للعقد , طبعة الثالثة 2013 , موفم للنشر الجزائر 2013ص 387.

خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، الجزء الاول ،طبعة 2 ، د.ج.م، الجزائر، 2005.

عبد الرزاق السهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، اثار الالتزام ، الطبعة 3 ، منشورات حلبي الحقوقية ،لبنان ، صفحة 878–879 .

- **الأطروحات:**

سلم بن سعيد ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلم الجنائية ، كليه الحقوق ، جامعة الحاج الأخضر، باتنة الجزائر، 2014/2013 ،ص01.

عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص المعمق، كليه حقوق وعلوم سياسية، جامعه تلمسان، الجزائر، صفحة 6.

فارس ابو بكر ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري ،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجيستير تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر ، 2014/2013 ، صفحة 6.

طبيب فائزة ، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم 2019/2018 صفحة 201.

بوشعرة مونيا ، انقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر2013 – 2014 ، صفحة 12.




Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

- **المقالات:**

حسين عبد الله عبد الرضا العلابي , مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي و القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10شباط 2016 المحلية الأكاديمية للبحث القانوني , المجلد 17, العدد 01, 2018 ص 666.

حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر العدد 14،كلية الحقوق جامعة الجزائر ، سنة 2015.ص 163.

بركات كريمة ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية. كلية الحقوق والعلوم السياسية . الحقوق والعلوم السياسية .جامعه بومرداس .ص 302.

بوعزيزة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال ،العدد الخامس، 2018 الجزائر، صفحه 57 -58

فرقاني قويدر نور الاسلام ،استحقاق الشرط الجزائي و حدود سلطة القاضي ،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ،الجزائر ،الجزء 7 ،العدد 2،ص1655 .

العالية قرناش ، أثر العبن في البيع بين الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري لدراسة مقارنة ، محلية الحكمة للدراسات الاسلامية ، العدد 5 ، رقم 2 ، بدون تاريخ ، صفحة 171 – 190.

طرطاق نورية ، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى ، تمنراست ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 14، العدد 5 ، جانفي 2014 ، صفحة 15.


**قائمة الهوامش**

[1] الحوادث هي ظهور الآلات وما نجم عنها من أضرار فأصبح الفعل الضار مصدر من مصادر الالتزام بعدما كان العقد هو المصدر الوحيد الالتزام اما الاحداث فهي تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى تدخل الدولة عن طريق التشريع والقضاء في توجيه التصرفات القانونية لاسيما العقود.

[2] حسين عبد الله عبد الرضا العلابي , مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي و القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10شباط 2016 المحلية الأكاديمية للبحث القانوني , المجلد 17, العدد 01, 2018 ص 666

[3] التعديل التشريعي الفرنسي رقم 131-2016 الصادر في 10شباط 2016 و نافذ في 2016/10/1 الخاص بتعديل القانون المدني و تحديدا فيما يتعلق بمصادر الالتزام

[4] حسين عبد الله عبد الرضا الكيلاني , المصدر , ص 675

[5] علي فيلالي , الالتزمات النظرية العامة للعقد , طبعة الثالثة 2013 , موفم للنشر الجزائر 2013ص 387

[6] يعتبر النظام الحمائي تطورا جديدا للنظام العام و هدفه حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطراف الاقوى لتحقيق توازن أفضل في العلاقة التعاقدية من خلال تدخل المشرع لتعديل مضمون العقد بخلاف التصور التقليدي للنظام العام

[7] حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد،بحوث جامعة الجزائر العدد 14،كلية الحقوق جامعة الجزائر ، سنة 2015.ص 163

[8] القانون رقم 90 /11 المؤرخ في 21 افريل سنة 1990 ،يتعلق بعلاقات العمل ، ج ر ج ج عدد 17،صادرة في 25 أفريل سنة 1990

[9] مسؤولية التابع عن المنبوع المنصوص بنص المادة 137 قانون المدني الجزائري

[10] - المادة 53 من القانون 14/90 المؤرخ في 02/06/1990 المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي " لا يجوز للمستخدم أن يسلط على أي مندب نقابي بسبب نشاطاته النقابية عقوبة العزل او التحويل و أي عقوبة تأديبه كيفما كان نوعها "

[11] -سلم بن سعيد ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلم الجنائية ، كليه الحقوق ، جامعة الحاج الأخضر، باتنة الجزائر، 2014/2013 ،ص01

[12] - حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد ، المصدر السابق ، ص 164

[13] -بركات كريمة ، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية .بدون عدد .كلية الحقوق والعلوم السياسية .الحقوق والعلوم السياسية .جامعه بومرداس .ص 302

[14] - قانون 03/09 ،المؤرخ في29صفر عام1430 موافق ل25 فبراير2009، يتعلق بحمايه المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد158مارس 2009.

