جـــــامعة الجـــــــزائر
كـــليـــــــة الحـــــقوق

تعديل العقد أثناء التنفيذ

رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون

(فرع العقود والمسؤولية)

إعداد الطالبة
خديجة فاضل

إشراف الأستاذ :
د. عبد الرزاق بن خروف

لجنة المناقشة

الأستاذ:	رئيساً
الأستاذ:	مقرراً
الأستاذ:	عضواً
الأستاذ:	عضواً

السنة الجامعية

2002-2001

الإهداء

إلى والدي الكريمين خاصة أبي العزيز رحمة الله عليه.

وإلى روح أختي الطاهرة فاطمة رحمها الله

وإلى أخواتي وأخوتي وأقاربي... وخاصة نادية.

وأصدقائي وزملائي.

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وعرفان

أتقدم بجزيل الشكر إلى:

الأستاذة المشرفة الدكتورة فريدة محمدي زواوي التي لم تبخل علي بتوجيهاتها ونصائحها منذ بداية هذا العمل.

وإلى الأستاذ المشرف الدكتور عبد الرزاق بن خروف على المساعدة، الدعم والنصح القيم والذي كان لي بمثابة ضوء على طريق العلم.

إلى جميع من قدم لي المساعدة من قريب أو من بعيد حتى أتممت إنجاز هذا العمل.

قائمة الاختصارات

ABBREVIATIONS ET MODE DE CITATION

- ص: صفحة.

- Art: Article.
- Bull civ: Bulltin des arrets de la cour de cassation chambre s civiles.
- Cass: Cour de cassation.
- Cass civ: Cour de cassation, chambre civile, section civile.
- Cass com: Cour de cassation chambre civile, section commerciale.
- Ed G: edition generale.
- Ed A: edition avoues.
- Fasc: Fascicule.
- J. C. P: Juris classeur periodique.
- Op. Cit: Opinion cite.
- P: Page.
- T. G. I: Tribunal de grande instance.

المقدمة

يقـــوم العقـــد على مبدأ سلطان الإرادة، ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في تحديـــد محـــتوى العقد والالتزامات التعاقدية، بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام، والآداب العامـــة، وحسب أنصار هذا المبدأ لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته، بمعنى أن المتعاقد يكون أشد حرصا على تحقيق مصلحته.

وبمـــا أن العقد تصرف قانوني يتمتع بالقوة الإلزامية، فإنه يهدف إلى ضمان الاستقرار والطمأنينة في المعاملات بين أفراد المجتمع.

هذا، ويستمد العقد قوته من مبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين)) ويقتضي ذلك أن ينشأ العقـــد صحيحا، ويلزم الأطراف بتنفيذ كل ما اشتمل عليه من التزامات طبقا لما يوجبه مبدأ حســـن الـــنية،من الالتزام بالنزاهة والالتزام بالتعاون، فالأول يقتضي أن يمتنع المتعاقد من كل غـــش أو تدليـــس يجعـــل تنفيذ الالتزام صعبا أو مستحيلا، أما الثاني فيقتضي إفصاح المتعاقد لـــلطرف الآخر وإطلاعه بكل الأحداث والمستجدات التي تتعلق بالتنفيذ العقد. وعليه فمبدأ القوة الملزمة للعقد يهدف إلى تكريس احترام العقد وقداسته في تنفيذه.

إلا أنه قد تعترض تنفيذ العقد صعوبة مزدوجة تفرض إعادة النظر في مبدأ القوة الملزمة لـــلعقد وتتجـــلى هذه الصعوبة في حدوث ظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية لم يتوقعها الأطـــراف أثـــناء إبرام العقد والتي تؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي له، وفي احترام إرادة الأطـــراف والتي هي جوهر العقد وتكريس لمبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين))، وبالتالي رفض المساس بالقوة الملزمة للعقد أو رفض التعديل الاقتصادي للعقد.

فـــلا يجـــوز للأطـــراف الاتفاق على تعديل العقد لما فيه من مساس بمبدأ القوة الملزمة لـــلعقد، ورفـــض تدخل المشرع للتعديل، لما فيه من انتهاك لمبدأ سلطان الإرادة، ورفض منح القضاة سلطة التعديل.

أمـــام هذه الصعوبة وانتشارها في مختلف مجالات القانون الخاص، والتطور الحاصل في

المبادئ القانونية، لا سيما عدم أخذ مبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين)) على إطلاقه مما دفع بالأطراف والمشرع والقاضي إلى البحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد، وضمان التوازن الاقتصادي له.

وتتمثل هذه الوسيلة في التعديل كمفهوم قانوني، يراد به إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد، سواء بتدخل المشرع، أو باتفاق الأطراف، أو القاضي، وذلك بالإنقاص أو الإضافة بغية المحافظة على العقد.

لقد أقر المشرع الجزائري التعديل في أحكام المادة 106 من التقنين المدني . ونجد التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها المجتمعات في العصور الحديثة أدت إلى تقييد إرادة الأطراف لأن قداسة العقد لم تعد مطلقة بل تم تقييدها وذلك حفاظا على موازنة مصالح الأطراف حتى لا يطغى الطرف القوي على الطرف الضعيف، وذلك بتدخل المشرع لمعالجة التفاوت في المراكز الاقتصادية والاجتماعية، وحماية المصلحة العليا للدولة؛ كأن يتدخل المشرع بتقنين بعض المجالات كحماية فئة المستهلكين، وذلك بوضع حد أقصى لأسعار بعض السلع، ووضع حد أقصى لأجرة الأماكن، وفرض امتداد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته بهدف حماية المستأجر، وهذه النصوص تشكل مساس بالحرية التعاقدية، لأنها تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف من المتعاقد القوي، بإسم النظام العام الحمائي.

كما يمكن للأطراف التدخل لحماية مصالحهم المشتركة من عملية التعديل أثناء إبرام العقد وذلك بالاتفاق المسبق على إدراج بعض البنود، كلما كان هناك اختلال في الالتزامات العقدية أو إدراج بنود لاحقة أثناء تنفيذ العقد لإعادة تنظيمه،أو يجيز المشرع للقاضي تعديل العقد إذا اختل التوازن الاقتصادي به بسبب الاستغلال والغش، طبقا لأحكام المادة 90 من التقنين المدني الجزائري والشروط التعسفية طبقا لأحكام المادة 110 من التقنين المدني هذا أثناء تكوين العقد أو يكون بسبب ظهور ظرف طارئ عام غير متوقع يهدد المدين بخسارة فادحة، وكذا تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي الوارد في العقد، إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أثناء تنفيذه، فحيطة المشرع في مراقبة مضمون العقد تتجسد في منح القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد عن طريق عدة نظريات كنظرية الظروف الطارئة، والشرط

الجزائي .

