جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

أثر العقد من حيث الموضوع

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص : عقود و مسؤولية

إعداد الطالبة
فرجالي أسماء

تحت إشراف الأستاذ
شيهاني سمير

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور : قاسي سي يوسف ، أستاذ محاضر (أ) بجامعة البويرة.....رئيسا

الأستاذ : سمير شيهاني ، أستاذ مساعد (أ) بجامعة البويرة.....*.....مشرفا و مقررا

الأستاذ : صابر راشدي ، أستاذ مساعد (أ) بجامعة البويرة..... عضوا

تاريخ المناقشة

2013 / 07/ 03

كلمة شكر

إلى أستاذي المشرف

الأستاذ سمير شيهاني

أتقدم بجزيل الشكر، وخالص الامتنان ما تفضل به من إشراف على هذا العمل،

وتعهده بتوجيهاته القيمة وتصويباته السديدة

فجزاه الله عني كل خير

إلى أساتذتي الكرام

أهدي لهم هذا العمل المتواضع

أسماء

الإهــداء

إلى كل من نطق بكلمة التوحيد لسانه وصدقها قلبه، إلى كل من صلى على خير البرية محمد عليه الصلاة والسلام

إلى من أرضعتني لبن الحنان، وسقتني ماء الحياة، إلى من تطيب أيامي بقربها، ويسعد قلبي بهنائها، إلى أغلى كائن في الوجود...أمي.

إلى أبي الفاضل الشامخ المكارم والراسخ الفاضل، الحريص علي، رؤوف بي رحيم، سندي المتين وأنيسي المعين.

إلى دفئ البيت وسعادته أخواي: محمد يحيى وأمينة حفظهما الله

إلى كل الأهل والأقارب من قريب وبعيد، وأخص بالذكر الأخ الفاضل رابح

إلى رفقاء الدرب الذين كانوا بمثابة إخوة، زملائي و صديقاتي العزيزات

إلى زميلاتي في العمل.و كل من ساعدني على انجاز هذا العمل و أخص بالذكر السيد محمد بركات

إلى كل هؤلاء وبأسمى معاني الحب والوفاء أهدي هذا العمل.

مقدمة

إذا نشأ العقد صحيحا التزم الطرفان بما يترتب عليه من آثار، ولا يستطيع أي منهما التحلل من تلك الآثار بإرادته المنفردة، إذ العقد شريعة المتعاقدين، ولهذا يتعين أن نعرض أولا لالتزام الطرفين بالعقد أو لمبدأ القوة الملزمة للعقد في العلاقة بين أطرافه.

إلا انه كي يلتزم المتعاقدين ينبغي أن نبين الحدود التي يلتزمان فيها، ذلك أن العقد يلزم طرفيه ليس فحسب في حدود ما تم الاتفاق عليه بينهما، بل انه يكون ملزما لهما بكل ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام، أي تحديد النطاق الذي يلزم فيه الطرفان يقتضي أن نبين هذا النطاق. وبيان هذا النطاق يستلزم أن نفسر العقد إذا كان في حاجة إلى تفسير لبيان ما انصرفت إليه نية الطرفين، والحدود التي أراد الالتزام فيها كما يستلزم كذلك معرفة طبيعته والقواعد القانونية التي تنطبق في شأنه وبالتالي الآثار التي تترتب عليه، حتى ولو لم يتفق عليها بصورة صريحة مباشرة بين الطرفين طالما أن نيتهما لم تنصرف إلى استبعادها، وهذا ما يقتضي القيام بعملية تكييف العقد، وبذلك يمكننا أن نعين النطاق الذي يلتزم فيه الطرفان.

فإذا ما تم تحديد النطاق الذي يلتزم الطرفان في حدوده، كان على كل منهما القيام بما التزم به بموجب العقد أي كان عليه تنفيذ التزامه، فإذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ ما التزم به أو قام به بطريقة مخالفة لما هو واجب عليه، تعينت مساءلته جزاء عدم القيام بتنفيذ التزاماته التي يفرضها العقد. ولن نعرض في هذا المجال إلا للقوة الملزمة للعقد ولتفسيره ثم لنطاقه.

فنجد أن المشرع الجزائري تناول هذا الموضوع ضمن أحكام القانون المدني في القسم الثالث المعنون بآثار العقد (في المواد 106-107-110-111-112من التقنين المدني الجزائري).

أسباب الاختيار:

السبب الذي أدى بي إلى اختيار هذا الموضوع هو أولا ميولي الشخصي له وثانيا أن اثر العقد من حيث الموضوع لم ينل حقه في الدراسة التفصيلية، فقد اغتنمت الفرصة لأتطرق إليه عن كثب وعلى العناصر التي يشملها هذا الموضوع .

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذا الموضوع من الناحية النظرية والعملية معا، فقد تناولت أهم مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها جميع العقود والمتمثلة في قاعدة << العقد شريعة المتعاقدين >> فالعقود لها أهمية بالغة في حياتنا ومن اجل الحفاظ على الثقة والائتمان لابد إذن من وضع ضوابط قانونية يخضع لها كل المتعاقدين، وكذلك حتى لا يسعى كل طرف إلى تحقيق مصالحه الذاتية دون مراعاة أدنى التزام .

إضافة إلى أن أهمية هذا الموضوع تكمن في التعرف على الأعمال التي يقوم بها القاضي والمتمثلة في تفسير العقود وتكييفها، والعوامل التي يستعين بها، والدور الذي يلعبه في ذلك.

أهداف الدراسة :

أتوخى من هذه الدراسة تحقيق الأهداف الآتية:

– التعرف على أهم الأسس الذي يقوم عليها مبدأ القوة الملزمة، وأن تنفيذ العقد بحسن نية يوجب احترام قانون العقد.

– التعرف على أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

– تسليط الضوء على موضوع التفسير؛ فهو يلعب دور مهم في تحديد التزامات المتعاقدين برفع الغموض واللبس عن العقد وتحديد مضمون العقد في جملته .

– التعرف على العملية التي يستعين بها القاضي بغرض التأكد من مطابقة واقعة محددة مع مفترض نص قانوني معين.

– المساهمة في إثراء المكتبة الجامعية.

ـ المنهج المتبع في الدراسة :

اقتضت طبيعة البحث أن نختار المنهج الاستقرائي ، وكذلك الاستعانة بتقنية تحليل المضمون عند مناقشة وتحليل بعض النصوص القانونية.

وعلى هذا الأساس قمت بطرح الإشكالية الآتية:

ما مدى شمولية و نطاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في التعاقد؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية اقترحت الخطة الآتية محاولة الإلمام بالموضوع من جميع جوانبه وتسليط الضوء على أهم النقاط التي تستدعي الدراسة. فقد قمت بتقسيم البحث إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول للقوة الملزمة للعقد وذلك من خلال التعرف على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (المبحث الأول)، والاستثناءات الواردة عليه (المبحث الثاني)، أما في الفصل الثاني فتطرقت إلى كيفية تحديد موضوع العقد من خلال تفسيره (المبحث الأول)، وتكييفه (المبحث الثاني)، وأخيرا إلى تحديد نطاقه (المبحث الثالث).

الفصل الأول: القوة الملزمة للعقد

إذا انعقد العقد صحيحا فانه يلزم طرفيه ،و يتعين على المتعاقدين الوفاء بالالتزامات التي يرتبها العقد، أي يلتزم كل متعاقد بتنفيذ العقد وفقا لمضمونه ،و هذا ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .و من ثم لا يجوز تعديل العقد إلا في بعض الحالات الاستثنائية ،ونعرض في هذا الصدد على التوالي إلى مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وإلى أهم الاستثناءات الواردة عليه .

المبحث الأول : مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

تقضي المادة 106 من التقنين المدني الجزائري بأن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "[1]

وهذا معناه أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين ،فيطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا ،لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات التعاقدية فيما بين المتعاقدين ،بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ،كان العقد هو القانون الذي يسري عليه [2]

المطلب الأول :مفهوم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

متى نشأ العقد صحيحا طبقا للقانون ،التزام المتعاقدين به وخضعا له كما يخضعان للقانون ،و معنى ذلك أن كلا من المتعاقدين يلتزمان بما يوجبه العقد كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي ،و لهذا يقال إن العقد شريعة المتعاقدان ،فيكون على كل واحد منهما أن ينفذ الالتزامات العقدية في حدود ما يقضي به العقد وهو يلتزم بذلك حتى ولو كان العقد يخالف

---

(1)–يقابل النص المادة 1/147مصري، والمادة 1/184ليبي، والماد1/146سوري، والمادة 1/137تجاري كويتي، والمادة 146 /1 سوداني.

(2)–عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية ، مصر،1952، صفحة 510.

نصوصا تشريعية ،طالما كانت تلك النصوص لا تتعلق بالنظام العام ولا تمس الآداب العامة.[1]

الفرع الأول : مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

شبه العقد فيما يتعلق بقوته 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 هدا القانون ويكون الأمر مماثلا بالنسبة للعقد ،فهو من وضع المتعاقدان عن طريق الاتفاق ،فلا يمكن إذن تعديله أو نقضه إلا من طرفهما معا ،و لا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله بمفرده ،و يسري هدا المنع في حق القاضي كذلك [2] فلا يجوز لهذا الأخير أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها .[3]

فهو ملزم مثل المتعاقدين باحترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق عليه ،دون إضافة أو تغيير أو تعديل ،كما تلزمه أحكام القانون تماما فلا يتم نقض العقد إراديا إلا عن طريق فسخه بالاتفاق وهذا ما يعرف بالتقايل حيث يبرم المتعاقدين عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد الأول ،ويعدل العقد كذاك بنفس الطريقة ،فإذا تم إبرام عقد بيع صحيح مثلا ثم تقرر الرجوع فيه أو تعديل بعض شروطه ،جاز دلك للبائع والمشتري طالما حصل اتفاق فيما بينهما ،ولكن إذا

---

(1)- توفيق حسين فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر ،دون ذكر سنة النشر، صفحة 185.

(2)- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1983/03/16ملف رقم 14309 الذي يلزم القضاة بتطبيق البند المدرج في عقد النقل والذي يحد من مسؤولية الناقل في حالة الضياع أو التلف طالما أن المادة 52 من القانون التجاري تجيز للناقل تحديد مسؤوليته، المجلة القضائية 1989 العدد الثامن صفحة 39.

(3)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ،صفحة 511.

يحصل مثل هذا الاتفاق يبق الطرفين ملزمين بالعقد الأصلي ولا يتحللان من قيوده ما لم يقضي القانون بغير ذلك. [1]

الفرع الثاني : أساس قيام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يستند مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على أسس ثلاثة: أحدهما فلسفي،و الثاني أخلاقي،و الثالث اقتصادي.

أولا-الأساس الفلسفي

يقوم هذا الأساس على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها. فمبدأ سلطان الإرادة يعد من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية، والذي يعتبر الفرد فيه في محور المجتمع.فالهدف من تنظيم المجتمع، في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة فطالما كان الإنسان حرا فأن إرادته يجب أن تكون كذلك. [2]

و هذه الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضا تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون [3] والقول بأن الشخص لا يلزم إلا بمحض إرادته، وفي الحدود التي يريدها، وبالكيفية التي يختارها ؛ راجع لكون الشخص في الأصل يتمتع بحق طبيعي ومطلق الحرية، فهذا الحق في الحرية يصاحبه منذ ولادته.[4]

---

(1) –علي فيلا لي ،الالتزامات ،النظرية العامة للعقد ،موقع للنشر والتوزيع ،الطبعة الثانية ،الجزائر ،2005، صفحة 287– 288 .

(2)- أحلام قسمي، نقض العقد "إنهاء العقد بالإرادة المنفردة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2012– 2013، صفحة 66.

(3)– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار هدى، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، صفحة 43.

(4) – أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة 6.

ب –الأساس الأخلاقي

يتمثل في ضرورة احترام العهد، فعلى الطرفين احترام العقد الذي ابرماه، فلا يجوز لهما من الناحية الأخلاقية نقض ما تعهدا عليه من التزامات، فيتوجب عليهما احترام الكلام المعطى وبالتالي الامتناع عن إنهاء العقد، سواء بإرادة احد الطرفين أو بإرادة القاضي.

فما التزم به المتعاقدان من التزامات في العقد يجب عليهما تنفيذها وإلا تعرضا لسخط المجتمع، فهذا الأساس الخلقي هدفه إيجاد نظام اجتماعي سليم وإقامة علاقات الناس بعضهم ببعض على أساس من الثقة، من خلال إجبار الأفراد على احترام تعهداتهم.[1]

ت- الأساس الاقتصادي

يتمثل في توفير الاستقرار والطمأنينة في المعاملات؛ لأنه لو سمح للمدين بنقض ما تعهد به، وعدم تنفيذ ما التزم به في العقد؛ لاضطربت لذلك المراكز القانونية.[2]

فقيام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على هذا الأساس يهدف إلى حفظ حقوق وأموال المتعاقدين، كما يقوم بتعميق الوعي الاقتصادي والسير نحو التنمية الاقتصادية.

فيعتبر العقد عملية اقتصادية مؤسسة على الانتقال فيه من ذمة مالية إلى أخرى، وهو ما يستوجب المحافظة عليه وحفظه من كل اعتداء قد يؤثر عليه.[3]

المطلب الثاني : تنفيذ العقد

يتمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في التزام المتعاقدين بتفنيد العقد وفق الشروط التي يتضمنها ،فتفيد إلزامية تنفيذ العقد أمرين :الأول أن يلتزم العاقدان بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ،و الثاني هو تحلي المتعاقدان في تنفيذ التزاماته بحسن نية، وهذا بمقتضى المادة 1/107 من التقنين المدني الذي جاء فيه ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية))

(1) – أحلام قسمي ،ـــ المرجع السابق، صفحة1.

(2) –المرجع نفسه، صفحة 6.

(3) – المرجع نفسه، صفحة 6.