[15] -قانون 10/05 ،المؤرخ في 13 جمادة الاولى عام 1426هـ الموافق ل 20 يوليو 2005، جريدة الرسمية ،العدد 44، لسنة 2005 .

[16] - المرسوم التنفيذي رقم 108/11، المؤرخ في 6 مارس 2011، يحدد سعر الاقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الانتاج والاستيراد وعند توزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي السكر الأبيض،ج.ر رقم 13 المؤارخ في 2 مارس 2016.

[17] - الامر 04/03 ،المؤرخ في 19 يونيو سنه 2003،متعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع والتصديرها، الجريدة الرسمية العدد 43 المؤرخة في 20 يونيو 2003، صفحه33



Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

[18]- ط بوعزيزة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال ،العدد الخامس، 2018 الجزائر، صفحه 57- 58

[19]-تنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري. الفقراء"2" "يجوز للقاضي ان يخفض مبلغ تعويض اذا اثبت المدين التقدير كان مفرط او ان الالتزام الاصلي قد نفذ جزء منه"

[20]- قانون المدني الجزائري10/05 ، صفحة 06.

[21]- عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص المعمق، كليه حقوق وعلوم سياسية، جامعه تلمسان، الجزائر،صفحة 6.

[22] -المادة 107 من قانون المدني الجزائري، الفقرة2 علي" غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان الالتزام التعاقدي الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة اجاز القاضي تبعا للظروف وبعد مراعات المصلحة للطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[23]- عبيد نجاه السلطة القاضي في تعديل العقد المصدر نفسه. صفحه 109

[24] خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، الجزء الاول ،طبعة 2 ، د.ج.م، الجزائر، 2005

[25] فرقاني قويدر نور الاسلام ،استحقاق الشرط الجزائي و حدود سلطة القاضي ،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ،الجزائر ،الجزء 7 ،العدد 2،ص1655 .

[26]فارس ابو بكر ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري ،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجيستير تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر ، 2014/2013 ، صفحة 6

[27]المواد 183 ، 184 ، 185 ، 186 ، 187 من القانون المدني 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الاولى عام 1426هـ الموافق ل 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية ، العدد 411 ، سنة 2005 .

[28]فارس ابو بكر ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري ،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجيستير تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باشة ، الجزائر ، 2014/2013 ، صفحة 12

[29]تنص المادة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري 10/05 على " يجوز للقاضي ان يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه " .

[30]عبد الرزاق السهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، اثار الالتزام ، الطبعة 3 ، منشورات حلبي الحقوقية ،لبنان ، صفحة 878–879

[31]تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري 05/10 على " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا بالنسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو من التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد

[32]العالية قرناش ، أثر العبن في البيع بين الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري لدراسة مقارنة ، مجلية الحكمة للدراسات الاسلامية ، العدد 5 ، رقم 2 ، بدون تاريخ ، صفحة 171 – 190

[33]طبيب فائزة ،لطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم 2019/2018 صفحة 201

[34]تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على " اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله "

[35]بوشعرة مونيا ، انقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر2013 – 2014 ، صفحة 12

[36]تنص المادة 281 من القانون المدني الجزائري ، الفترة 2 " غير انه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة حالته الاقتصادية ان يمنحوا اجالا ملائمة للظروف دون ان تتجاوز هذه الاجال مدة سنة و ان يوقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الامور على حالها "

[37]نص المادة 210 من القانون المدني الجزائري على " اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة ، عين القاضي معادا مناسبا لحلول الاجل ، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه

[38]الاية280 ، سورة البقرة

[39]طرطاق نورية ، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى ، تمنراست ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 14، العدد 5 ،جانفي 2014 ، صفحة 15



AFAK for Sciences Journal مجلة آفاق للعلوم EISSN: 2602-5345 ISSN: 2507-7228

Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)