ومن هذا المنطلق نصوغ إشكالية بحثنا كالآتي:

ما هي إمكانات التدخل لتعديل العقد أثناء التنفيذ؟.

وما هي المبررات والآليات المستخدمة لمواجهة الاختلال في الالتزامات التعـــاقديـــة؟.

إذا ستقتصر دراستنا من خلال التساؤل العام على البحث في مدى قدرة الأطـــراف، أو المشـــرع أو القاضـــي في تعديـــل مضمون العقد أثناء تنفيذه، وذلك بغية معالجة الاختلال الاقتصادي للعقد، مع تقديم كل المبررات في حالتي الرفض أو القبول للتعديل.

وبمـــا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتعديل كاستثناء في نظرية الالتزام، فحتما هناك ما يبرره، وهـــذا ما سنحاول بيانه في مراحل هذا البحث، لا سيما و أن القانون يسعى إلى التوفيق بين حرية التعاقد و المصلحة العامة .

وقـــد تم إنجـــاز هذه الدراسة بهدف بيان أن التعديل كمفهوم قانوني يسعى إلى إبقاء وديمومة العلاقة العقدية، عكس الفسخ والبطلان، اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة.

كمـــا يســـتقي هذا الموضوع أهميته من حماية المصلحة المشتركة لأطراف العقد ضمن الـــتعديل الاتفاقي وحماية المصلحة العامة، وذلك عن طريق حماية الفئات الضعيفة، كالمستهلك أو المستأجر...إلخ؛ في إطار التعديل القانوني.

كمـــا تقتضـــي العدالة أن لا يتحمل المدين عبء الظروف الطارئة لوحده، أو ضرر ناشـــئ عـــن تأخـــر أو عدم تنفيذ الالتزام العقدي، بل وجب حماية المدين في إطار التعديل القضائي.

وبناء على ذلك يقسم الموضوع إلى ثلاثة فصول:

تناولنا في الفصل الأول تدخل المشرع لتعديل العقد، وتوقفنا في مبحثين:

عند مبرر التعديل القانوني وصوره (المبحث I).

وكذا حماية الأطراف من تدخل المشرع والاستثناءات الواردة عليه (المبحث II).

وتطرقنا في الفصل الثاني إلى تدخل الأطراف في تعديل العقد وقسمناه إلى:

آلية التعديل الاتفاقي (المبحث I).

ومدى حرية التعديل الاتفاقي، وتأثيره على مصير العقد (المبحث II).

أما الفصل الثالث، فخصصناه لتدخل القاضي لتعديل العقد وبحثنا فيه:

حالات تدخل القاضي ومبرره (المبحث I).

وسائل تعديل العقد والقيود الواردة على سلطة القاضي (المبحث II).

ولـــتحقيق هـــذه الدراسة من خلال الإشكالية المطروحة، فقد اتبعنا المنهج التحليلي والمنهج الوصفي تماشيا مع طبيعة الموضوع.

الفصل الأول

تدخل المشرع لتعديل العقد

الفصل الأول: تدخل المشرع لتعديل العقد

بالرجوع إلى أحكام المادة 106 من التقنين المدني الجزائري فإن التعديل[1] تصرف قانوني يبيح اتفاق الأطراف استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أما خارج هذا الاستثناء فلا يمكـــن الاعتداد به[2]، لأن مبدأ سلطان الإرادة يمنع بصفة مبدئية المشرع من تعديل العقود أثـــناء تنفيذها[3]، كما أنه وبصفة مبدئية لا يجوز للمشرع أن يتدخل لتعديل العقود السارية التـــنفيذ، و ذلك احتراما للقوة الملزمة للعقد من جهة، و رغبة المشرع في استقرار المعاملات العقدية من جهة أخرى.[4]

إلا أنـــه نتيجة لتغيرات اقتصاديـــة و اجتماعية لم يتوقعها الأطراف، قد تؤدي –إلى الإخلال بالتوازن العقدي– يلجأ المشرع إلى التدخل تلقائيا مستبعدا العقد شريعة المتعاقدين، فـــتحل إرادته محل إرادة الأطراف و ذلك لتكريس العدالة العقدية، و حماية الفئة الضعيفة، كـــلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، و يتدخل المشرع الجزائري على أساس المادة 106 من التقنين المدني، مما يدفعنا إلى البحث عن مدى التعديل القانوني و حدوده.

---

(1) الـــتعديل لغـــة: مصدر عدل ومعناها التسوية والتقويم، وفي الفقه تزكية الشهود، محمد الباشا، **الكافي**، معجم عربي حديث، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 1992، ص 270. أما اصطلاحا: فبمعناها اللاتيني:

« Lat, modificatio, de modus : manière, de ficare, fréq, de facere : faire : ».

ويراد بها "طريقة عمل". ويتضمن التعديل نقطتين أساسيتين تتمثل : أولاهما في كونه تصرفا قانونيا ـ تغييرا جزئيا ـ مثل تعديل العقد من قبل الأطراف واستثناء من قبل القاضي. أما الثانية فهي عبارة عن ظهور وضعية قانونية جديدة مثل الوضعية القانونية لرب العمل، وذلك بالتغيير الذي ينصب على المؤسسة مع بقاء عقود العمل سارية.

Gérard cornu (sous la direction), **vocabulaire juridique**, 5éme édition, presses universitaires de France : paris, 1996, p. 521.

وهناك من يرى أن التعديل "هو إجراء تغيير جزئي، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة، أو غـــير ذلك دون إزالة العقد أو النقض"، أسامة الحموي، **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون**، الطبعة الأولى، مطبعة الزرعي: دمشق، 1997، ص 345.

(2) Alain Bénabent, **Droit civil, les obligations**, 6éme édition, Montchrestien : paris, 1997, p.193.

(3) Gabriel Marty, pierre Raynaud, **Droit civil, les obligations**, Tome II, 1er Volume, Sirey : paris, 1962, p. 204.

(4)Brigitte Hess FALLON, Anne-Marie SIMON, **Droit civil**, 4éme édition , Edition Dalloz : paris, 1997, p. 219.

و للإجابة على هذا السؤال وجب التطرق إلى مبرر تدخل المشرع و صور التعديل القانوني، و كذا حماية الأطراف من تدخل المشرع و الاستثناءات التي ترد عليها، و هذا ما نحاول دراسته في المباحث التالية.

المبحث الأول : مبرر التعديل القانوني و صوره.