الفرع الأول :تنفيذ العقد بحسن نية

إن تحلي المتعاقد بحسن نية في تنفيذه للعقد أمر بالغ الأهمية ،فحسن النية يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية ،و النية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك .[1]

أولا :التعريف بمبدأ حسن النية

يمكن تعريف حسن النية بأنه التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها ،و التزم بها كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هده الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع ،بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة.[2]

ومبدأ حسن النية لا يلزم المدين باحترامه في تنفيذ التزامه فحسب بل والدائن في استعمال حقه كذلك ،فمن مقتضى عقد البيع قيام البائع إذا كان حسن النية بكل ما هو ضروري لنقل ملكية المبيع إلى المشتري.[3]

فالقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفير العقد يقضي منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود ولم يعد هنالك ،كما كان الأمر في القانون الروماني عقود حرفية التنفيذ (contrat de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrat de bonne foi) بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية.[4]

---

(1) – علي فيلالي ،المرجع السابق، صفحة 295.

(2) – مصطفى العويجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول مع مقدمات في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان، 2007، صفحة 123.

(3)– محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 1999 ، صفحة145 .

(4) – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، صفحة 512.

و يجزي القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية ،ويجازي سوء النية في عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية في تنفيذ العقد .[1]

وتقدير حسن النية يستند إلى معيارين :أحدها ذاتي أو شخصي قوامه نية المتعاقد ،و الآخر مادي قوامه شرف التعامل. [2]

فتقدير سلوك المتعاقد لا يتم بالرجوع إلى نفسيته فقط ،بل بما تقتضيه طبيعة المعاملة وأصول وشرف التعامل ،فناقل البضاعة يجب أن يقوم بنقلها بأنسب الطرق وأقلها كلفة بالنسبة لأصحابها والمؤمن على منزله من الحريق يجب أن يبذل كل جهد في سبيل منع تفاقم هدا الحريق عند وقوعه فإذا كان سلوك المتعاقد لا يتفق مع شرف التعامل وما يجري عليه العمل فهو سلوك وتنفيذ يخالف حسن النية ،بحيث ينطوي هذا المبدأ على وجهين أحدهما سلبي والآخر ايجابي ،فالمتعاقد ينبغي عليه عدم اتخاذ مسلك في تنفيذ العقد ينطوي على غش أو سوء نية ،و ينبغي عليه من جهة أخرى، أبداء سلوك ايجابي من خلال التعاون في التنفيذ ويتمثل ذلك في وجوب التنفيذ العيني للالتزام طالما كان ذلك ممكننا، ويجب أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه إذا اقتضت طبيعة ذلك.[3]

ثانيا : مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد

و لحسن النية مظهرين :يتمثل المظهر الأول في نزاهة المتعاقد (ا) ويتمثل المظهر الثاني في تعاون كل متعاقد مع الطرف الثاني خلال عملية تنفيذ العقد (ب).

---

(1)- المرجع نفسه ، صفحة 512.

(2) – محمد شريف احمد، المرجع السابق، صفحة145.

(4) – محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون ذكر دار النشر، 2000، صفحة 346.

أ-الالتزام بالنزاهة

تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص .ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ العقد عسيرا أو مستحيلا[1]

مثال ذلك تراخي المشتري وتقاعسه عن استلام البضاعة بقصد تكبيد البائع مخاطر ونفقات تخزينها وصيانتها وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في عدة مواد ،منها المادة 361 من التقنين المدني التي تنص (يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا).

إن هذا الالتزام بالنزاهة، الذي يقع على عاتق كل متعاقد هو الذي يبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم وكذا بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه إذا تعمد البائع أخفاء حق الغير(المادة 377 من التقنين المدني) أو الاتفاق المتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى بغش بسبب هذا الضمان (المادة 490 ق.م)ويكون المتعاقد قد أخل أيضا بالتزامه بالنزاهة إذا تم تنفيذ العقد بطريقة غير مرضية كما أشارت إلى ذلك المادة (المادة ق553 من التقنين المدني).

و يتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما في ضوء سلوك الرجل العادي[2]، كما أشار إلى ذلك المشرع في المواد 495 ،و544، و592 من التقنين المدني.

ب –الالتزام بالتعاون

هذا الالتزام بالتعاون تفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، فهي علاقة تعاون وليست علاقة خصام أو مجابهة كما كان يعتقد ذلك .[3]

---

(1)–علي فيلا لي، المرجع السابق، صفحة295.

(2)– المرجع نفسه، صفحة 296.

(3) –علي فيلالي ،المرجع السابق، صفحة296.

فتضارب المصالح لا يمنع من تعاون المتعاقدين، بل هنالك بعض العقود تقوم أساسا على التعاون، كعقد الشركة الذي عرفته المادة 416 من التقنين المدني على النحو التالي (...الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك...)و تعد نية المشاركة ركنا من أركان عقد الشركة، وعليه فان سوء تفاهم الشركاء يؤدي إلى إنهاء الشركة .[1]

و يقتضي حسن النية كذلك واجب التبصير والإعلام بالظروف والوقائع ذات الأهمية بتنفيذ العقد.مثال ذلك التزام بائع الأجهزة الكهربائية بأن يبين للمشتري طريقة الاستعمال ومخاطره، وكذلك الحال بالنسبة لشركات الأدوية.ويجب على المستأمن في عقد التأمين إبلاغ المؤمن بالظروف التي تستجد أثناء العقد ويكون من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه.

ونصت المادة 497 من التقنين المدني :(يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها، أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها) ويجب على المصدر تزويد المستورد بالمستندات اللازمة لإنهاء الإجراءات الجمركية عند وصول البضاعة والتعليمات الواجبة الإتباع، للمحافظة عليها وتخزينها. [2]

يتضح من ذلك أن حسن النية يقتضي التعاون والإخلاص في تنفيذ الالتزام، فالعقد مشاركة بين طرفين، شأنه في ذلك شأن أي شركة، ينطوي على تحقيق مصلحة مشتركة يؤدي بالضرورة إلى انجاز المصلحة الفردية لكل منهما، ففي عقد العمل تبرز بوضوح فكرة الإخلاص والتعاون في التنفيذ، حيث يلتزم العامل بالإخلاص والولاء لصاحب العمل على سلامة عماله، واحترام آدميتهم، وتوفير الجو الملائم للعمل [3]

و يترتب عن ذلك أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ تعهده، ونشأ عن ذلك ضرر للعاقد الآخر وجب على المخل تعويض دائنه عن ذلك الضرر على أسس المسؤولية العقدية.

---

(1) –المرجع نفسه، صفحة297.

(2) –محمد حسين منصور، المرجع السابق، صفحة347.

(3) – محمد حسين منصور ،المرجع السابق، صفحة348.

أما إذا كان الإخلال بالالتزام راجعا إلى سبب أجنبي عنه كالقوة القاهرة، فلا مسؤولية عليه، ومثال ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد زيت، فيصدر أمر عسكري بالاستيلاء على جميع الزيت، فان الأمر العسكري يحول دون قيام التاجر بتنفيذ تعهده، وهو سبب أجنبي بالنسبة إليه، فلا يكون مسئولا عن عدم القيام بتعهده [1]

المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يرد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بعض الاستثناءات أهمها ما يمنحه القانون بإجازة نقض العقد أي بإنهائه بالإرادة المنفردة .(مطلب1) ،وكذلك بجواز تعديله (مطلب2).

المطلب الأول: جواز نقض العقد.

النقض هو استثناء قانوني أجازته المادة 106 من التقنين المدني. فأعطى المشرع من خلال هذا النص لأحد المتعاقدين أو كلاهما، بنص في القانون أو باتفاقهما حق إنهاء العقد بالإدارة المنفردة ودون موافقة الطرف الأخر، فيتخلص المتعاقد الذي يقوم بالنقض من الالتزامات العقدية الواقعة على عاتقه، دون أن نقوم مسؤوليته العقدية[2]

إلا أن هذا الاستثناء يبقى يثير العديد من التساؤلات، تتعلق أساسا في كيفية تطبيقه من خلال مواد القانون.

فهل حدد المشرع الحالات التي أجاز استعمال هذا الاستثناء فيها، وكيفية حدوثه أم لا وان كان الأمر كذلك فهل يمكننا تعيين الأسباب التي يمكن للمتعاقدين الاستناد عليها للأخذ به؟.

---

(2)- سليمان مرقس، الواقع في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية، دون ذكر دار وبلد النشر، الطبعة السادسة، 1987، صفحة220.

(3)- أحلام قسمي، المرجع السابق ،صفحة7.

الفرع الأول: حالات نقض العقد

باعتبار أن نقض العقد استثناءا فقد حددت المادة 106 من التقنين المدني، الحالات التي يمكن أن يتضمنها، والتي يمكن تجسيدها، أما في حالات نص عليها القانون ،حيث أوردها المشرع في عقود معينة، أو في الحالة الاتفاقية أين يتفق الطرفان على إدراج لشرط لنقض العقد بالإرادة المنفردة[1]

أولا :الحالات المقررة بنصوص قانونية

ا ـ الانسحاب من عقد الشركة

نصت المادة 440 من التقنين المدني على أن ((تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة ،على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله، إلى جميع الشركاء وأن لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق))

ويستخلص من هذه المادة أنها إذا كانت الشركة غير معينة، جاز لأي شريك أن ينسحب منها بشروط معينة ويترتب على انسحابه انقضاء الشركة[2].فيجب إذن لجواز انسحاب الشريك أن تكون الشركة غير معينة المدة، فإذا كانت مدتها معينة من حيث الوقت أو من حيث العمل، بأن كانت مدتها مثلا خمس سنوات ،أو كان العمل الذي تقوم به محددا، تنتهي الشركة بمجرد انجازه فلا يجيز القانون للشريك أن ينسحب، ويجب عليه البقاء إلى انتهاء المدة أو انتهاء العمل . وليس له في هذه الحالة الا أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك لأسباب معقولة [3].

---

(1)– أحلام قسمي ،المرجع السابق،صفحة9 .

(2) – محمد بن أحمد تقية، الإرادة المنفردة للالتزام، مؤسسة الكتب الثقافية ،الطبعة الأولى، دون بلد النشر، 1999، صفحة137.

(1) – محمد بن احمد بن تقية ،المرجع السابق، صفحة 137.

أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة ، فقد أجاز القانون لكل شريك أن ينسحب منها، إذ لا يجوز لشخص أن يربط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدود[1]

وجواز انسحاب الشريك من الشركة يجب أن يتم وفق للشروط الآتية:

أ- الإعلان عن الإرادة ،يشترط لجواز انسحاب الشريك من الشركة أن يعلن عن إرادته إلى سائر الشركات قبل حصول الانسحاب وإلا فلا عبرة بانسحابه.

ب- يجب أن يكون الشريك المنسحب حسن النية في انسحابه حتى لا يسيء استعمال حقه في الانسحاب.

ت- أن يكون الانسحاب غير واقع في وقت غير لائق ،حتى لا تضطرب أعمال الشركة وتضرر بخروج شريك.

يلاحظ من استعراض شروط انسحاب الشريك من الشركة، ومن الظروف التي يجيز فيها القانون للشريك استعمال حقه في الانسحاب من الشركة أنه إذا ما توفرت تلك الظروف الملائمة فله الإبقاء على حقه في الشركة أو القيام بإخطار الشركاء فيها بالانسحاب منها.[2]

ب- إنهاء عقد العمل

على الرغم من أن علاقة العمل تسودها فكرة الديمومة، الا أن هذا لا يعني أنها لا تنتهي ،سواء بطريقة أو أخرى حسب قانون العمل الذي حدد طرق إنهاءها، ومن بين الطرق التي يلجأ أحد الطرفين إليها لنقض العقد إما عن طريق الاستقالة أو التسريح.[3]

ب1- استقالة العامل في عقد العمل

الاستقالة حق معترف به للعامل، وهي تعبر عن إرادة العامل في إنهاء علاقة عمله بالمستخدم، فالاستقالة إعلان صريح عن نية العامل في إنهاء العقد بإرادته المنفردة[4]، بحيث

---

(1)- المرجع نفسه ، صفحة 138.

(3) – المرجع نفسه ، صفحة 139.

(3)- أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة 22.

(4)-أحلام قسمي ، المرجع السابق، صفحة24.

اعتمدها المشرع الجزائري في القانون وجعل الاستقالة سبب من أسباب إنهاء علاقة العمل، ويظهر ذلك من خلال المادة 3/66 من قانون العمل[1] والتي تنص على((تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية...الاستقالة)).

ولتتم الاستقالة بشكل سليم يشترط على العامل أن يقدم طلبا مكتوبا للهيئة المستخدمة ويشعرهم بذلك بمهلة محددة هذا حسب نص المادة 2/68 من قانون العمل.[2]

ب2 - تسريح صاحب العمل للعمال في عقد العمل

إن حق صاحب العمل في النقض يختلف حسب العقد، ما إذا كان عقدا محدد، أو غير محدد المدة، وهذا تبعا للأسباب والإجراءات المتبعة في كل منها.

- تسريح صاحب العمل للعمال في العقد غير محدد المدة

لصاحب العمل نقض العقد فهو حق مقرر له في العقد غير محدد المدة باعتباره طريقا عاديا من طرق انحلال عملا بالقواعد العامة لإنهاء العقود الغير محددة المدة منعا لتأبيدها، إذ يمنع التعاقد على العمل مدى الحياة لدى مستخدم ما.[3]

- تسريح صاحب العمل للعمال في العقد المحدد المدة

إذا كان عقد العمل محدد المدة فينتهي بصفة قانونية وعادية بانقضاء مدته أو بإنجاز العمل الذي أبرم من أجله.[1]

---

(2)- القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 افريل 1990، الجريدة الرسمية، العدد 17، المؤرخة في 25 افريل 1990.

(3)- تنص المادة 2/68 من قانون العمل : (على العامل الذي يبدي رغبته في إنهاء علاقة العمل من الهيئة المستخدمة أن يقدم استقالته كتابة، ويغادر منصب عمله بعد فترة إشعار مسبق وفقا للشروط التي تحددها الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية)

(3)- أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة 25.

ت- إنهاء عقد الوكالة

ت1- إنهاء عقد الوكالة بالعزل

نصت المادة 587 من التقنين المدني على أنه :((يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يعيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ،فإذا كانت الوكالة بأجر فان الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول))

و يستخلص من النص أنه يسوغ للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت .مع ملاحظة القيد الذي أوردته نفس المادة على حق الموكل في عزل الوكيل في حالة واحدة هي أنه إذا كانت الوكالة بأجر. فقد أوجب القانون أن يكون عزله بعذر مقبول وفي وقت مناسب ،فإذا عزل بغير ذلك ،كان العزل صحيحا وانعزل الوكيل عن الوكالة، ولكنه يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذي لحقه جراء العزل.وجواز عزل الموكل للوكيل قاعدة من قواعد النظام العام[2].

ت2-إنهاء عقد الوكالة بالتنازل

نصت المادة 588 من التقنين المدني على أنه ((يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ويتم التنازل بإعلانه للموكل))

و يستفاد من هذا النص أنه يسوغ للوكيل، أن يتنازل عن الوكالة في أي وقت شاء وقبل إتمام العمل الموكل إليه.[3]

و تنازل الوكيل تصرف انفرادي يصدر من الوكيل بمحض إرادته المنفردة، يوجهه إلى الموكل ،وهو لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل[4] إلا انه قيد حق الوكيل في

---

(1)- أحلام قسمي ، المرجع السابق ، صفحة25.

(2)- محمد بن احمد تقية، المرجع السابق ، صفحة 130.

(1)- محمد بن أحمد تقية ، المرجع السابق، صفحة130 .

(4)-المرجع نفسه، صفحة131.

حالتين – حالة إذا كانت الوكالة بأجر، فلا يجوز أن يتنازل عن الوكالة بغير عذر مقبول أو وقت غير مناسب.

- إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ،كأن يكون الوكيل معهودا إليه بوفاء دين للأجنبي . فلذا لا يجوز للوكيل التنازل إلا بشروط ثلاثة:(1)

1–أن تقوم أسباب جديرة تبرر التنازل .

2–أن يخبر الوكيل الأجنبي بالتنازل .

3–أن يمهله وقتا كافيا ما يلزمه لصيانة مصالحه .

ث- إنهاء عقد العارية

– تنص المادة 546 من التقنين :((تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ...فان لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت وفي كل حال يجو للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية . غير انه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله))

– فيتم إنهاء العارية إما برد المستعير للشيء المعار أو بطلب المعير إنهاء العارية.

ث1- رد المستعير للشيء المعار في عقد العارية

يلاحظ أن العارية لا تلزم المستعير من حيث المدة، وإنما تلزم المعير، وبما أنها لا تلزم المستعير فيجوز له إنهاؤها في أي وقت ولو قبل انقضاء الأجل المعين لها، ذلك أن هذا الأجل تقرر لمصلحته، فيجوز له النزول عنه ورد الشيء المعار إلى المعير في أي وقت، غير انه إذا اختار رده في وقت غير ملائم يضر بالمعير فانه ينبغي على المستعير في هذه الحالة اختيار الوقت المناسب للرد(2).

---

(1)–المرجع نفسه ، صفحة131.

(1)– محمد بن احمد تقية، المرجع السابق ،صفحة131.

ث2- طلب المعير إنهاء عقد العارية

فقد نصت المادة 547 من التقنين المدني: ((يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال التالية:

-إذا عرضت له حالة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة.
-إذا أساء المعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.
-إذا أعسر المستعير بعد انتهاء العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير))

يستخلص من هذا النص انه إذا اتفق على أجل معين للعارية أو على غرض معين، فإن العارية مع ذلك تنتهي قبل انقضاء الأجل أو قبل تحقيق الغرض، إما بسقوط الأجل وإما بفسخ العارية.

-سقوط العارية

تنتهي العارية بسقوط الأجل لأسباب ثلاثة واحد يرجع إلى المعير وهو أن تعرض له حاجة للشيء المعير، واثنان يرجعان إلى المستعير وهما إعساره وموته.[1]

- **فسخ العارية**

تنتهي العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه فهو التزام يقع على عاتق المستعير، فإذا اخل به كان للمعير أن يفسخ العقد فيتحلل من التزامه بترك المستعير ينتفع بالشيء طوال مدة العارية، ويسترده قبل انقضاء هذه المدة.[2]

(1)-المرجع نفسه ، صفحة 134.

(2)-محمد بن احمد تقية ، المرجع السابق ، صفحة135.

ج- إنهاء عقد الوديعة

قضى القانون المدني حسب المادة 590 من التقنين المدني بان: ((الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا))

الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجل، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

ومن هنا يظهر بأن الوديعة تتطلب حفظ الشيء من المودع لديه ويلتزم بالمحافظة والرقابة الجيدة لها حتى يتمكن من ردها في الوقت المحدد. [1]

و يجب على المودع لديه أن يرد عين الوديعة إلى المودع، فلا يقبل من رد شيء آخر ويقع عليه عبء إثبات ذاتية الوديعة.[2]

لقد جاء في نص المادة 594 من التقنين المدني: ((يجب على المودع لديه إن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد إن الأجل عين لمصلحة المودع لديه وللمودع لديه إن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد إن الأجل عين لمصلحة المودع))

من هذا نستنتج انه يجوز لكلا الطرفين سواء كان المودع أو المودع لديه، إنهاء عقد الوديعة بإرادته المنفردة، إلا إذا كان الأجل قد عين لمصلحة الطرف الآخر، سواء كان بطلب من المودع، أو إذا قام المودع لديه بردها.

---

(1)- إبراهيم سيد أحمد، سلسلة العقود القانونية المسماة، الجزء الثاني، عقد الوديعة فقها وقضاءا، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003، صفحة57.

(2)- أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة 27.

ج1- طلب المودع للوديعة

يمكن للمودع طلب الوديعة في أي وقت باعتبار أنه مالكها – غالبا – فلا يمكن حرمانه من حقه في استرداد وديعته وقتما شاء. ولاسيما إذا كان في حاجة إليها، أو نتيجة فقدان ثقته في المودع لديه.[1]

ج2- رد المودع لديه للوديعة

نفس الأمر بالنسبة للمودع لديه، فالقانون المدني قد أجاز له رد الوديعة المودعة عنده إلى المودع في أي وقت، فمتى اضطر إلى الاستغناء عنها كان له ذلك، لأنه لا يجوز إجباره على الاحتفاظ بها، وحتى لا يتعرض المودع لديه لبذل تضحيات لم يكن يتوقعها أثناء إبرام العقد.[2]

ح- تحلل رب العمل من عقد المقاولة

إن التحلل من عقد المقاولة أو إنهائها مقرر بنص القانون لصالح رب العمل فقط، وهذا راجع إلى إتمام المقاولة أو إنهائها هو من مصلحته وحده، فلا يستطيع المقاول الرفض طالما أن لا مصلحة له لأن يمضي في تنفيذ العقد بعد علمه بأن رب العمل يريد التحلل من العقد.[3]

يتضح من نص المادة 566 من التقنين المدني التي جاء فيها كالآتي: ((يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل)).

---

(1)–أحلام قسمي ، المرجع السابق ، صفحة27.

(2)– محمد كامل مرسى باشا، .شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، مصر،1952، صفحة616.

(3) –أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة35

نستنتج أنه من أجل تحلل رب العمل من عقد المقاولة، لا بد من توافر شرطين:

-الشرط الشكلي

وجوب إعلام المقاول بحيث لم يشرط القانون لا شكلا ولا ميعادا محددا لهذا الإعلام، فيتم النقض بمجرد وصوله إلى علم المقاول.[1]

- الشروط الموضوعية

يجب أن يكون العمل موضوع العقد ما يزال في طور الانجاز، أي أن يظهر رب العمل إرادته قبل إتمام المقاولة، إضافة إلى أنه يشترط أن تكون المقاولة من طبيعة معينة، أي لرب العمل التحلل من العقد، أيا كانت طبيعة العمل محل المقاولة.[2]

خ- انتهاء عقد الإيجار

تنقسم الدراسة حسب الفترة الخاصة بالإنهاء إلى عقود مبرمة قبل 2007، وعقود مبرمة بعد 2007.

خ1- إنهاء الإيجار بالإرادة المنفردة بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل 2007

- إنهاء عقد الإيجار محدد المدة

تنص المادة 2/474 من التقنين المدني : "إذا انعقد الإيجار كتابة ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها..." وتنص المادة 508 من التقنين المدني على أن الإيجار ينتهي بالمدة المعينة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء[3] ما عدا ما نصت عليه أحكام المادة 474 من التقنين المدني.

---

(1)-أحلام قسمي ، المرجع السابق، صفحة37.

(2)-المرجع نفسه، صفحة37.

(3)-المرجع نفسه ، صفحة 43.

إن إبرام عقد الإيجار لمدة محددة يعني أن الطرفين اتفقا على إنهائه بمجرد وصول الأجل، بدون الحاجة إلى أي إجراء، وعليه فالنص يستبعد اللجوء إلى التنبيه بالإخلاء. وإذا بقي

المستأجر بالعين رغم انتهاء المدة اعتبر شاغلا بدون حق وأمكن طرده، غير أنه ولتفادي تمسك المستأجر بالتجديد الضمني يستحسن أخباره بإنهاء العقد قبل وصول اجله.[1]

- إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة

تنص المادة 1/477 من التقنين المدني على أنه: ((إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدى أو عقد لمدة غير محددة أو تعذر إثبات تلك المدة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرسل إلى الآخر إنذارا بالإخلاء إلا بعد مراعاة الآجال التي تحددها المادة 475 من هذا القانون)).

حيث تنص المادة 475 من التقنين المدني: ((تحدد آجال الإنذار المسبق كما يلي:

-شهر في إيجار المساكن المؤثثة.
-ثلاثة أشهر في المساكن أو المحلات ذات الصيغة المهنية أو الصناعية التقليدية.

–ستة أشهر في ديار السكنى المنفصلة والإنذار بالتخلي يعين لزوما في الآجال التالية: 15 يناير و15 ابريل و15 يوليو و15أكتوبر.

و إذا عين الإنذار بالتخلي في اجل آخر فلا يجري إلا ابتداء من الأجل الذي يليه))

فإذا حصل الإنذار في هذا الأجل، انتهى الإيجار بانقضاء الآجال المحددة لدفع الأجرة، وإلا امتد إلى مدة أخرى وهكذا ،حتى يصل الإنذار في الأجل المعين طبقا للمواعيد المشار إليها في المدة المذكورة أعلاه.

---

(1)– عبد السلام ذيب، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2001، صفحة73.

خ2- الإنهاء بالنسبة للإيجار المبرم بعد 2007

أما بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد 2007 فالمادة 469 مكرر1 تنص: ((ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة غلى التنبيه بالإخلاء.

غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني، ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين))

فنجد أن المشرع اشترط لجواز إنهاء المستأجر للعقد قبل انقضاء مدته وبإرادة منفردة أن يستند لأسباب ن عليها صراحة، فسواء كان هناك سبب عائلي أو لسبب مهني جعل من الإيجار عقدا لا طائل منه. إضافة إلى وجوب إخطار المستأجر عن رغبته الملحة في إحداث آثار قانونية معينة تتمثل في وضع حد للإيجار.[1]فيمكن للمستأجر إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي، كأن يتم على يد المحضر القضائي.[2]

ويتعين على المستأجر إخطار المؤجر بهذه الرغبة في خلال شهرين.

د- سحب المصنف في عقد النشر

تعرف المادة 1/84 من الأمر المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة[3] عقد النشر كما يلي: ((يعتبر عقد النشر العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حقه في استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر))

ويقوم عقد النشر على اتفاق بين المؤلف والناشر يتعهد الأول بمقتضاه بأن يقدم للثاني إنتاجه الفكري ويلزم الثاني بطبع هذا الإنتاج على نفقته وبتوزيعه على مسؤوليته.[4]

---

(1)- أحلام قسمي، المرجع السابق ،صفحة41.

(2)-المرجع نفسه، صفحة43.

(3)- الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 23 يوليو .2003.

(4)-أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة45.

وحماية من المشرع لشخصية المؤلف بالنسبة لمصنفه قد منحه مجموعة من الحقوق المعنوية من بينها حق المؤلف في سحب المصنف والذي هو إنهاء لعقد النشر بالإرادة المنفردة للمؤلف، وهذا ما نصت عليه المادة 24 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث جاء فيها: ((يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعته أن يوقف نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب.

غير أنه لا يمكن للمؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل على الأضرار التي يلحقها عمله هذا بمستفيدي الحقوق المتنازل عنه))

والإنهاء المتمثل في سحب المؤلف لمصنفه من التداول قد يأخذ عدة أشكال، فقد يكون ندما على رأي أبداه أو تغييرا أورده في المصنف أو حتى شكلا اتخذه ما دام المؤلف يرى في ما تقدم مساسا به وبمكانته وسمعته.[1]

ر- الرجوع في عقد الهبة

لقد أورد المشرع بشأن الرجوع في عقد الهبة، مادتين وهما المادة 211-212 من قانون الأسرة.

وتنص المادة 211 من قانون الأسرة:[2] "للأبوين حق الرجوع في الهبة لودهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية:

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو دين.
3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

---

(1)-أحلام قسمي ، المرجع السابق ،صفحة46.

(2) -القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 12 يونيو 2005.

بالرجوع إلى النص نستخلص بأن قانون الأسرة ينص على أن الأصل في الهبة أنه لا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناءا في حدود ما أوردته المادة 211 من قانون الأسرة سالفة الذكر.

فللوالدين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولديهما مهما كان الوضع، جازها أو لم يجزها ومهما كانت سنه صغيرا كان أو كبيرا، يجوز لهما الرجوع في هبتهما.[1]

لقد اشترط المشرع لرجوع الوالدين في الهبة أن لا يكون من إحدى الحالات التي يمنع فيها عليهما استعمال حقهما وهذه الحالات هي:

1) إذا وهب الأب من أجل زواج ابنه الموهوب له، فمتى وهب الأب لابنه مالا ليساعده على الزواج، فليس له حق الرجوع في هبته.

2) إذا وهب الأب ابنه مالا يقصد به ضمان قرض أو قضاء دين، كان مدينا به هذا الأخير فليس له الرجوع في هبته ما دام الدين لم يسدد، وأصبح المال الموهوب ضامنا للدين.

3) إذا تصرف الموهوب له في الشيء ببيع أو تبرع، فإن هذا يمنع الواهب من استعمال حقه في الرجوع، لأن المال خرج من تحت يد الموهوب له.

ثانيا: النقض على أساس اتفاق الطرفين

إلى جانب حالات النقض التي نص عليها القانون صراحة في مواد محددة، أعطى المشرع للمتعاقدين حق نقض العقد إذا اشترطا ذلك في العقد الذي ابرماه، هذا ما يطلق عليه بالنقض الاتفاقي.[2]

فالعقد الذي ينشأ بشكل صحيح، يصبح يتمتع بالإلزامية، أي يفرض على الطرفين احترام العقد، فكما أنشئ باتفاق الطرفين، فإنه لا يعدل ولا ينتهي إلا باتفاقهما معا، إلا انه من هذا المبدأ أجاز القانون للطرفين استعمال حق النقض إذا ما اتفقا في العقد على ذلك.[1]

---

(1)- محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر 2003، صفحة259.