إن كثرة و تنوع القوانين الحديثة أدى إلى تدخلها بتأثيرها في حياة العقد ، مما يفرض علينـــا البحث عن مبرر تدخل المشرع رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة بما تقتضيه المصلحة العامة و المصالح المشتركة للأطراف، و كذا البحث في المظاهر التي يتخذها المشرع في تعديل العقد، سواء بتعديل مدة العقد أو قيمة الأداءات بغية استمرار العلاقة العقدية الأصلية.

و هذه النقاط سوف نحاول إبرازها فيما يلي:

المطلب الأول : مبرر تدخل المشرع.

إذا كـــانت القـــاعدة العامة هي عدم جواز تدخل المشرع لتعديل آثار العقد التي تم الاتفـــاق عليها أثناء إبرامه و التي تشكل قانونا للأطراف، فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها لا سيما و أن الأطراف غالبا ما يجدون أنفسهم أمام تقلبات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية لم تؤخذ في الحسبان، فهل هذه الاعتبارات وحدها كافية لتدخل المشرع لتعديل العقـــد ؟ و للإجابة عن هذا التساؤل وجب البحث في التدابير الاجتماعية التي تتخذ لحماية فـــئات خاصة من المجتمع في إطار المصلحة العامة، و ما ينجر عن تأثير المصلحة العامة على حماية المتعاقدين.

الفرع الأول : المصلحة العامة.

يصـــعب علينا تعريف المصلحة العامة لارتباطها بقواعد النظام العام و الآداب العامة، حيـــث يرى الأستاذ فيلالي[1] بأن المصلحة العامة ما هي إلا تطبيق لقواعد النظام العام التي تســـعى في الأساس إلى تثبيت مختلف المصالح السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية . و تتغير المصلحة العامة بتغير قواعد النظام العام التي تتسع و تضيق بحسب الأنظمة كما أنها تتغير

---

[1] علي فيلالي، **مذكرات في مصادر الإلتزام**، لطلبة السنة الثانية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، الجزائر، ص 134.

بـــتغير الزمان و المكان و تطور المجتمعات، و في ظل الأوامر الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية.[1] كما اعتبرها الأستاذ السنهوري[2] معيارا مرنا لتحديد قواعد النظام العام.

و المصلحة العامة قوامها النظام العام و يقسم هذا الأخير إلى نظام عام توجيهي و نظام عـــام اجـــتماعي. فالـــنظام العـــام التوجيهي أو الاقتصادي : يسعى إلى توجيه السياسة الاقتصادية و المالية للدولة نحو أهداف معينة لتحقيق السياسة العامة و التخطيط الاقتصادي و مـــن الأمثـــلة عـــلى الـــنظام العام التوجيهي القوانين التي تحدد الأسعار منعا لتضخم أو لمحاربـــته[3]، فالـــنظام العام التوجيهي أو الاقتصادي بمقتضاه تتدخل الدولة بتنظيم الاقتصاد تنظـــيما دقيقـــا عـــن طريق ضمان المنافسة الحرة ، تشجيع السوق و الدفاع عن المبادئ الأساســـية و المصـــالح العليا للدولة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال قانون المنافســـة 95-06[4] و يســـعى من خلال النظام العام التوجيهي إلى دفع الاقتصاد عن طريق الزيادة في القدرة الشرائية للأجراء .

أمـــا النظام العام الاجتماعي أو النظام العام الاقتصادي الحمائي هو نظام يسعى إلى حماية المصـــالح الخاصـــة لفـــئات معينة يرى المشرع جديرة بالرعاية وذلك لضعفها اقتصاديا[5]، فالنظام العام الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف في بعض العقود وذلك بأن يخضع المشرع معظم العقود إلى قواعد آمرة بدل من ترك المبادرات التبادل للأطراف ، الذين ليس لهـــم القدرة على تغيير في الحقوق و الواجبات بحسب طريقتهم لأن العقود تكون تنظيمية بصفة آمرة كما هو الحال في عقد العمل .

---

(1) Philippe MALINVAUD, **Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques**, 6éme édition, Editions LITEC : Paris 1992, p.129.

أبو اليزيد علي المنيت، (الحرية التعاقدية و النظام الاقتصادي العام) مجلة القانون و الإقتصاد، العدد 05 سنة 41، ص 721.

عـــبد الـــرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون**، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، ص 399 – 401.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ، ص 399.

(3) محمد علي البدوي ، **النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام** ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، الجامعة المفتوحة : طرابلس، 1993، ص 121 .

(4) أمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 ، المتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** ، العدد 09 ، المؤرخ في 22فيفرى 1995 .

(5) محمد علي البدوي ، المرجع السابق ، ص 121 .

و عـــليه مهمـــا إختـــلف النظام العام سواءا كان اقتصاديا أو اجتماعيا فإنه يكرس المصـــلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة و ذلك بالسماح للمشرع بالتدخل لتحديد السياسة الاقتصادية و الاجتماعية للمجتمع ، و أنه يلزم الأطراف عن طريق النظام العام على إدراج اتفاقهم في الإطار الذي رسمه . و تشمل فكرة المصلحة العامة المصلحة العليا للدولة، و كذا حماية بعض الفئات الاجتماعية.

أولاً : المصالح العليا للدولة.

و هـــي تـــلك المصـــالح الـــتي تتعلق بسيادة الدولة، سواء على المستوى الداخلي، أو الخـــارجي، و في هذا الشأن لا يمكن الاتفاق على ما يخالف المصالح العليا للدولة، لأنها تتعلق باستمرارية الدولة و أمن المجتمع، و الحفاظ على استقرار المصالح العليا للدولة، و هي في الغـــالب مكرسة دستوريا و تنظيميا. و تعتبر قواعد المصلحة العليا للبلاد قواعد آمرة لا يجـــوز للأفـــراد الاتفاق على مخالفتها و إلا كانت تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا، و ذلك لاشتمالها على مجموعة من الممنوعات، إضافة إلى ما كان يســـعى إليه النظام العام التقليدي، و ذلك بحماية المصلحة العامة من خلال الدفاع عن الدولة و الأسرة و الأخلاق[1]، كما أن هذه المصالح العليا للدولة يتم ضمان حمايتها عن طريق قواعد النظام العام الأعلى.[2]

و يتجســـد تدخل الدولة في التخطيط و تنظيم الأسعار العامة تماشيا مع تطور الحياة السياســـية، و الاجتماعية، و الاقتصادية، و ذلك بتحقيق المصلحة العامة،و هذا ما يكرس الـــنظام العـــام الـــتوجيهي ، و لكن هل تبقى هذه الأخيرة في تكوينها مقتصرة فقط على المصـــالح العـــليا للدولة، لا سيما و أن هناك فئات خاصة في المجتمع حمايتها تعني بالضرورة تحقيق المصلحة العامة، و هي ما تعرف بمصالح الفئات الخاصة.