(2)- أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة63.

هذا الاستثناء، جاء ليعطي للمتعاقدين حق نقض العقد بإنهائه بإرادة أحدهما المنفردة دون موافقة الطرف الآخر، حيث يسمح هذا الاستثناء للطرفين أن يتفقا على إدراج شرط في العقد يمنح أحدهما أو كلاهما حق النقض، فيمكن أن يكون مسموح لكلا الطرفين فيستعمله كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، كما قد يسمح به لأحد الطرفين دون الطرف الآخر.[2]

وأساس هذا النقض الاتفاقي الذي يظهر على شكل شرط يدرجه المتعاقدان في عقدهما هو مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وتحديد آثارها.[3]

الفرع الثاني: أسباب النقض

بعد دراسة النقص المنصوص عليه قانونا أو ذلك الذي يدرجه الأطراف في العقد. يتوجب الوقوف على خصوصيته، وذلك ببيان الأسباب الخاصة التي دعت المشرع إلى النص عليه استثناءا من القواعد العامة، فهل هناك أسباب قوية جدية فيها من الخطورة ما يدعو المشرع لإيراد هذا الاستثناء في العقود المدروسة آنفا؟

أولا: تحريم الالتزام الأبدي

تتنافى حرية الفرد وهي من الحقوق الأساسية مع الالتزام مدى الحياة، ومن ثم فإن العقود الزمنية التي لم تعين مدتها، تكون بمقتضى ترخيص من القانون، قابلة للإنهاء من طرف واحد ودون رضاء الطرف الثاني.[4]

---

(1) –المرجع نفسه، صفحة64.

(2)–أحلام قسمي ، المرجع السابق ،صفحة65.

(3)–المرجع نفسه، صفحة66.

(3)– المرجع نفسه ، صفحة 66.

(4)– علي فيلالي، المرجع السابق، صفحة289.

ثانيا: انتفاء الثقة

تقوم بعض العقود أساسا على الثقة، وبالتالي فإذا انعدمت هذه الثقة لا يمكن استمرا العقد، وفي هذه الحالة يسمح المشرع للمتعاقد بإنهائه.[1]

فلهذا النوع من العقود، يستلزم معها توافر شروط خاصة في المتعاقد معه، تتعلق أساسا في أمانته، وحسن تصرفه. وانعدام هذه الشروط يؤدي بالضرورة لانعدام العقد، هذه الخطورة في هذا النوع من العقود يوجب أن يبقى للمتعاقد سلطة الحد من النتائج الضارة التي يتعرض لها نتيجة وضع ثقته في شخص ليس أهلا لها.[2]

المطلب الثاني :جواز تعديل العقد

قد تعترض تنفيذ العقد صعوبة مزدوجة تفرض إعادة النظر في مبدأ القوة الملزمة للعقد وتتجلى هذه الصعوبة في حدوث ظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية لم يتوقعها الأطراف أثناء إبرام العقد والتي تؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي له، وفي احترام إرادة الأطراف والتي هي جوهر العقد .

أمام هذه الصعوبة وانتشارها في مختلف مجالات القانون الخاص، والتطور الحاصل في المبادئ القانونية لاسيما عدم أخد مبدأ<<العقد شريعة المتعاقدين >>على إطلاقه مما دفع بالأطراف والمشرع والقاضي إلى البحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد وضمان التوازن الاقتصادي له.[3]

---

(2)- أحلام قسمي، المرجع السابق، صفحة192.

(2) -خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2001 – 2002، صفحة 1 – 2.

فان التعديل [1]تصرف قانوني يبيح اتفاق الأطراف استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أما خارج هذا الاستثناء فلا يمكن الاعتداء به؛ لأن مبدأ سلطان الإرادة يمنع بصفة مبدئية المشرع أن يتدخل لتعديل العقود السارية التنفيذ.

الفرع الأول :تعديل العقد باتفاق الأطراف

قد تكون الظروف دافعا للجوء الأطراف إلى تعديل العقد مما قد يمس بعنصر أو عناصر منه قد تكون جوهرية أو ثانوية وللأطراف الحرية في تعديل العقد طالما أنه مبني على اتفاقهم ،إلا أنها مقيدة بقيود تعتبر استثناء عن القاعدة العامة مما يدفعنا للبحث عن مدى الحرية في ذلك، وتأثيره على مصير العقد .

أولا : الأصل الحرية في تعديل العقد

تتجسد حرية التعديل في احترام الأطراف لشروطه القانونية ،باعتباره تصرفا قانونيا،وذلك بأن تكون إرادة الأطراف جدية للقيام بالتعديل، وأن يكون الدافع من التعديل هو تحقيق مصلحة مشروعة ومشتركة للأطراف .

ويقتصر التعديل على الزيادة أو الإنقاص أو حذف بعض الشروط، كما أن التعديل يرد في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يشترط الشكلية بالنسبة للمسائل الجوهرية، أما إذا كان العقد الأصلي لا يشترط الشكلية في المسائل الثانوية ،فان التعديل إذا وقع عليها، لا يشترطها أيضا [2]

وحرية التعديل هي حق مخول للأطراف؛ لتمكينهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة لمضمون العقد ،سواء كانت مسائل جوهرية أو ثانوية ،لا سيما إذا لم تحقق مصالح الأطراف ،من إبرام العقد الأصلي ،فهنا تتجه إرادتهم، رغم اختلاف وتنوع الأسباب والظروف ،إلى تعديل العقد، وكذا وضع حد للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك باتفاق

---

(3) –التعديل لغة: مصدر عدل ومعناه التسوية والتقويم،، وفي الفقه تزكية الشهود. محمد الباشا، الكافي، معجم عربي حديث، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 1992، صفحة270

(1)– محمود زواوي :الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ،رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر،1987، صفحة45

الأطراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي .[1] ويستمد الأطراف حق حرية التعديل من مبدأ سلطان الإرادة طبقا لأحكام المادة 106 من التقنين المدني الجزائري .

وتعديل العقد قد يتم باتفاق لاحق لقيام العقد ،بقصد إعادة التوازن إليه بعد تغيير الظروف، وفي هذه الحالة يكون هذا الاتفاق بمثابة عقد جديد يلتزم به الأطراف، وقد يتفق الأطراف عند إبرام هذا العقد على تخويل أحد المتعاقدين سلطة تعديل العقد ؛ وهنا يكون التعديل استجابة لما تم الاتفاق عليه مسبقا ،و قد يتم الاتفاق في العقد على ضرورة فتح باب التفاوض لتعديل العقد ،بعد مرور فترة زمنية محددة أو عند تغير ظروف زمنية محددة ،أو عند تغير ظروف معينة ،هنا نكون أمام اتفاق مسبق على التفاوض وليس اتفاقا على التعديل.[2]

ثانيا:القيود الواردة على حرية التعديل

توصلنا في السابق إلى أن للأطراف الحرية في تعديل العقد بما تقتضيه المصلحة المشتركة للأطراف ،و كذا الهدف من العقد .إلا أنه قد يعترض أحد الأطراف على التعديل مستخدما في ذلك حقه في حرية التعديل ؛مما يلحق بالطرف الآخر ضررا.ومن أجل حمايته ؛وجب تقييد حرية التعديل وفقا لما تقتضيه قواعد الشكلية في بعض العقود، أو المبادئ القانونية

فحرية التعديل ليست مطلقة بل مقيدة بالكتابة ،و بعدم التعسف في استعمال الحق وحسن النية .[3]

ا-الكتابة

وهذا ما ذهبت إليه، المحكمة العليا [1]في قرارها الذي جاء فيه بالزانية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه ،إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن

---

(1) – خديجة فاضل، المرجع السابق، صفحة 60.

(1)– محمد حسين منصور،المرجع السابق، صفحة349.

(3) - خديجة فاضل، المرجع السابق، صفحة 62.

مجلس القضاء الجزائري بتاريخ 07 نوفمبر 1994 والقاضي بدفع مبلغ إضافي نضرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي، في حين كان إلزاميا على المقاول عند توسيع هده الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي.

ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم قد خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من التقنين المدني ((إذا أبرم عقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ،و لو حدث في هدا التصميم تعديل أو إضافة... ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة...))

ب- حسن النية

أما القيد الثالث فيتعلق بحسن النية ؛لأنه يفترض في التصرفات القانونية أن تتم بحسن النية ،طبقا لأحكام المادة 01/107 من التقنين المدني، التي توجب تنفيذ العقود بما يتفق مع حسن النية .

ويقتضي حسن النية عند التعديل أن يكون الطرفان متعاونين، وذلك بتقديم التسهيلات من أجل القيام بالتعديلات، بأن تجمعهما الجدية في إعادة تنظيم الرابطة العقدية، وذلك بما تقتضيه متطلبات العقد وحاجاته.

و في حالة رفض أحد المتعاقدين القيام بالتعديل رغم الإمكانيات المتاحة له يكون سيئ النية .و سوء النية يفسد التعديل، وما يترتب عنه ،كما أنه يستبعد ،بالنظر إلى أن حسن النية مبدأ قانوني لتقييد حرية التعديل.[2]

وعليه فان حرية التعديل هي حق يمكن الأطراف من تعديل العقد كلما تعرض هذا الأخير إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي ،و ذلك بغية إعادة تنظيمه ،إلا أن هذا الحق

---

(3)-المحكمة العليا ،قرار صادر بتاريخ 1997/06/18 ،ملف رقم 144122 المجلة القضائية ،1997، العدد 01 ،صفحة 21.

(2)-خديجة فاضل ،المرجع السابق، صفحة 65.

ليس مطلقا بل مقيد بعدم التعسف في استعماله ،و بمبدأ حسن النية وما يقتضيه من التعاون بين الأطراف على القيام بالتعديل، وكذا الكتابة في العقود التي تشرطها لانعقادها .

الفرع الثاني : تعديل العقد بواسطة المشرع

قد يلجأ المشرع إلى التدخل تلقائيا مستبعدا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فتحل إرادته محل إرادة الأطراف، وذلك لتكريس العدالة العقدية، وحماية الفئة الضعيفة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك [1]

أولا :مبرر تدخل المشرع :

إن كثرة وتنوع القوانين الحديثة أدى إلى تدخلها بتأثيرها في حياة العقد، مم يفرض علينا البحث عن مبرر تدخل المشرع، رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة، بما تقتضيه المصلحة العامة والمصالح المشتركة للأطراف.

ا–المصلحة العامة

ا 1-مضمون المصلحة العامة

يصعب علينا تعريف المصلحة العامة، لارتباطها بقواعد النظام العام والآداب العامة، حيث يرى الأستاذ علي فيلالي[2] بأن المصلحة العامة ما هي إلا تطبيق لقواعد النظام العام، التي تسعى في الأساس إلى تثبيت مختلف المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وتتغير المصلحة العامة بتغير قواعد النظام العام، التي تتسع وتضيق، بحسب الأنظمة، كما أنها تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور المجتمعات، وفي ظل الأوامر السياسية والاقتصادية.

---

(1) –خديجة فاضل ،المرجع السابق ، صفحة5

(2)- علي فيلالي ، مذكرات في مصادر الالتزام ، لطلبة السنة الثانية ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، دون ذكر سنة النشر ، الجزائر، صفحة 134.

و المصلحة العامة قوامها النظام العام. ويقسم هذا الأخير إلى نظام عام توجيهي، ونظام عام اجتماعي ؛ فالنظام العام التوجيهي أو الاقتصادي يسعى إلى توجيه السياسة الاقتصادية والمالية للدولة نحو أهداف معينة؛ لتحقيق السياسة العامة، والتخطيط الاقتصادي.

ومن أمثلة على النظام العام التوجيهي: القوانين التي تحدد الأسعار منعا للتضخم أو لمحاربته. [1]

أما النظام العام الاجتماعي أو النظام الحمائي فهو نظام يسعى إلى حماية المصالح الخاصة لفئات معينة، يراها المشرع جديرة بالرعاية،و ذلك لضعفها اقتصاديا .فالنظام العام الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف في بعض العقود، وذلك بأن يخضع المشرع معظم العقود إلى قواعد آمرة بدلا من ترك مبادرات التبادل للأطراف، الذين ليست لهم القدرة على التغيير في الحقوق والواجبات بحسب طريقتهم؛لأن العقود تكون تنظيمية بصفة آمرة كما هو الحال في عقد العمل [2].

أ2-نطاق المصلحة العامة

تشمل فكرة المصلحة العامة ،المصلحة العليا للدولة، وكذا حماية بعض الفئات الاجتماعية.

-المصالح العليا للدولة: هي تلك المصالح التي تتعلق بسيادة الدولة ،[3] سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، وفي هذا الشأن لا يمكن الاتفاق على ما يخالف المصالح العليا للدولة، لأنها تتعلق باستمرارية الدولة والحفاظ على استقرار المصالح العليا للدولة وأمن المجتمع،و هي في الغالب مكرسة دستوريا وتنظيميا.

و تعتبر قواعد المصلحة العليا للدولة قواعد آمرة، لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإلا كانت تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا.

---

(1)-محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الجامعة المفتوحة، الطبعة الثانية، ليبيا، 1993، صفحة121 .

(2) -خديجة فاضل، المرجع السابق، صفحة8.

(3) -المرجع نفسه، صفحة8.

– مصالح الفئات الخاصة: وتتجسد هذه المصالح بوضع الدولة لمجموعة من الواجبات لايجوز للأطراف أن يتجاوزوها، والى عدّ ذلك التصرف القانوني باطلا.وان تدخل الدول قد اقتضته عدة اعتبارات، أهمها العدالة الاجتماعية أي حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في مختلف العقود كالعامل في عقد العمل. حيث عمل المشرع الجزائري على حماية فئة العمال وذلك بموجب قانون 90– 11 المتعلق بعلاقات العمل، وذلك بإدراج مجموعة من والحقوق والواجبات للعمال، كالمدة القانونية للعمل، الراحة القانونية والعطل. وكذا أهم التعديلات الواردة عليه بموجب الأمر رقم 96– 21 [1]

ثانيا: مظاهر التعديل القانوني

قلنا سابقا بأن حماية مصالح الفئات الخاصة هي قواعد آمرة، لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإلا كان تصرفهم باطلا في حالة الإخلال بالواجبات التي تحددها التشريعات.

حيث يتدخل المشرع لتنظيم العقد بصورة آمرة، وذلك بنزع شروط مدرجة من قبل الأطراف، أو بإدراج شروط جديدة لم يتفق عليها أو لم يضعها الأطراف في العقد، أي يتدخل المشرع في العقد بالزيادة أو النقصان في الالتزامات أو حتى حذف البعض منها بحجة الوصول إلى حماية هذه المصالح.

كما يتدخل المشرع الجزائري لتعديل علاقات العمل كلما اقتضت منفعة العمال ذلك، وهذا ما نص عليه الأمر رقم 97–03[2] الذي يحدد المدة القانونية للعمل ب40 ساعة طبقا لأحكام المادة 02، أي أن المشرع يسعى جاهدا إلى حماية فئة العمال، خصوصا وأن عقود العمل ما تشمل شروطا تعسفية، يعمل المشرع من خلال تدخله إلى إلغائها أو إدراج شروط أكثر مرونة تحقق مصالح العمال.

---

(1) –الأمر96– 21 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 09 جويلية 1996، الجريدة الرسمية العدد 48 المؤرخ في 10 يوليو، 1996.

(2) -الأمر رقم 97-03 ، المؤرخ في 11 يناير 1997 ، الذي يحدد المدة القانونية للعمل ، الجريدة الرسمية ، العدد 03 ، المؤرخة في 12 يناير 1997.

كما اتخذ المشرع الجزائري في الآونة الأخيرة مجموعة من النصوص القانونية لحماية فئة المستهلكين بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ،[1] حيث عالج من خلال نصوصه شروط وكيفيات ضمان البضاعة المعروضة للاستهلاك،و جعل ضمان البائع للمشتري ضمانا قانونيا من النظام العام، طبقا للمادة 13 منه.

ثالثا: كيفية تدخل المشرع لتعديل العقد –التدخل الاستثنائي –

قد تعرض تنفيذ العقد صعوبات مردها إلى تقلبات اقتصادية واجتماعية يترتب عنها الإخلال بتوازنه الاقتصادي، الأمر الذي أدى في الوقت الحاضر إلى كثرة تدخل القوانين الحديثة في حياة العقد، وما يترتب عنه من انتهاك للقوة الملزمة له ويتم هذا التدخل وفقا لمبدأ الأثر الفوري، والأثر الرجعي للنص الجديد المعدل للعقد.

ا: مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

مفاد مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد أن يسري القانون الجديد بأثر مباشر على المراكز القانونية القائمة ،أي كل ما يتعلق بآثارها المستقبلية [1] ، على اعتبار أن الأثر الفوري هو الأفضل، لما يحققه من تطور وتقدم بالنظر إلى القانون القديم.

أن تطبيق مبدأ الأثر الفوري في مجال العقود لا يمكن الأخذ به على الإطلاق؛لأن تنظيم العقود يقتضي التنوع والاختلاف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن تدخل المشرع لتعديل العقد بتطبيق الأثر الفوري، أدى إلى اختلاف فقهي حول إمكانية تطبيقه على العقود، فمنهم من يتمسك بالتفرقة بين القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام، والقواعد القانونية المكملة، ومنهم من يتمسك بالتفرقة بين القوانين، المتعلقة بالنظام القانوني والقوانين المتعلقة بالمراكز العقدية وهذان الاتجاهان سوف نعالجهما في النقاط الآتية:

* **الاتجاه الأول:** يرى هذا الاتجاه أن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة تسري بأثر مباشر على العقود الجارية ، وأن قوانين النظام العام تأتي لتعديل شروط العقد،

---

(1)-القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية ،العدد15، المؤرخة في8مارس2009.

أو أحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله، كما يتمسك أنصار هذا الاتجاه بوضع مكانة خاصة للقوانين المتعلقة بالنظام العام ويتجسد التدخل الاستثنائي للمشرع في عدة عقود، كأن يتكفل المشرع بتنظيم فئة معينة من العقود، وذلك بوضع نموذج لها مثل عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 39-03 المتعلق بالنشاط العقاري [1].

و قد تمت المصادقة على نموذج عقد الإيجار بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-69[2]

* **الاتجاه الثاني:** يرى هذا الاتجاه بأن التشريعات المتعلقة بنظام العقود لا يكون لها أثر على العقود الجارية حتى ولو كانت تشريعات آمرة تتعلق بالنظام العام، ويبرر ذلك على أساس أن العقد هو الوسيلة التي أعطاها القانون للأفراد لتحقيق مراكزهم القانونية الخاصة على الوجه الذي يرونه؛لأن من غير المقبول أن يأتي قانون جديد ليعدل أو يراجع عقدا سبق إبرامه، مؤديا بذلك إلى الاضطراب في المراكز العقدية المشروعة وبالتالي رفض الأثر المباشر في نطاق العقد [3]

ب- الأثر الرجعي للنص الجديد لتعديل العقد

إن الأثر الرجعي لمبدأ عدم رجعية القوانين، هذا الأخير الذي تقتضيه العدل واستقرار المعاملات وثقة الأفراد به، مما يوجب عدم سريان القوانين على الماضي.

ويقتصر سريان القانون الجديد على ما يقع في المستقبل، طبقا لأحكام المادة 02 من التقنين المدني؛ ولا يكون له أثر رجعي. إلا أننا بالرجوع إلى مبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره مبدأ قانوني عاديا؛فإننا نجده يقيد القاضي، ولا يقيد إرادة المشرع في تعديل

---

(1)-المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 14 المؤرخة في 03 مارس 1993.

(2)-المرسوم التنفيذي: 94-69المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، الجريدة الرسمية، العدد 17، المؤرخة، في 30مارس 1994.

(3) -خديجة فاضل، المرجع السابق، صفحة34.

العقود،وذلك بالنص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي على العقود القائمة في ظل قانون معين [1]

و للمشرع السلطة المطلقة في تقرير إعمال القانون بأثر رجعي كلما رأى في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة، إلا أنه لا يمكن أخذ تدخل المشرع بأثر رجعي بإطلاق، بل يقتصر على الضرورة القصوى التي تقتضيها اعتبارات اجتماعية وسياسية واقتصادية؛ من أجل تحقيق العدل كهدف أسمى من الحرية والإرادة، هذا ما كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث اعتبرت أن قرار إلغاء تأميم أرض مشاعة صادرة في 1977/05/03 يكون له أثر رجعي مؤداه إبطال كل التصرفات الواردة على الأرض المؤممة أثناء فترة التأميم، ويترتب عنه رجوع الأطراف إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها من قبل [2]

الفرع الثالث: تعديل العقد بواسطة القاضي

يخول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في بعض الحالات الاستثنائية وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة، ومن أمثلة النصوص القانونية التي تعطي للقاضي سلطة تعديل العقد نص المادة 107 /3من التقنين المدني الذي يعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة، ونص المادة 110من التقنين المدني الذي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو الإعفاء منها، ونص المادة 119من التقنين المدني الذي تخول للقاضي سلطة منح أجل للمدين، ونص المادة 184من التقنين المدني الذي يخول للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، وهذا ما نعرض له.

أولا: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة

تنص المادة 3/107 من التقنين المدني على أنه (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح

---

(1) –المرجع نفسه، صفحة37.

(2)–قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية صادرة بتاريخ1983/03/30، ملف رقم 27972 المجلة القضائية، العدد02، صفحة42.

مستحيلا صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد الأدنى المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)

يتضح من نص المادة أن القانون قد خول للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العلاقة بين المتعاقدين على نحو يحقق العدالة من جهة ويساعد على استمرار العقد وتنفيذه من جهة أخرى.

ا: شروط تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

أ1-الشروط الواجب توافرها في العقد

- أن يكون العقد متراخي التنفيذ: حتى يمكن أن تكون الظروف الطارئة سببا لتعديل العقد يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ، ذلك أنها ذا كان تنفيذ العقد قد تم فور انعقاده، فان الالتزامات التي نشأت عن العقد تكون قد انقضت بالوفاء، وبالتالي لا تكون هنالك التزامات قائمة يمكن تعديلها [1]

– **أن لا يكون العقد احتماليا:لا** تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية التي تحتمل بطبيعتها الكسب أو الخسارة الجسيمة، وتقوم على المخاطرة فليس للمتعاقد الذي يصاب بخسارة من جراء تنفيذ هذا العقد طلب تعديله استنادا إلى نظرية الظروف الاستثنائية، لأن عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات .[2]

ا2-شروط الحادث الطارئ

حتى يمكن أن يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد يجب أن يتوافر فيه الصفات آلاتية:

---

(1)–جلال علي العدوي، مصادر الالتزام منشأة المعارف، مصر، 1997، صفحة260.

(2)–محمد حسين منصور ،المرجع السابق، صفحة354

- أن تكون هذه الحوادث عامة لا خاصة بالمدين

مثال الظروف العامة الحرب أو الوباء، أما ظروف المدين الخاصة ولو كانت استثنائية، مثل حريق شب في محصوله، فلا تدخل في مفهوم الظروف الطارئة، وكذلك إفلاس المدين أو موته [1]

-أن يكون هذا الحادث استثنائيا

يمكن أن نعرف الظرف الاستثنائي بأنه الأمر الذي يندر حدوثه [2]، فهو أمر غير متوقع بحسب المألوف في الحياة، وذلك كحدوث زلزال أو فيضان أو إعصار أو حرب. أو إضراب مفاجئ.

-أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول عند إبرام العقد

ومعيار التوقع ليس معيارا شخصيا، بل هو معيار موضوعي هو معيار الرجل المعتاد فيجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الحادث لو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد. لهذا لا يجوز للمتعاقد إن يطلب بتعديل العقد بسبب حادث لم يكن يتوقعه وقت إبرام العقد ما دام كان بوسع الرجل العادي إن يتوقع حدوثه.[3]

- أن يكون الحادث الطارئ غير ممكن دفعه أو تفاديه

فينبغي أن لا يكون في استطاعة المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه فلا تطبق النظرية عند وقوع حادث استثنائي كان من الممكن تفادي أو درء النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول.[4]

---

(1)-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008 صفحة99

(2)-مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، صفحة225

(3) - محمد حسين منصور المرجع السابق، صفحة 356.

(4)-المرجع نفسه، صفحة357.

ويقاس الأمر بمعيار موضوعي وفقا للشخص المعتاد والأمر من بعد يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي باعتباره من مسائل القانون [1]

- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا

و الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ يقوم على معيار يتغير بتغير الظروف، فلا يكون مرهقا لمدين ولا يكون مرهقا لمدين آخر، والمهم أن يهدد تنفيذ الالتزام المدين بخسارة فادحة غير مألوفة في التعامل، علما أن هذا الإرهاق لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم بشأنها العقد، ولا عبرة لمجموعة ثروة هذا المدين، أي أن الخسارة تنسب إلى الصفقة لا إلى مجموعة ثروة المدين [2]

أما إذا كان من شأن الحادث الطارئ جعل التزام المدين مستحيلا لا مرهقا، فلا تنطبق النظرية، فالاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، أما الإرهاق فلا يؤدي إلى ذلك، بل يكون سببا لطلب رد الالتزام إلى الحد المعقول [3]

ب – كيفية مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة

بعد تحديد شروط الحوادث الطارئة، نصت الفقرة الثالثة من المادة 107من التقنين المدني :(...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية... جاز للقاضي تبعا للظروف ومراعاة لمصالح الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ...) يثير هذا النص مسألتين: الأولى مسألة التزام القاضي بمراجعة العقد ءاذا توافرت الحوادث الطارئة والثانية كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

---

(1)–أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2006، صفحة174.

(2)–عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 2004، صفحة127.

(3)–رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، مصر، 2007، ص231

ب1-رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

فإذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ،فأنه يترتب أثرها وهو :

- إنقاص التزام المدين

إن الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم بت، كأن يكون ملزما بألف قنطار من السكر فلا يلزم تبعا للظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المتفق عليه؛ وقد يتمثل الإنقاص في تخفيض ثمن الشراء، إذا كانت قيمة الشراء مرهقة بالنسبة للمشتري.[1]

أن الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين. ومعنى ذلك أن المدين يستحمل حتما الخسارة المألوفة، بينما يحاول القاضي- في ضوء ظروف العملية العقدية – أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين، مراعيا مصلحة كل واحد منهما.

- زيادة التزام الدائن

يعتقد بعض فقهاء القانون أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في التزامات الدائن، وبالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين، وهكذا فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين.ويرى أنصار هذا الرأي أن النتيجة واحدة سواء زدنا في التزام الدائن أو أنقصنا من التزام المدين ففي كلتا الحالتين يتحمل كل من المتعاقدين جزء من الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ. غير أننا نشك في صحة هذا الرأي لعدة أسباب منها، وضوح نص المادة 107 من التقنين المدني الذي يقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق، وهو التزام المدين .كما أن المشرع استعمل في النص الفرنسي عبارة <<réduire>> والتي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل. فنية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير ولو كان الأمر غير ذلك لعبر عنه بكل وضوح [2]،مثل ما فعل في الفقرة الثالثة من المادة 561 من التقنين المدني (على أنه إذا انهار

---

(1)- علي فيلالي ،المرجع السابق ، صفحة 304

(2) – المرجع نفسه ، صفحة 305- 306 .

التوازن الاقتصادي بين التزام كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد)

- **وقف تنفيذ العقد**

وقد يختار القاضي لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين ،لا إنقاص التزام المدين ولا زيادة التزام الدائن وإنما يختار أن يوقف العقد مدة معينة حتى تنتهي هذه الظروف الاستثنائية، وتعود الأمور إلى مجراها الطبيعي، وقد يختار القاضي بدلا من هذا الوقف أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه بالصورة التي يضع إطارها القاضي لتحقيق التوازن. [1]

وينبغي ملاحظة انه لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، فسلطته مقصورة على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ومعنى ذلك الإبقاء على الالتزام وبالتالي على العقد.[2]

ثانيا: مواجهة القاضي الشروط التعسفية في عقد الإذعان

تنص المادة 110 من التقنين المدني(إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعطي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك)

يتضح من نص المادة أن المشرع منح للقاضي سلطة استثنائية، تتمثل في إمكانية تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان تحقيقا للعدالة.