ثانيًا : مصالح الفئات الخاصة.

إذا كانت القواعد العامة بموجب القانون المدني قد اقتصرت على حماية أحد المتعاقدين كمـــن شـــاب رضاه عيبا من عيوب الإرادة، أو كان قاصرا فإن هذه الحماية أصبحت غير

---

[1]Philippe MALINVAUD, Op.Cit., p. 127.

[2] Gerard FARJAT, **Droit privé de l'économie**, (2) **Théorie des obligations**, 1ére édition, Presses Universitaires de France : Paris, 1975, p. 301.

كافيـــة، مما أدى إلى تدخل الدولة في التقنية العقدية رغم أنها حكر على الأفراد[1]، و كذا الانـــتقال مـــن الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق، و تحرير التجارة الخارجية التي كانت حكرا على الدولة، كل هذه الاعتبارات أدت إلى ظهور مجموعة من التشريعات لحماية هذه الفئات الخاصة، و لم تكن هذه التشريعات من باب الصدفة و إنما جاءت نتيجة الضغوطات الـــتي مارســـتها الـــنقابات و كذا الجمعيات للدفاع عن مصالح هذه الفئات أو بناءا على طلبهم[2]، و الفئة الضعيفة لها الحق في الحماية من قبل السلطات العامة بسبب ضعفها، حتى و إن كان التدخل القانوني قد ضحى بمبدأ المساواة أمام القانون.[3]

و تتجســـد هـــذه المصالح بوضع الدولة لمجموعة من الواجبات لا يجوز للأطراف أن يجاوزوهـــا، و إلا عـــد ذلك التصرف القانوني باطلا. و إن تدخل الدولة قد اقتضته عدة اعتـــبارات أهمها العدالة الاجتماعية، أي حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في مختلف العقود كالعامل في عقد العمل.[4]

حيـــث عمـــل المشرع الجزائري على حماية فئة العمال، و ذلك بموجب قانون 90-11 المتعـــلق بعلاقـــات العمل المؤرخ في 21 أفريل 1990[5]، و ذلك بإدراج مجموعة من الحقوق و الواجـــبات لـــلعمال كـــالمدة القانونيـــة للعمل، الراحة القانونية، و العطل، و كذا أهم التعديلات الواردة عليه بموجب أمر رقم 96-21[6] و المتعلق بعلاقات العمل.

---

(1) Michel ARMAND-PREVOST et DANIEL RICHARD, (**Le Contrat déstabilise de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel**), J. C. P, ed (G), 1979, I, 2952.

(2) Gerard Farjat, Op.Cit., p. 307.

(3) Ripert Georges, **Aspects juridiques du capitalisme moderne**, 2éme édition, L. G. D. J: Paris, 1951, p.43.

(4) Jean Carbonnier, **Droit civil, les obligations**, Tome 4, 21eme édition, Presses Universitaires de France : Paris, 1998, p. 141.

(5) قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أفريل 1990، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** ، العدد 17 ، المـــؤرخ في 25 أفريل 1990 .

(6) أمر 96-21 المتعلق بعلاقات العمل ، المؤرخ في 09 جويلية 1996 ، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** ، العدد 43، المؤرخ في 10 يوليو 1996 .

و كـــذا الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997[1] الذي يحدد المدة القانونية للعمل بـــأربعين ســـاعة طـــبقا لأحكام المادة 02، و كذا تحديد الحد الأدنى للأجر بـــ 8000 دج بموجـــب مرســـوم رئاسي رقم 2000-392 المؤرخ في 2000/12/06[2]، أي أن المشرع يسعى جـــاهدا لحمايـــة فـــئة العمال، خصوصا و أن طبيعة عقود العمل غالبا ما تشتمل شروطا تعســـفية، يعمـــل المشرع من خلال تدخله على إلغائها، أو إدراج شروط أكثر مرونة مع مصالح العمال.

كمـــا اتخذ المشرع الجزائري في العشرية الأخيرة مجموعة من النصوص القانونية لحماية فـــئة المستهلكين بموجب قانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك، و المؤرخ في 08فيفري 1989 [3]، حيـــث عـــالج في المـــواد من 06 إلى 11 شروط و كيفيات ضمان البضاعة المعروضة للاستهلاك، و جعل ضمان البائع للمشتري ضمانا قانونيا من النظام العام.

كمـــا أن المشرع الجزائري قد تدخل بتحديد أسعار في بعض عقود الخدمات المتعلقة بالأعمـــال الطبية و المنتوجات الصيدلانية[4]،رغم أن المادة 1/04من قانون المنافسة قد تركت للأطـــراف الحـــرية في تحديد أسعار الخدمات،و إستثناءا يمكن للدولة أن تحدد أسعار بعض الســـلع و الخدمـــات الخاصة،التي تكون ذات طابع إستراتيجي طبقا لأحكام المادة 2/04 من قانون المنافسة،كما هو الشأن للأعمال الطبية و المنتوجات الصيدلانية[5]،و يتم تدخل المشرع سواء بوضع حدود الربح القصوى عند الإنتاج و التوضيب و التوزيع،التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري .

---

(1) أمر 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997،الذي يحدد المدة القانونية للعمل ، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** ، العدد 03، المؤرخ في 12 يناير 1997 .

(2) المرسوم الرئاسي 2000-392 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 ، المتعلق بالحد الأدنى للأجر المضمون ، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** ، العدد 75 ، المؤرخ في 10 ديسمبر 2000 .

(3) قانون 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989، المتعلق بحماية المستهلك ، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 06، المؤرخ في 08 فيفري 1989 .

(4) المرسوم التنفيذي 95 – 119 المؤرخ في 26 أفريل 1995 ، المتضمن تصنيف السلع و الخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 25، المؤرخ في 03 ماي 1995.

(5) المرسوم التنفيذي 96-31 المؤرخ في 15 جانفي 1996 ، المتعلق بكيفيات تحديد أسعار السلع و الخدمات الإستراتيجية، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 04 ، المؤرخ في 17 يناير 1996.

و عـــليه فإن المشرع بتحديد أسعار الأعمال الطبية و المنتوجات الصيدلانية يكون له غرض مزدوج من جهة تحقيق المصلحة العامة و ذلك بضمان السلامة و الصحة و حماية فئة مـــن المجـــتمع يقتضي التدخل لحمايتها ، و من جهة أخرى يتدخل في مجال إستراتيجي و تنظيمه و السماح بترسيخ مبادئ جديدة للمنافسة الحرة ، و تكريسها و منع التضخم .