ا-تعريف عقود الإذعان التعسفية

عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد أطراف العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه، دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو

---

(1)- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، صفحة233 -243

(3) - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، صفحة 326.

الشروط أو الأحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مناقشة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد [1]

أما بالنسبة للشرط التعسفي فهو ذلك الذي يضعه أحد الأطراف "الطرف القوي" مسبقا ويفرضه على الطرف الآخر " الطرف الضعيف "الذي يجب عليه قبوله أو رفضه جملة واحدة ويفرضه عليه نتيجة التعسف في استعماله لسلطته الاقتصادية وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية وغالبا ما يكون الطرف الآخر هو المستهلك ذو المركز الضعيف اقتصاديا وفنيا بالمقارنة معه [2]

ب-شروط تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

لقد أوجب المشرع توافر شروط معينة لتدخل القاضي في مثل هذه العقود والتي يمكن استخلاصها من نص المادة 110 من التقنين المدني.

ب1-أن يتم العقد بطريقة الإذعان

أن تدخل القاضي في عقد الإذعان يستلزم تأكده من طبيعة العقد إن كان عقد إذعان أو لا، وذلك بتوفر جميع شروط عقد الإذعان، فمجرد التفاوت في القوة الاقتصادية ،أواحتكار سلعة أو خدمة أو قيام أحد الطرفين بصياغة شروط العقد بإرادته المنفردة، واقتصار دور الطرف الآخر بقبولها دون مناقشتها، ولا يكفي لإلحاق وصف عقد الإذعان[3]

ب2-أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية

إذا توافرت في العقد شروط عقد الإذعان،ينتقل القاضي إلى مرحلة أخرى، وهي البحث في جوهر العقد المتمثل في مدى توافر الشروط التعسفية ،حيث نذكر منها على سبيل المثال:

---

(1)- كريمة بركات حماية المستهلك من المخاطر الناجمة عن استعمال المتوجات والخدمات، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، معهد الحقوق، جامعة تيزي وزو، صفحة130.

(2)-المرجع نفسه، صفحة130

(3)-أنيسة دحمون، لويزة بوزيد، حدود القوة الملزمة للعقد الظرف الطارئ-الشرط التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون الخاص، جامعة تيزي وزو، صفحة 86.

1-شرط استبعاد المسؤولية بالضمان

2-شرط تعديل العقد بالإرادة المنفردة

3-شرط التنازل عن اللجوء إلى انقضاء لفض النزاع

4 -الشرط الجزائي والذي يتحول إلى شرط تعسفي عند مبالغة الطرف الآخر في تحديد التعويض. (1)

ب3-طلب تدخل القاضي حق مخول لكل ذي مصلحة

إن تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان غير محصورة بوجوب تقديم الطلب من طرف المتعاقد المذعن فقط ،بل هو حق مخول لكل ذي مصلحة، بما فيه القاضي الذي يتدخل من تلقاء نفسه؛ وذلك لارتباط سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان بالنظام العام،وهذا ما يستشف من عبارة " ... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "(2)

ت-سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

تتدخل سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية صورتين: الأولى تتمثل في سلطة تعديل هذه الشروط، بحيث تتوازن مصالح كل طرف في العقد، أما الثانية فتتمثل في سلطة إعفاء الشروط التعسفية كلية إن لم يستطع تعديلها بما يتناسب ومصلحة الطرفين.

ت1-سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

يبقى القاضي في تدخله بهذه الصورة على الشروط الموضوعية في العقد، إلا أنه يتناولها بالتعديل.وقد تكون هذه الشروط جوهرية في العقد ،مثل الشروط المتصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي يتلقاها، أو الثمن في عقد البيع، فيصعب

---

(1)-الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 2001 - 2002، صفحة65

(2)- يظهر من صياغة المادة 11 من التقنين المدني أنها قاعدة آمرة حيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها وعليه فالقاعدة الآمرة يجوز لكل ذي مصلحة بما فيه القاضي الطعن بمخالفتها.

الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها؛فيكون التعديل هو أنسب وسيلة لرفع الإجحاف والظلم عن الطرف المذعن. وقد يتعلق التعديل في حد ذاته بالزيادة في الشرط أو الإنقاص منه؛ فيكون التعديل بالإنقاص من الشرط عن طريق إزالة المظهر التعسفي فيه بما يحقق التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد [1]

ومن أمثلة ذلك:

-أن يرد شرط في صورة شرط جزائي مبالغ فيه فيعتبر ذلك شرطا تعسفيا، وفي هذا الصدد يرى لعشب محفوظ أن للقاضي مكنتين: إما بإعمال أحكام المادة 184من التقنين المدني والمتعلقة بالشرط الجزائي، أو إعمال أحكام المادة 110من التقنين المدني المتعلقة بعقد الإذعان[2]

أما فيما يخص التعديل بالزيادة، فيتحقق بزيادة التزامات الطرف المحتكر و من أمثلة ذلك:

-الشرط الذي يرد في عقد التأمين يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بأمور معينة خلال سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، وتكون الفترة المحددة غير معقولة، فيكون تدخل القاضي بتعديل الفترة بالزيادة فيها، وبالتالي يرفع التعسف عن عاتق الطرف المذعن[3]

ت2-سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية

يلجأ القاضي لاستعمال سلطته في الإعفاء من الشروط التعسفية حينما يقدر أن تعديل الشرط التعسفي غير مجد لإزالة التعسف الذي اتسم به الشرط [4]

---

(1) -أنيسة دحمون، لويزة بوزيد، المرجع السابق ،صفحة102

(2)-لعشب محفوظ بن حامد عقد الإذعان، في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990، ص179 1990،صفحة179

(3)-أنيسة دحمون، لويزة بوزيد، المرجع السابق صفحة103.

(4) - المرجع نفسه، صفحة104.

و من أمثلة الشروط التعسفية التي يتدخل القاضي لإلغائها، ما يتعلق بعقد التأمين كالشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة، كذلك الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول [1]

و تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي تتوقف عند تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، فليس له سلطة إلغاء العقد وذلك لسببين:

أولا: لم يقر نص المادة 110من التقنين المدني منح القاضي سلطة إلغاء العقد وعليه فلا يجوز تحميل النص أكثر مما يتحمله.

ثانيا: يشكل تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها عاملين لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها كونه يحول دون إنهاء العقد، وهذا يضمن استقرار وبقاء العقد، وكذا ضمان خطر إنهائه لتعلق هذا الأخير بسلع وخدمات ضرورية، لا تستقيم حياة الأفراد بدونها [2]

ثالثا : منح المدين أجلا (نظرة الميسرة)

تعتبر نظرة الميسرة أجلا قضائيا [3]يمنح القاضي للمدين بدين حال الأداء، متى استدعت حالته ذلك، ولهذا تعتبر نظرة الميسرة أحد أنواع الأجل (اجل قضائي)، حيث يتدخل القاضي بمقتضاه في تنفيذ العقد، وذلك بتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين أو المنصوص عليه في القانون .

فنظرة الميسرة هي مهلة ،يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ، بدين مستحق الأداء، وذلك سندا للظروف السيئة التي يوجد فيها المدين، فهي وسيلة استثنائية، وسلطة تقديرية أعطاها القانون للقاضي بقصد مساعدة المدين، وذلك عن طريق تأجيل الوفاء بالدين أذا

---

(1)– أنيسة دحمون، لويزة بوزيد،المرجع السابق ، صفحة104

(2) – المرجع نفسه ،صفحة105

(3)– عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ،لبنان، 2006، صفحة 119 .

استدعت ظروفه ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، فازا حل أجل الدين والمدين في عسرة بسبب ظروف استثنائية يمكن زوالها،جاز للقاضي أن يمنحه أجلا لعل الله يؤتيه من بعد عسر يسرا، وذلك بشرط عدم الاضطرار الجسيم بالدائن.[1]

ومن أمثلة النصوص القانونية التي تعطي للقاضي سلطة منح أجلا للمدين، المادة 2/119 من التقنين المدني . (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف...)، وكذلك نص المادة 2/281 من التقنين المدني :(غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة...).

فإعطاء المدين مهلة (نظرة الميسرة) للوفاء بدينه أمر جوازي للقاضي، فله السلطة التقديرية في منح المدين هذه المهلة إذا قدر أن ظروفه تبررها، كما له أن يرفضها إذا رأى ذلك ويجب على القاضي الاعتداد بالحالة الاقتصادية العامة، ومدى مساهمتها في إساءة مركز المدين، ومثال ذلك انخفاض قيمة النقود وارتفاع أسعار المواد الأولية، إضافة إلى عوامل أخرى، مثل : رابطة القرابة أو الصداقة.[2]

وأما عن المدة أوالمهلة فيجب أن تكون معقولة، وقد تكون المهلة أو الأجل واحد، أو عدة آجال.

رابعا : تخفيض الشرط الجزائي

قبل أن نتطرق إلى سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي يقتضي الأمر أن نعطي صورة واضحة عن هذا النظام القانوني وذلك بتعريفه. وعلى هذا الأساس نتناول أولا:تعريف الشرط الجزائي ثم إلى الحالتين التي يمكن للقاضي فيهما أن يخفض الشرط الجزائي.

---

(1)- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، صفحة 120 .

(2)-المرجع نفسه ، صفحة 123 .

-تعريف الشرط الجزائي

عرف الأستاذ أنور سلطان الشرط الجزائي بأنه "اتفاق يقدر فيه المتعاقدين سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه "[1]

كما عرفها لأستاذ عبد المنعم البدراوي بأنه"اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه "[2]

وقد عرفه الأستاذ عبد المجيد الحكيم "اتفاق بين الطرفين يحدد مقدما مقدار التعويض الذي على المدين أن يدفعه إلى دائنه في حالة عدم تنفيذه التزامه أو تأخره في تنفيذه"[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه لم يقم بتعريف الشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد شرعيته في نص المادة 183 من التقنين المدني التي تنص "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ..." وبيان أحكامه في المادتين 184 و185 من التقنين المدني .

ب- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

للقاضي رفض الأخذ بالشرط الجزائي إذا أثبت المدين بأن الدائن لم يلحقه أي ضرر ،أما إذا عجز عن ذلك الإثبات كان للقاضي الأخذ بالشرط ،ولكن يحق له أن يخفضه في حالتين : أولها المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء ،و ثانيها تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي .

---

(1)-أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة ،لبنان ،1980،صفحة71.

(2)-عبد المنعم البدراوي النظرية العامة للالتزام ،الجزء الثاني ،أحكام الالتزام، دار النهضة العربيةدون ذكر بلد النشر،1986،صفحة80

(3)-عبد المجيد الحكيم ،شرح القانون المدني الجزء الثاني ،أحكام الالتزام ،دار الحرية للطباعة ،دون ذكر البلد، 1977 ،صفحة353.

ا- تخفيض الشرط بسبب المبالغة الكبيرة في تقديره

الأصل أن الشرط الجزائي اتفاق، والقانون يحترم إرادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه، من تحديد لمقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل مدينه بالتزامه، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان مبالغا فيه .

وما يلاحظ على أن النص الجزائري بصدد هذه الحالة أنه اكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي دون أن يرشده إلى كيفية تقدير المبالغة، وطريقة تخفيضها، فهل يقدر القاضي هذه المبالغة على أساس المعيار الشخصي، أو على أساس المعيار الموضوعي ؟ كما أن السؤال الذي يطرح نفسه أيضا، متى يتم هذا التقدير، هل وقت إبرام العقد أم وقت تنفيذه؟

أولا : تطبيق المعيار الموضوعي لتقدير المبالغة في الشرط الجزائي

إذ يتمثل في مقارنة مبلغ الشرط الجزائري بالضرر الذي وقع . وهنا تعني المبالغة عدم التناسب الكبير بين الضرر والشرط الجزائري.[1]

ثانيا : تطبيق المعيار الشخصي لتقدير المبالغة في الشرط الجزائي

إذ يتمثل في تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من الطرفين مثل الظروف الشخصية للمدين، حسن النية أو سوؤها، وكذلك حالته المالية.[2]

وفي نظرنا أنه لا يمكن للقاضي أن يأخذ بالمعيار الشخصي، بل هذا الأخير يعتد به في مرحلة لاحقه، وهي عند تخفيض الشرط الجزائري، أما تقدير المبالغة فلا يكون ألا بناء على المعيار الموضوعي، وعلة دلك أن المبالغة تقضي حتما بوجود فارق كبير بين قيمتين هما : الضرر والشرط الجزائري، ولا يمكن تحديد المبالغة الصارخة بتقدير القيمتين.[3]

---

(1) – عبد الله نجار، الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983، صفحة 189 .

(2) - المرجع نفسه ، صفحة 190

(3) –المرجع نفسه ،صفحة 190.

وتحديد وقت تقدير المبالغة على قدر كبير من الأهمية، نظرا لتدهور القيمة النقدية أو أثارها، فيجب أن يكون التقدير يوم أن يصبح الشرط الجزائري مستحقا أي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ.[1]

ب- **تخفيض الشرط الجزائري بسبب التنفيذ الجزائي للالتزام**

يستحق الشرط الجزائي في حالة عدم تنفيذ الالتزام، أما إن كان الالتزام قد نفذ في جزء منه، تعين إسقاط قدر من الشرط يعادل القدر الذي تم تنفيذه من الالتزام، بشرط أن يكون القدر الباقي من الشرط كافيا لجبر الضرر المترتب على تنفيذ ما تبقى من الالتزام، فان كان التنفيذ تم بالنسبة لصنف الالتزام، فلا يلزم أن يكون الشرط الجزائي مستحقا في نصفه فقط، أنما يلزم مراعاة الضرر الذي قد يلحق بالدائن بسبب توقف المدين عن تكملة التنفيذ، ثم يقدر التعويض على هذا الأساس، وما زاد عنه من الشرط الجزائي، يكون من حق المدين، فلا يقضي بإلزامه إلا بقدر ما أصاب الدائن من ضرر .[2]

الفصل الثاني: تحديد موضوع العقد

رأينا فيما سبق أن العقد شريعة المتعاقدين، أي القانون الذي ينظم علاقة المتعاقدين بعضها ببعض بالنسبة للعلاقة الخاصة التي تنشأ بينهما بالعقد. هذه العلاقة هي موضوع العقد، ولتوضيحها يجب تفسير إرادة المتعاقدين من خلال نصوص وشروط العقد القائم

(1)-عبد الله نجار، المرجع السابق، صفحة191.

(2)- أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر، 2005، صفحة 422 .

بينهما، وهذا التفسير له قواعد يجب إتباعها من قبل القاضي ؛ ليقف على حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان.

ومعرفة ما قصد إليه المتعاقدان، تحدد لنا طبيعة المعاملة التي قامت بينهما، أي يتحدد الوصف القانوني للعقد القائم بينهما، أن كان عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد شركة... الخ. وهذا ما يقال عنه <<تكييف العقد>> حيث تعتبر هذه المسألة من المسائل يبنى عليها تحديد الأحكام القانونية التي تنطبق على العقد، وبالتالي تحديد الحقوق والالتزامات التي تنشأ، بحكم هذا الوصف.

ولهذا فان حديثنا عن تحديد موضوع العقد، سيتناول المسائل الثلاث الآتية:

تفسير العقد ،وتكييفه، وأخيرا تحديد نطاقه من حيث ما يترتب عليه من حقوق والتزامات.

المبحث الأول: تفسير العقد

من محاسن الشكلية التقليدية أنها تجنب العاقدين كل لبس أو غموض في مدلول العقد؛ لان إتباع الصيغة أو الفعل أو الشكلية أو المقرر، يترتب عنه معنى معينا ودقيقا، سواء انصرفت إليه إرادة المتعاقدين أو لم تنصرف. أما الرضائية التي تيسر العمليات العقدية، فإنها كثيرا ما تسيء إلى العاقدين، فإلى جانب احتمال إغفالها لبعض التفاصيل، قد يكون التعبير عن إرادتهما غير دقيق فيصبح مدلول اتفاقهما غامضا، وقد يكون محل شك، معا يستدعي تدخل القاضي لتحديد هذا المدلول عن طريق تفسير العقد. (1)

لذا أتطرق من خلال هذا المبحث إلى مفهوم التفسير، كعملية فنية ،بتعريفه وتمييزه عن الأنظمة التي تشابهه في المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني إلى أنماط التفسير وأخيرا إلى رقابة المحكمة العليا تحسبا لكل تحريف في المطلب الثالث.

(1) –علي فيلالي، المرجع السابق، صفحة307 .

المطلب الأول: مفهوم التفسير

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التفسير و تمييزه عن باقي الأنظمة المقاربة له.

الفرع الأول: تعريف التفسير

تعددت تعاريف التفسير في معناه الاصطلاحي ؛ حيث استند البعض في تعريفه إلى الهدف من عملية التفسير، والذي يتمثل في تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه هو " تحديد مضمون القاعدة أي المعنى المراد منها " [1]كذلك عرفه الأستاذ علي فيلالي : ((تأويل العقد هو أن يصل إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النضر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة))[2]

ويقول الأستاذ محمد صبري السعدي : ((هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين))[3]

و يعرفه الدكتور عبد الحكم فودة على انه :((تلك العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، من اجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا إلى العقد في حد ذاته والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به))[4]

و بصيغة أخرى التفسير يعني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم نظرية التفسير عند معالجته أثار العقد في المادتين 111 و112 من التقنين المدني، إلا انه استعمل في المادتين مصطلح التأويل بدلا من التفسير، لكن بالرجوع إلى النص الفرنسي نجده استعمل مصطلح (interprétation) الذي يعني التفسير ومن المرجح أن نستعمل مصطلح التفسير بدلا من التأويل،فالأصل في كل نص أن له معنى ظاهرا والمراد فهمه وليس هناك مجال لإهداره أو تغييره أو أرادة

---

(1) – جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة، دون ذكر بلد النشر، 1972، صفحة 84.

(2)– علي فيلالي، المرجع السابق، صفحة 307 على الهامش.

(3) – محمد صبري السعدي، المرجع السابق،صفحة 228.

(4) – عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، مصر، 1993، صفحة 11.

معنى آخر محتمل. فالنص يجب أن يكون مفسرا وقطعي الدلالة، أما إذا كان المعنى الظاهر قابلا للصرف إلى معنى آخر مرجح فيكون النص قابلا للتأويل، ويصبح معنى النص في هذه الحالة على سبيل الظن لا القطع[1].

الفرع الثاني: تمييز التفسير عن الأنظمة المقاربة له

هناك أنظمة عديدة مقاربة لتفسير العقد يجب أن نفرق بينها وبين التفسير؛ لان تمييزها عن التفسير مهم جدا لاختلاف آثار كل منها.

أولا : الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد

إن تفسير العقد يختلف عن تكميل العقد من حيث الأساس، وذلك أن التفسير أساسه الأول هو غموض التعبير للمتعاقدين.أما أساس تكملة العقد فهو النقص في تنظيم العقد. [2]

فالمقصود بتكميل العقد هو سد نقص فيه، لا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ،ومن ثمة لا ينصب التكميل على مضمون العقد بقدر ما ينصب على آثاره.[3]

ويقوم التفسير على إرادة المتعاقدين، إذ يفترض التفسير تعبيرا صدر عن المتعاقدين ولو كان هذا التعبير غير موفق.أما التكميل فيفترض نقص في تنظيم العقد تتعين تكملته.[4]

فالقاضي يرجع إلى الأحكام التكميلية في المسائل التي تركها المتعاقدان ولم يتفقا عليها إذ انه كثيرا ما يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة بينهم في جميع التفاصيل، إما لعدم

---

(1)- فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2003-2004 صفحة 12.

(2) -عبد الحكم فودة، المرجع السابق، صفحة 15.

(3)- فطيمة عاشور، المرجع السابق، صفحة22.

(1)- عبد الحي الحجازي ، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي ، دراسة مقارنة ، المصادر الإرادية ن العقد و الإرادة المنفردة ، مطبوعة جامعة الكويت ، الكويت ، 1982 ، صفحة 566.

توقعها أو اعتمادا على أحكام عقود سابقة في بعض التفاصيل[1] وهنا تتدخل القواعد التكميلية المؤثرة قانونيا والمتمثلة في القانون، والعرف، والعدالة، وطبيعة الالتزام.

وما تجدر ملاحظته أن القاضي لا يستطيع تكملة العقد، سواء بالرجوع إلى القانون أو العرف والعادات والعدالة،إلا في حالة عدم تنظيم إرادة المتعاقدين لمسألة من المسائل، فأولا يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة، فإذا عجز عن هذا فعلية أن يكمل العقد باللجوء إلى وسائل التكميل حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه. [2]

ثانيا : الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون

هناك علاقة بين العقد والقانون، ذلك أن تفسير العقد غالبا ما يستلزم تفسير القانون.والمقصود بتفسير القانون: ((تلك العملية المنطقية التي يتم خلالها الكشف عن مضمون النص التشريعي وبمعنى آخر هو توضيح معنى القاعدة القانونية وكذلك نطاق تطبيقها))[3]

الفرق بين التفسيرين يكمن في أن يقتصر الأثر القانوني في العقد على المتعاقدين أو على الغير ممن له مصلحة، بينما القانون يعني أفراد الجماعة.

القانون هو تعبير المشرع فيما أراده، في دائرة معينة ،يحصل في محيطها التقاضي بينما العقد هو الوسيلة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتيهما المشتركة في أمر معين ومحدد وبذلك يسهل التعرف على أرادتيهما.[4]

---

(1)- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، صفحة 310

(2)- المرجع نفسه ، صفحة310.

(3)-محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية وهران، 1984، صفحة 23 .

(4)- فطيمة عاشور، المرجع السابق ،صفحة26.

ثالثا: الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد.

هناك علاقة وثيقة بين التكييف والتفسير، ذلك أنه لا يمكن تفسير العقد دون تكييفه؛ فالتكييف يساعد على معرفة طبيعة التعامل، وهذا يساعد القاضي في عملية التفسير اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة ،ويسمح أيضا بتحديد الغرض الخاص لهذه العملية وان القاضي ملزم بكيف العقد طالما ثار نزاع حول وصفه.[1]

وعليه فان الفرق بين التفسير والتكييف يكمن في أن: التكييف يهدف إلى معرفة طبيعة ما أراد الطرفان إبرامه، والقواعد القانونية التي تطبق عليه، والآثار التي تترتب على هذا التصرف، أما التفسير فيستعمل لمعرفة حقيقة ما أراده الطرفان من خلال الألفاظ التي استعملاها.[2]

رابعا: الفرق بين تفسير العقد وتعديل العقد

إن تعديل العقد ثلاثة أنواع: تعديل اتفاقي أي بإرادة الطرفين في العقد على أساس المادة106 من التقنين المدني الجزائري، وتعديل تشريعي أي إصدار تشريع يقرره، وتعديل قضائي يجريه القاضي بمناسبة نزاع بين الطرفين. [3]

وان نظامي تعديل العقد وتفسير العقد يتفقان كلاهما في أنهما لا يثاران إلا في فترة لاحقة لتكوين العقد أو إبرامه والنقطة المهمة في هذا التميز، هي أن القاضي لا يتوصل إلى تعديل العقد إلا من خلال قيامه بمهمة التفسير.[4]

---

(1) – المرجع نفسه، صفحة27.

(2)–المرجع نفسه ، صفحة27.

(4)–حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون جامعة الجزائر، معهد الحقوق بن عكنون، 1996، صفحة 9.

(4) – فطيمة عاشور، المرجع السابق، صفحة، 28.

أما أوجه الاختلاف فتمكن في أن التفسير يستند فيه القاضي إلى إرادة المتعاقدين، بينما التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدين ورغما عنها، ويقوم على أساس العدالة، يمارسه القاضي بموجب سلطة استثنائية ،على خلاف الأصل الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين غير أن التفسير يمارسه القاضي كلما استلزم الأمر.ذلك أن سلطة التعديل لا يقوم بها القاضي إلا بموجب نص قانوني خاص يقرره[1].

المطلب الثاني: أنماط التفسير

لكي يمكن تفسير العقد لا بد من الرجوع إلى العبارات التي استخدمها العاقدان للتعبير عن إرادتهما.والمعروف أن العبرة بما اتجهت إليه الإرادة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان، وما العبارات المستعملة إليه إلا وسيلة لبيان الإرادة، ولكن بطبيعة الحال لا يستطيع القاضي أن يتعرف على الإرادة الحقيقية إلا بواسطة تلك العبارات بعد أن يفسرها.

والعبارات المستخدمة لن تخرج عن حالات ثلاث: إما أن تكون واضحة الدلالة على مقصود العاقدين، وإما أنتكون غير واضحة الدلالة على إرادتهما المشتركة، والحالة الأخيرة أن يقوم هناك شك في استيضاح تلك الإرادة لغموض العبارات.[2]

الفرع الأول : حالة وضوح عبارات العقد

سوف نتطرق إلى التعريف بالعبارات الواضحة ثم إلى أي مدى يجوز تفسير هذه العبارات.

أولا: تعريف العبارة الواضحة

المقصود بوضوح العبارة هو التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة،فالعبارة الواضحة هي تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية

---

(1) – حميد بن شنيتي ، المرجع السابق ، صفحة 12.

(2) – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، صفحة 289.

للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها، طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة[1].

ثانيا: مدى جواز تفسير العبارات الواضحة

تنص المادة 111 / 01 من التقنين المدني: ((أذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين))[2] ويتضح من هذاالنص 01 أنه لا يجوز للقاضي أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة، وأنه يجب عليه أن يأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له أن يفسرها.

ألا أن الفقه قد اختلف فيما يخص قصد المشرع بالعبارة الواضحة في هذه المادة القانونية، فانقسم إلى اتجاهين:

ا– الاتجاه الأول

يرى هذا الاتجاه أن نص المادة 01/111 من التقنين المدني الجزائري إنما جاء واضحا ،على أساس أنه لا يجوز أطلاقا البحث وتفسير العبارات ،ما لم يكن هناك ما يبرره من غموض أو إبهام في العبارات.[3]و قد تبنى الفقه الألماني هذا الاتجاه وفي رأيهم أن العبارات ما هي إلا وسيلة يستعملها الأطراف للتعبير عن إرادتهم الباطنة ولهذا فأن العبارات تعبر بوضوح عن الإرادة الباطنة.

وقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه على عدت حجج لتبيين عدم جواز تفسير العبارات الواضحة، منها:

---

(1) –فطيمة عاشور، المرجع السابق، صفحة 37 .

(2)–يقابلها نص المادة 150/ 01 من القانون المدني المصري، والمادة 151 من القانون المدني السوري، والمادة 152 من القانون المدني اللبناني.

(3)– فطيمةعاشور ، المرجع السابق، صفحة38.

أ –أن تفسير العبارات الواضحة مخالفة لنص المادة 111 من التقنين المدني((إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها))[1]، فالمادة السالفة الذكر تعتبر العقد ذا قوة ملزمة ،وهو شريعة للمتعاقدين، ومن ثم على القاضي احترام النصوص الواضحة ولا يخرج عنها.

ب –الخشية من تحكم القاضي إذا ما ذهب عن معنى مغاير للعبارات الواضحة دون آن يكون لديه أساس يستند إليه لاستخلاص الإرادة الحقيقية إلا الحدس والتخمين، إذ يطلق لخياله العنان في تقصي الرادة، وهو بذلك يعيد بناء العقد على هواه. [2]

ب – **الاتجاه الثاني:**

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن المشرع عندما نص على عدم جواز تفسير العبارة الواضحة إنما قصد وضوح الإرادة لا اللفظ، وانه ليس المقصود بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدى، بل وضوح دلالة العقد بصورة عامة، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة.[3] حيث يرى هذا الاتجاه أن السيادة للإرادة الحقيقية للطرفين على التعبير المادي عنها، ومن أجل هذا فمتى كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في الكشف عن أرادة الطرفين الحقيقية، فعندئذ يستخلص القاضي إرادة الطرفين من المعنى الظاهر لعبارة العقد.

أما إذا جاءت هذه العبارة الواضحة في ظاهرها ،ولكنها متعارضة في الواقع مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فأن الوضوح لا يمنع التفسير بل يتعين البحث عن الإرادة الحقيقية لان وضوح الألفاظ لا يعني وضوح الإرادة.[4]

فهذا الاتجاه يرى بأنه يجوز تفسير العبارة الواضحة ودليلهم في ذلك:

---

(1) – يقابلها نص المادة 1143 من التقنين المدني الفرنسي.