و يتم ضمان حماية هذه المصالح عن طريق قواعد النظام العام للحماية، و التي غالبا ما تهـــدف إلى إعـــادة التوازن العقدي لفائدة الطرف الضعيف[1]، لأن حماية هذه المصالح هي الدافـــع لتدخل المشرع لتعديل العقد، و ذلك بإعادة تنظيم العقد كلما تعرض للإختلال في تـــوازن الالتزامات العقدية. و إن المشرع بوضعه لمجموعة من الواجبات و الحقوق، و إلزام الأطـــراف باحـــترامها يكون قد كرس الحماية لهذه الفئة، حتى و إن اقتضى الأمر المساس بقدسية العقد.

---

(1) *Philippe Malinvaud*, Op.Cit, pp. 127 , 128.

الفرع الثاني : دور المصلحة العامة في تعديل العقد.

قلنا سابقا بأن حماية مصالح الفئات الخاصة هي قواعد آمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق عـــلى مخالفتها و إلا كان تصرفهم معرضا للبطلان في حالة الإخلال بالواجبات التي حددتها التشريعات.

حيـــث يتدخل المشرع لتنظيم العقد بصفة آمرة، و ذلك بنـــزع شروط مدرجة من قـــبل الأطراف أو بإدراج شروط لم يتطرق لها الأطراف في العقد[1]، أي يتدخل المشرع في العقد بالزيادة أو الإنقاص في الالتزامات أو حتى حذف البعض منها بحجة الوصول إلى حماية هـــذه المصـــالح، كما يمنع على الأطراف مناقشة الواجبات التي يضعها المشرع على عاتق الأطـــراف، و ذلـــك حفاظا على المصلحة العامة، و مثال ذلك لا يجوز للأطراف في عقد العمـــل مناقشـــة العطـــل المدفوعة الأجر أو الراحة الأسبوعية[2]، بل غالبا ما يتولى المشرع تنظـــيمها، كما يمنع أيضا في عقد العمل الاتفاق على أجر أقل من الحد الأدنى الذي ينص عـــليه القانون، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد بل يزيد في الأجر، و في حالات أخرى يقوم بإنقـــاص الأداءات[3]، أي يـــتخذ من الحد الأدنى للأجر المضمون أساسا لحماية مصالح فئة العمـــال، و هذا لا يمنع من جواز الزيادة في هذه الحقوق من قبل المتعاقدين كالاتفاق مثلا عـــلى الـــزيادة في الحد الأدنى للأجر المضمون، لأن إقرار البطلان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطـــرف الضـــعيف، و لهذا أصبح تدخل المشرع يقتصر على إبقاء العقد، و ذلك بتعديل الشروط التي تخالف الواجبات التي أقرها المشرع، كما يتدخل المشرع الجزائري لتعديل عقد العمل كلما اقتضت منفعة العمال ذلك وهذا ما نصت عليه المادة62 من قانون 90 – 11 المتعـــلق بعلاقات العمل [4]كما أنه لا يجوز مناقشـــــة حق البقاء فرديا في عقد الإيجار[5]،

---

(1) Jean Carbonnier, Op.Cit, p. 476.

(2) *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer,* **Droit civil, Les Obligations,contrat** (2), 6ème édition, LITEC : Paris, 1998, p. 268.

(3) *Gerard Farjat*, Op.Cit., p. 299.

(4) المادة 62 (يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الإتفاقيات الجماعية أو الإتفاقات الجماعية تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل)

(5) *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, OP. Cit., p. 268.*

لأن المشـــرع و لأسباب اجتماعية بحتة يحاول حماية المستأجر من تجاوزات المؤجر، و ذلك بإقرار حق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني، كما كرس المشرع الجزائـــري ذلك في عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة قبل تاريخ صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري[1]، و الذي يقضي بسريان حق البقاء طبقا لأحكام المادة 509 من التقنين المدني .

و عـــليه فإن حماية الفئة الضعيفة أصبح من مشتملات المصلحة العامة، و التي يبررها ضعف هذه الفئة، و ذلك بتدخل السلطات العمومية لفرض الحماية و ترتيب جزاء على من يخـــالف الواجـــبات التي تضعها السلطة العامة لحماية هذه الفئة دون استنقاص الحقوق التي تكفل الحماية للفئات الخاصة. و ذلك بوضع آليات تحقق التوازن الاقتصادي للعقد و ضمان حمايـــة الفئة الخاصة. فالمشرع يتدخل في حياة العقد بما تقتضيه مبادئ العدل و العقل، أي عـــند الضـــرورة القصوى التي تفرض عليه الخروج عن المبادئ القانونية[2]، و ذلك بإيجاد الـــتوازن بـــين مبدأ الحرية و مبدأ المساواة، و بالتالي تكريس العدالة بدافع تحقيق المصلحة العامة، و حماية الفئة الخاصة الضعيفة في المجتمع.

المطلب الثاني : صور التعديل القانوني.

إن إقـــرار تدخل المشرع لم يأت من أجل خرق مبدأ سلطان الإرادة و إنما أملته عدة مـــبررات أهمهـــا إعادة التوازن الاقتصادي للعقد. و لأجل ذلك يتخذ المشرع عدة تدابير لتعديل العقد و غالبا ما يتجسد تدخله في صورتين :

1. تعديل مدة العقد.
2. تعديل قيمة الأداءات (الالتزامات).

و هذا ما سوف نعالجه مباشرة.

---

[1] مرسوم تشريعي 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 14، المؤرخ في 03 مارس 1993.

[2] فاضـــل حبشي، **الامتداد القانوني لعقود الإيجار، شرح أحكام قانون إيجار الأماكن علما و عملا مع مقارنتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، نظرية العلاقة الايجارية، شبه التعاقدية**، مطابع جريدة الصباح : القاهرة، 1962، ص 40.

الفرع الأول : تعديل مدة العقد.

يتخذ هذا المظهر من التعديل القانوني عدة أشكال : فقد يكون بتمديد مركز تعاقدي وصل إلى الانتهاء، أو بإنقاص مدة العقد.

أولاً : الامتداد القانوني للعقود.

و بمقتضاه يتدخل المشرع في تنفيذ العقد بإلزام الأطراف بالاستمرار في العلاقة التعاقدية إلى ما بعد المدة المتفق عليها في العقد الأصلي، أي أن المشرع يمدد المركز التعاقدي، و بمقتضاه يبقى الأطراف ملتزمين بالتزاماتهم بقوة القانون[1]، إلا أن هذا الامتداد يتسع كثيرا في عقود الإيجار.