(2)– عبد الحكم فودة، المرجع السابق، صفحة 71.

(3)–فطيمة عاشور، المرجع السابق، صفحة 39.

(4)– قد كان هذا الرأي من محمد صبري السعدي، المرجع السابق، صفحة 291، أنور سلطان، المرجع السابق صفحة 311، سليمان مرقس، المرجع السابق، صفحة 340.

– إن المادة التي وضعت أساس نظام التفسير، وبالنظرة الفاحصة لهذه المادة، نجد أنها تقرر بشكل واضح وجوب البحث عن النية المشتركة للطرفين، دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فهي تطلب مراعاة الإرادة الحقيقية أفضل من التوقف عند الإرادة الظاهرة.[1]

الفرع الثاني: حالة غموض عبارات العقد

تنص المادة 111 /02 من التقنين المدني: ((أما إذا كان هناك محل تأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات))

يتبين من خلال هذا النص، أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى تفسير القضاء، الذي عليه أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين، فالقاضي في حالة ما إذا ثبت لديه غموض في العقد وجب عليه تفسير العبارة الغامضة، وهو الحال في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/07/ 1997 الذي قضى بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على غموض إذ ينص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر، ويتبين أن قضاة الموضوع قد استعملوا حقهم في التأويل ما دام العقد غامضا فيما يخص مبلغ النفقات الواجب تسديدها. [2]فتفسير العقد إذن يقتضي استخراج الارادة المشتركة.

ولكن ما هي الوسائل التي يستعين بها القاضي للوصول إلى النية المشتركة؟

أن للقاضي قواعد عديدة يمكنه الاعتماد عليها في عملية التفسير، منها ما هو داخلي أي مستمد من العقد ذاته ومنها ما هو خارجي أي محيط بالعقد، وسوف أدرس كل هذه

---

(1)– فطيمة عاشور، المرجع السابق، صفحة 41.

(2)–قرار صادر من المحكمة العليا منشور بالمجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني، تحت رقم 149300 بتاريخ 23/ 1997/07، صفحة51

القواعد على حدة فسنعرض أولا متى تكون العبارات غامضة، وثانيا، قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد والقواعد المستمدة من خارج العقد.

أولا : الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة

ليس هناك معيار فاصل لتمييز العبارة الواضحة عن العبارة الغامضة، إضافة إلى أن المشرع لم يعرف العبارة الواضحة ولا العبارة الغامضة، وإنما تولى الفقه والقضاء بحصر بعض العيوب التي تؤدي إلى غموض العبارات.

أ-العبارة المبهمة

وهي العبارة الغامضة التي لا تفيد شيئا وبذلك يتعذر أن يعرف مقصودها وتؤدي إلى استحالة الوصول غالى المعنى المراد منه.

ب-التناقض

وهو أن تحمل العبارة أكثر من معنى للدلالة.[1]

ت-النقص

وهو إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل المهمة التي لولاها لما استقام المعنى والحكم[2]، ومثال ذلك ما يتضح من قرار صدر من المحكمة العليا بتاريخ 13/ 04/ 1983 جاء فيه : ((حيث أن المتعاقدين في عقد بيع السيارات لم يشيرا إلى الرسم الذي هو إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك في عملية استيراد السيارات.وبذلك أصبح الأمر من صلاحية القاضي فله سلطة تقديرية في تفسير علاقة البيع))[3]

---

(1) - فطيمة عاشور، المرجع السابق، صفحة43.

(2)- المرجع نفسه، صفحة 43.

(1) – قرار صادر من المحكمة العليا منشور بالمجلة القضائية لسنة 1997 ، تحت رقم 149300 بتاريخ – 1997/07/23 ، صفحة51.

ث-**الخطأ:**

تكون العبارات ظاهريا واضحة لا غموض فيها، ولكن تؤدي في مجموعها إلى معنى غير معقول؛ فيعتبر بذلك النص معيبا ؛لأنه ينطوي على خطأ .[1]

ثانيا: قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد:

ذكر القانون منها طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين،

و إلى إلى

إذا

و

(1) - صفحة 44.

(2) - صفحة .

(3) - صفحة

( ) - صفحة .

يتضمنها اتفاقهما. بحيث لا يتقيد القاضي في تكييفه للعقد بالوصف القانوني الذي يطلقه عليه المتعاقدان، ولو كانت العبارات المستعملة في بيان هذا الوصف واضحة ؛ لأن الوصف الظاهر قد لا يطابق الحقيقة، إما بسبب خطأ المتعاقدين في اختيار العبارة أو إما بسبب رغبتهما في إخفاء حقيقة العقد.

و أخيرا أن يفرغ القاضي من تفسير العقد وتكييفه ينتقل إلى تحديد مضمونه، الذي لا يقتصر على ما ورد فيه وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول كذلك ما يعتبر من مستلزماته وفقا للقانون و والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

قائمة المراجع

أولا –المصادر:

- المعاجم اللغوية :

– محمد الباشا، الكافي، معجم عربي حديث، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 1992.

ثانيا-الكتب:

1- إبراهيم سيد احمد، سلسلة العقود القانونية المسماة، الجزء الثاني، عقد الوديعة فقها وقضاءا، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003.

2- العربي بلحاج، النظرية للعامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2007.

3-أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الأردن ، 2006.

-أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة، لبنان، 1980.

5- أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر،2005.

6- توفيق حسين فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام،مؤسسة الثقافة الجامعية ،مصر ،دون سنة نشر.

7- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، مصر، 1997.

8- جميل الشرقاوي ، دروس في أصول القانون ، دار النهضة، دون ذكر بلد النشر، 1972.

9- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2005.

10- رمضان أبو السعود،مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الطبعة ولى،مصر،2007.

11- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية، دون دار نشر، الطبعة السادسة، دون بلد نشر، 1987.

12- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، ، منشأة المعارف، مصر، 2005.

13- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف ،مصر، 1985.

1- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، ، الجزء الأول، دار التراث العربي ،1952.

15- عبد السلام ذيب، عقد دني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2001.

16- عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار النشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2004.

17- عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار الحرية للطباعة، دون ذكر بلد النشر، 1977.

18- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، (آثاره، وصافه، انتقاله، انقضاؤه)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بنان، دون ذكر سنة النشر.

19- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

20- عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997.

21- عبد الحي الحجازي ، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي ، دراسة مقارنة ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة ، مطبوعة جامعة الكويت ، الكويت ، 1982.

22- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، 1997.

23- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة ،الجزائر ،.2008

25- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2005.

26- لعشب محفوظ بن حامد،عقد ألاذعان في القانون المدني الجزائري المقارن،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1990.

27- محمد بن احمد تقية،الإرادة المنفردة للالتزام، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، دون بلد نشر، 1999.

28- محمد بن احمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة ، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأعمال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2003

29- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة ،الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون بلد نشر،2000.

30- محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة ،الأردن،1999.

31- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العق والإرادة ، دار الهدى، الطبعة الرابعة، 2007-2008.

32- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص القانونية في القانون والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية، وهران، 1984.

33- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة، المطبعة العالمية، الطبعة ، مصر، 1952.

34- مصطفى العويجي، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان، 2007.

35- مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

36- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، مصر1993.

ثالثا- الرسائل والمذكرات :

أولا : رسائل الدكتورة

1- حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتورة الدولة في ، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1996.

ثانيا : رسائل الماجستير

1- إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، (دراسة تحليلية نقدية)، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1994-1995.

2- أحلام قسمي، نقض العقد "إنهاء بالإرادة المنفردة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2012 -2013.

3- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001 -2002.

- أنيسة دحمون، لويزة بوزيد، حدود القوة الملزمة للعقد، (الظرف الطارئ ،الشرط التعسفي)، مذكرة ماستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

5- خديجة فاضل، تعديل العقد التنفيذ، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002.

6- عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1983.

7- فطيمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2003-2004.

8- كريمة بركات، حماية المستهلك من المخاطر الناجمة عن استعمال المتوجات والخدمات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الأعمال، معهد الحقوق، جامعة تيزي وزو.

9- محمود زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير،فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية1987.

ثالثا ـ المحاضرات:

- علي فيلالي، مذكرات في مصادر الالتزام، لطلبة السنة الثانية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر ، دون ذكر سنة النشر.

رابعا- النصوص القانونية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر1975 معدل ومتمم.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم, الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 12 يونيو 2005.

3- القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 افريل 1990، الجريدة الرسمية العدد 17، المؤرخة في 25 افريل .1990

- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993، تعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، العدد14، المؤرخة في 3 مارس .1993

5- المرسوم التنفيذي 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، الجريدة الرسمية، العدد 17، المؤرخة في 30 مارس .1994

6- 97-03، المؤرخ في 11 يناير 1997، الذي يحدد المدة القانونية للعمل، الجريدة الرسمية العدد 03، المؤرخة في 12 يناير .1997

7- الأمر 03-05، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية، العدد14، المؤرخة في 23يوليو .2003

8- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ,الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23افريل 2008.

9- القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 8 مارس 2009.

خامسا – المجلات القضائية :

1- المجلة القضائية، العدد الثاني، 1989.

2- المجلة القضائية، العدد الأول، 1997.

3- المجلة القضائية، العدد الثاني، 1983.

- المجلة القضائية ،العدد الثاني، 1997.

5- المجلة القضائية، العدد الأول، 1983.

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: القوة الملزمة للعقد 7
المبحث الأول : مبدأ العقد شريعة المتعاقدين 7
المطلب الأول :مفهوم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين..... 7
الفرع الأول : مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين..... 8
الفرع الثاني : أساس قيام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين..... 9
أولا–الأساس الفلسفي..... 9
المطلب الثاني : تنفيذ العقد 10
الفرع الأول :تنفيذ العقد بحسن نية 11
أولا :التعريف بمبدأ حسن النية..... 11
ثانيا : مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد..... 12
المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين 15
المطلب الأول: جواز نقض العقد..... 15
الفرع الأول: حالات نقض العقد 16
أولا :الحالات المقررة بنصوص قانونية 16
ثانيا: النقض على أساس اتفاق الطرفين..... 28
الفرع الثاني: أسباب النقض 29
أولا: تحريم الالتزام الأبدي..... 29
ثانيا: انتفاء الثقة..... 30
المطلب الثاني :جواز تعديل العقد 30
الفرع الأول :تعديل العقد باتفاق الأطراف 31
أولا : الأصل الحرية في تعديل العقد 31
ثانيا:القيود الواردة على حرية التعديل..... 32

الفرع الثاني : تعديل العقد بواسطة المشرع..... 34
أولا :مبرر تدخل المشرع..... 34
ثانيا: مظاهر التعديل القانوني 36
ثالثا: كيفية تدخل المشرع لتعديل العقد –التدخل الاستثنائي –..... 37
الفرع الثالث: تعديل العقد بواسطة القاضي..... 39
أولا: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة..... 39
ثانيا: مواجهة القاضي الشروط التعسفية في عقد الإذعان..... 44
ثالثا : منح المدين أجلا (نظرة الميسرة) 48
رابعا : تخفيض الشرط الجزائي 49
الفصل الثاني: تحديد موضوع العقد..... 52
المبحث الأول: تفسير العقد 53
المطلب الأول: مفهوم التفسير..... 54
الفرع الأول: تعريف التفسير 54
الفرع الثاني: تمييز التفسير عن الأنظمة المقاربة له 55
أولا : الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد..... 55
ثانيا : الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون 56
ثالثا: الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد..... 57
رابعا: الفرق بين تفسير العقد وتعديل العقد 57
المطلب الثاني: أنماط التفسير 58
الفرع الأول : حالة وضوح عبارات العقد 58
أولا: تعريف العبارة الواضحة 58
ثانيا: مدى جواز تفسير العبارات الواضحة..... 59

الفرع الثاني: حالة غموض عبارات العقد..... 61
أولا : الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة 62
ثانيا: قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد: 63
ثالثا: قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد..... 64
الفرع الثالث: حالة قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين..... 66
أولا: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين. 67
ثانيا: تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان 69
المطلب الثالث : دور المحكمة العليا في عملية تفسير العقد 71
الفرع الأول : التمييز بين الواقع والقانون في عملية التفسير..... 72
أولا : معيار التمييز بين الواقع والقانون 72
ثانيا : خضوع مسائل القانون إلى رقابة المحكمة العليا..... 72
الفرع الثاني: سلطة قاضي الموضوع في تفسير الوقائع 73
أولا: حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسيره للوقائع 73
ثانيا: النتائج المترتبة عن السلطة التقديرية للقاضي 74
المبحث الثاني: تكييف العقد..... 75
المطلب الأول: مفهوم التكييف..... 75
الفرع الأول: تعريف التكييف..... 76
الفرع الثاني: مراحل التكييف 76
أولا: مرحلة التكيف الأولى 76
ثانيا: مرحلة التكييف النهائي..... 77
المطلب الثاني :أنواع التكييف..... 78
الفرع الأول: التكييف الحصري. Qualification exclusive 79

الفرع الثاني: التكييف التوزيعيQualification distributive 79
الفرع الثالث: التكييف غير الدقيق qualification inexacte 80
الفرع الخامس: رفض التكييف (العقد ذو طبيعة خاصة) contrat suigeneris 81
المطلب الثالث: رقابة عملية التكييف 82
الفرع الأول: دور القاضي في تكييف العقد 82
أولا: تكييف العقد استنادا إلى مقصود المتعاقدين..... 82
ثانيا: عدم تقيد القاضي بتكييف المتعاقدين. 83
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتكييف 84
المبحث الثالث: تكميل العقد 84
المطلب الأول: المقصود بتكملة العقد. 85
الفرع الأول: تكميل العقد 85
المطلب الثاني: مصادر تكميل العقد 86
الفرع الأول: طبيعة الالتزام. 86
الفرع الثاني: القانون. 86
الفرع الثالث : العرف 87
الفرع الثالث : العدالة 88
المطلب الثالث: رقابة عملية تكميل العقد..... 88
الفرع الأول: دور القاضي أثناء تكميله للعقد 88
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتكميل العقد..... 89
خاتمة..... 90
قائمة المراجع 94
الفهرس..... 100