أ. الإيجارات ذات الاستعمال السكني.

و يتدخل المشرع في هذه الحالة لحماية المستأجرين (الشاغلين) و أسرهم، باعتبار العائلة من النظام العام، ومراعاة اعتبارات اجتماعية منها أزمة السكن و الانفجار الديمغرافي.[2]

و ذلك بإقراره حق البقاء في الأمكنة طبقا لأحكام المادة 514 من التقنين المدني الجزائري، إلا أننا بالرجوع إلى المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، و المتعلق بالنشاط العقاري، حيث نصت المادة 20 منه على إلغاء حق البقاء في الأمكنة في عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي.

إلا أن نص المواد 509، 514 من التقنين المدني الجزائري يبقى ساري المفعول على العقود التي تم إبرامها قبل صدور المرسوم التشريعي 93-03، و لتطبيق أحكام المادة 514 من التقنين المدني الجزائري وجب توفر مجموعة من الشروط أهمها :

- أن يكون الشاغلون للأمكنة حسني النية مهما كان تاريخ إنشاء العقار[3].

---

(1) *Alfred Rieg,* (**Effet obligatoire des conventions, Contrats et obligations**), Juris classeur civil, art 1025-1135, Fasc 11, p. 18.

(2) *Farouk TIDJANI,* **Le maintien dans les lieux dans le contrat de bail en droit civil Algérien**, Mémoire de Magistère, Université d'Alger, Institut des sciences juridiques et administratives, 1988, p. 1.

(3) Ibid, p. 06.

- أن يكون عقد الإيجار الأصلي صحيحا.

و حيث لا يمكن التمسك بحق البقاء، إلا إذا تم انقضاء عقد الإيجار، و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها[1]، « بأن للشاغل بحسن النية للأمكنة المعدة للسكن أو المهن و المنتفع بها عن طريق الإيجار، أن يتمسك بحق البقاء في الأمكنة دون اللجوء إلى أي إجراء حسب مقتضيات شروط العقد الأصلي، ما لم تكن مخالفة لنصوص القانون، فإن للمستأجر المنتهية مدة عقد إيجاره صفة الشاغل بحسن النية للأمكنة و يستفيد من حق المكوث و البقاء فيها دون اللجوء إلى أي إجراء آخر »، أي أن العلاقة الايجارية تبقى مستقلة عن عقد الإيجار بعد انقضائه، و تستمر بقوة القانون و هذا ما يعرف بالامتداد القانوني للعقود، دون حاجة إلى موافقة المؤجر، و لكي يضع المؤجر نهاية لعقد الإيجار، وجب عليه أن يقوم بتنبيه المستأجر، و بالتالي الابتعاد عن التجديد الضمني.

و رغم التشابه بين التجديد الضمني و الامتداد القانوني، إلا أن وجه الاختلاف يكمن في أن المشرع قد تكفل ببيان شروط العقد الجديد، في الإيجار الضمني، فهو يعتبر معقودا بشروط العقد الأصلي، و لكن لمدة غير معينة طبقا لأحكام المادة 1/509 من التقنين المدني الجزائري.

أما في الامتداد القانوني (حق البقاء) فتختفي إرادة المتعاقدين، لتحل محلها إرادة المشرع و ينجم عنه استمرار العلاقة العقدية الأصلية[2]، أي بمقتضاه يفرض المشرع استمرار العقد الأصلي رغم انقضائه بانتهاء أجله و رغم غياب إرادة الأطراف و ذلك حماية لفئة المستأجرين، فينشأ عن الامتداد القانوني لعقد الإيجار علاقة مادية مصدرها القانون و تخضع للقواعد التي تنظم عقد الإيجار الأصلي[3]. فلا يمكن الاستناد على العقد كمصدر للامتداد القانوني لعقد الإيجار، لأنه لا وجود له بانتهاء أجله، و لأجل ذلك لا يمكن التمسك بحق البقاء في الأمكنة كمستأجر، و إنما كشاغل، لأن مصطلح مستأجر ينتهي بانتهاء العلاقة العقدية لأن مصدر حق البقاء هو القانون[4]، فالمستأجر يستمد صفته كمستأجر من عقد

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1986/12/22، ملف رقم 41671، المجلة القضائية، العدد 2، 1989، ص 165.

[2] *Alain Bénabent*, Op.Cit., p. 205.

[3] فاصل حبشي، المرجع السابق، ص 131.

[4] المرجع نفسه، ص 131.

الإيجـــار، و بالتالي لا يمكن له التمسك بها للبقاء في الأمكنة لانتهاء عقد الإيجار، و بالتالي تنـــتقل صفة المستأجر إلى صفة شاغل الأمكنة و ذلك على أساس أن مصدر حق البقاء هو القانون.

إلا أن المشـــرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 93-03 قد ألغى المواد 271،472، 509، و كذلك المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 على العقود المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي المذكور أعلاه، حيث أصبح لا يضمن حق البقاء للمســـتأجر، الـــذي غالبا ما سعى إلى حمايته اجتماعيا كطرف ضعيف من جشع المؤجر، و ذلك للتغير في توجه السياسة التشريعية للدولة بما تقتضيه من تشجيع للاستثمار في النشاط العقاري و ما اقتضته التحولات الاقتصادية بالانتقال إلى اقتصاد السوق.

كما أن تراجع المشرع في تدخله في حياة العقد، وترك المبادرة لإرادة الأطراف، بغية الوصـــول إلى أهـــداف معيـــنة في المرحلة الانتقالية، أدى إلى جلب المستثمرين، و إنعاش الاقتصاد الوطني، لأن حماية المشرع في مرحلة معينة لفئة الشاغلين للأمكنة كان يشكل عائقا لفـــئة المؤجـــرين، و أدى أيضا بهم إلى الإحجام عن الإيجار، و بالتالي التقليص في النشاط العقاري. الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى التفطن، و ترك الحرية الكاملة للأطراف في إدراج الشروط التي تتناسب مع مصالحهم، و تؤدي إلى التقليص من مبادرات تدخل المشرع لحماية مصالح الفئات الخاصة.

ب. الإيجارات ذات الاستعمال التجاري.

لم يكـــتف المشـــرع بتمديد عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني، بل تدخل أيضا بتمديد عقود الإيجار ذات الاستعمال التجاري، و ذلك من أجل تكريس استقرار المعاملات التجارية، و المحافظة على دعمها لا سيما و أنها أداة لمراقبة الاقتصاد الوطني و حمايته.

لقـــد خول المشرع الجزائري للمستأجرين في المواد التجارية حق التمسك بالتجديد، بشرط أن يكونوا قد استغلوا ذلك المتجر مدة سنتين متتابعتين وفقا لإيجار واحد أو إيجارات متـــتالية شفاهية كانت أو كتابية، و هذا طبقا لأحكام المادة 1/172 من التقنين التجاري ، كمـــا أنه يجب على المستأجر في حالة رغبته في تجديد إيجاره أن يتقدم بطلبه إما في مدة ستة

أشهر، تكون سابقة عند انتهاء الإيجار، أو عند الاقتضاء في كل وقت أثناء تجديده، و يكون تبليغ التجديد المؤجر بعقد غير قضائي طبقا لأحكام المادة 174 من التقنين التجاري.

كمـــا أن للمؤجر الحق في رفض تجديد الإيجار دون أن يلزم بسداد أي تعويض إذا ما كـــان هـــناك سبب خطير و مشروع تجاه المستأجر المخلي، كأن يثبت وجود هدم كامل أو جـــزئي لـــلعمارة لعدم صلاحيتها للسكن المعترف به من السلطة الإدارية طبقا لأحكام المادة 177 من التقنين التجاري الجزائري و هذا ما كرسته المحكمة العليـــا في قرارهـــا [1] ، « حيث أن النزاع نشأ بين طرفيه إثر قيام المطعون ضدها باعتبارها مالكة لعمارة كائن بها الأصل التجاري المتنازع عليه بتوجيه تنبيه بالإخلاء، رفضت بمقتضاه تجديـــــد الإيجـــــار و التمســـت طـــرد الطعن الذي كان اشترى الأصل التجاري من المستفيدين به، وهذا بعد قيامهما بتغيير نشاطه من حانة إلى محل تجاري لبيع الأحذية، و قد حكم لها بذلك من قضاة الموضـــوع الذين أسسوا قرارهم على تغيير تخصيص الأماكن متجاهلين بذلك أن بيع الأصل الـــتجاري وهـــو معد لبيع الأحذية و الملابس كان قد أعلن في الجرائد وفي المركز الوطني للســـجل التجاري ودون أن تعترض المالكة- المطعون ضدها- على هذا البيع مما يدل أنه لم يلحقها أي ضرر، فإن إنشاء تجارة من قبل المستأجر و الحالة هذه لا يعد تغيير في التخصيص و لا يمكـــن أن تتضرر منه مالكة العمارة، ولذلك فإنه كان على المجلس القضائي أن يأخذ بعـــين الاعتبار هذه المعطيات، ثم يقرر هل أنها تكون سببا خطيرا، يبرر رفض تجديد العقد بـــدون تعويض، و متى أهمل ذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ ..»

إلا أنـــه و استثناء على الحالات المنصوص عليها في المادة 177 من التقنين التجاري، فإنه في حالة رفض المؤجر تجديد الإيجار فإنه يجب عليه أن يسدد للمستأجر المخلي التعويض الاستحقاقي و الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد.

و يتضمن هذا التعويض طبقا لأحكام المادة 176 من التقنين التجاري الجزائري القيمة الـــتجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة مع ما قد يضاف إليه من مصاريف

---

[1] المحكمـــة العـــليا، الغـــرفة الـــتجارية، قـــرار صـــادر بـــتاريخ 13 جويلية 1985، ملف رقم 36593، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 93.

عاديـــة للنقل، و إعادة التركيب، و كذلك مصاريف و حقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة. و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قراريها[1]، « حيث أنه من المقرر قانونا لمؤجر المحل التجاري أن يرفض تجديد العقد مقابل تعويض بالاستحقاق يعرضه على المستأجر، فإنه ليس لقضاء الموضوع سوى الاستجابة هذا الطلب و القضاء له بذلك إذا مـــا تـــأكدوا مـــن صـــحة انتهاء مدة العقد و صحة التنبيه بالإخلاء و إلا تعرض قرارهم للنقض » و من أجل حماية حق التجديد، و حتى لا يتعسف المؤجر فإن المشرع قيد رفض التجديد بمجموعة من الشروط أهمها التعويض الاستحقاقي، بما يناسب القيمة التجارية.

إلا أنه يعفى من هذا القيد إذا ما تحققت الشروط القانونية المنصوص عليها في أحكام المادة 177 من التقنين التجاري.

و عـــليه يبقى الامتداد القانوني مجرد تقنية يستخدمها المشرع لتعديل العقد، و ذلك من أجل تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، و استقرارها، و حماية الطرف الضعيف في العقد. كما لاحظنا تراجع دور المشرع في هذا المجال بإلغاء حق البقاء في الإيجارات ذات الاستعمال السكني.

ومـــا زال يحـــتفظ بهذه الآلية في المواد التجارية لما تتطلبه من الثقة و سرعة المعاملات التجارية، و دعم الائتمان ،كما أننا لا يمكن أن نتجاهل دور المشرع بأن – له مطلق الحرية بالـــتدخل في العقد بإقراره حق البقاء – كلما اقتضت حماية الفئة الضعيفة ذلك، لأن حماية الفـــئة الضـــعيفة تبقى من أهم واجباته أو بأي تدبير آخر يراه متناسبا مع تطلعات التوجه الاقتصادي.

---

[1] المحكمـــة العـــليا، الغـــرفة الـــتجارية، قـــرار صـــادر بـــتاريخ 02 نوفمـــبر 1985، ملف رقم 37887، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 93، و كذلك القرار، المؤرخ في 01 جوان 1985، ملف رقم 31559، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص 129.

ثانيًا : إنقاص المدة.

مفـــاد إنقـــاص المدة هو أن يتدخل المشرع بوضع حد أو نهاية للعقد قبل انتهاء المدة المحددة في العقـــد، و هذا ما يطلق عليه بالإنهاء المسبق للمركز التعاقدي.[1]

و قـــد لجأ المشرع الفرنسي إلى اتخاذ مثل هذه التدابير لمواجهة صعوبات قد تعترض العقود أثناء تنفيذها، و أهم هذه القوانين قانون 06 جويلية 1989 ،الذي يسمح طبقا لأحكام المادة 11 منه للأطراف بإبرام عقد لمدة دنيا تقدر بثلاث سنوات، لكن على الأقل مدة سنة كلما تعلق بحادث معين يبرر بأن المؤجر شخص طبيعي يسترد العين المؤجرة لأسباب مهنية أو عائلية.[2]

كمـــا لاحظنا أن المشرع الجزائري قد يلتجئ إلى إنقاص مدة العمل في عقد العمل، كمـــا فعل مؤخرا بإنقاصها من 44 ساعة إلى 40 ساعة، طبقا لأحـــكام المادة 02 من الأمر 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997، و المتعلق بالمدة القانونية للعمل، ذلك من أجل السهر على حماية وصحة و سلامة العامل بما يتماشى و حق الإنسان في الراحة.

و عليه فإن تعديل مدة العقد مهما اختلفت الطرق التي يلجأ إليها المشرع سواء بتمديد العقـــد، أو انقاصـــه، فإنهـــا تسعى كلها إلى تجسيد بقاء و استمرار العلاقة العقدية، رغم الابتعاد عن إرادة الأطراف، و حلول إرادة المشرع محلها فهو يعمل بالضرورة على حماية فئة مـــن المجتمع و استقرار المعاملات، و لكن هل التعديل القانوني للعقد يقتصر فقط على مدة العقد، أم يشمل أمورا أخرى ؟ و هذا ما سوف نجيب عليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : تعديل قيمة الآداءات (قيمة الالتزامات).

يـــتدخل المشرع في هذه الحالة عن طريق تحديد قيمة الأداءات (الالتزامات)، و التي يســـعى مـــن خلالهـــا إلى إيجاد التوازن العقدي كلما كان إخلال اقتصادي بالعقد، نتيجة لظـــروف خارجـــة عن إرادة الأطراف، و بما أن المشرع الحديث أصبح يهتم كثيرا بضمان

---

(1) *Alain Bénabent*, Op. Cit., p. 203.
Alfred Rieg, Op. Cit., p. 19.
Alex Weill, François Terré, **Droit civil, Les obligations**, 2ème édition, Dalloz : Paris, 1975, pp. 402 , 403.

(2) *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer*, Op. Cit., p. 497.

العدالة العقدية بين الأطراف، و ذلك بوضعه حدودا قصوى أو حدودا دنيا للأسعـــــار و الأجور، بقصد حماية الاقتصاد الوطني من جهة، و مصالح الفئات الخاصة من جهة أخرى، و يســـتند المشـــرع في مختلف العقود على آليات منها الحد الأدنى للأجر المضمون في عقد العمل،و كذا الحد الأقصى بالنسبة لأجرة الإيجار، و هذا ما سوف نعالجه في النقاط الآتية :

أولاً : الحد الأدنى للأجر المضمون.

فـــإذا كـــان الحد الأدنى للأجر المضمون يشكل ضمانا للعامل، فإنه في الوقت نفسه يشـــكل وسيلة في يد المشرع ليتدخل بمقتضاها كلما اقتضت تقلبات اقتصادية و اجتماعية ذلك.

فالمشـــرع لما يتدخل بتحديد الحد الأدنى يهدف من وراء ذلك إلى ضمان أجر يكفل للعامل و لأسرته معيشة لائقة، مراعيا في ذلك التغيرات التي تطرأ على تكاليف المعيشة[1] أي مراعاة الحاجة الحقيقية للعامل و حاجات أفراد عائلته، في الحد الأدنى للأجر المضمون، كما أن دورية تعديل الحد الأدنى للأجـــور تعمل على الاحتـــفاظ بالمستوى الحقـــيقي للأجور، و ضمان الحفاظ على الحد الاجتماعي المناسب[2]. و بدأ يتجسد تدخل المشرع بوضع حد أدنى للأجور في مختلف الدول، و بصورة واضحة في أعقاب الحرب العالمية الثانية.[3]

أي أن تدخل المشرع لتعديل الحد الأدنى للأجور يكون بصفة دورية و مستمرة، كلما اقتضـــت القـــدرة الشـــرائية للعامل ذلك، و كذا نتيجة لتقلبات المستوى العام للأسعار، و ذلك بغية المحافظة على الدخل الاجتماعي للأسر، كما أنه لا يجوز لأرباب العمل، الاتفاق عـــلى أجر أقل من الحد الأدنى للأجر المضمون، لأنه يعتبر غير مشروع، و لكن ليس هناك ما يمنع من زيادة في الحد الأدنى للأجر.

---

(1) محمد عطية سالم، (**الحد الأدنى للأجور**)، كتاب العمل، العدد 130، ديسمبر 1974، ص 6 إلى 11.

(2) المرجع نفسه، ص 11.

(3) توفيـــق حســـن فرج، **قانون العمل، في القانون اللبناني و القانون المصري الجديد**، الدار الجامعية للطباعة و النشر : بيروت، بدون تاريخ، ص 359.

قد عمل المشرع الجزائري على تحديد الحد الأدنى للأجر المضمون بـــ 000,00 6 دج بموجب المرسوم التنفيذي 97-152 المؤرخ في 10 ماي 1997، وتم إلغاء هذا المرسوم التنفيذي، بموجـــب المادة 02 من المرسوم الرئاســـي 2000-392 المؤرخ في 06 ديسمـــبر 2000 و الذي أصبح يحدد الحد الأدنى للأجر المضمون بـــ 8000,00 دج ،طبقا لأحكام المادة 01 منه مراعيا في ذلـــك القدرة الشرائية للعامل، و كذا ارتفاع المستوى العام للأسعار، و الذي يؤثر تأثيرا غير مباشر على الدخل الفردي.

ثانيًا : الحد الأقصى للأجرة.

بالـــرجوع إلى القواعد العامة فإن المشرع الجزائري، ترك للمؤجر و المستأجر الحرية الكامـــلة في تعيـــين بدلات الإيجار (ثمن الإيجار)، و في حالة النزاع بين الطرفين فقد خول المشرع للقاضي سلطة التعديل، مراعيا في ذلك أثناء تقديره سعر الإيجار، التعريفات الرسمية و الأســـعار الجاريـــة في المحلات المماثلة في تاريخ البناء، و وضعيته، و حالة العمارة، طبقا لأحكـــام المادة 471 من التقنين المدني الجزائري الفقرة الأخيرة منها، هذا فيما يتعلق بالعقود المـــبرمة قبل صدور المرسوم التشريعي، و هي تلزم القاضي أثناء تقديره لسعر الإيجار بمراعاة أســـس التعديل، و المتمثلة غالبا في التعريفات الرسمية، و الأسعار الجارية في المحلات المماثلة في تاريخ البناء و وضعية و حالة العمارة. و لكن العقود المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي تخضـــع لحرية الأطراف، مما يؤدي إلى التساؤل : ألم يتدخل المشرع لتحديد بدلات الإيجار بنفسه ؟.

و للإجابة على هذا السؤال وجب التطرق إلى النقاط التالية :

أ: بالنسبة للإيجارات ذات الاستعمال التجاري

بالـــرجوع إلى أحكام المادة 193 من التقنين التجاري الجزائري، فإن المشرع يشترط لمراجعة بدلات الإيجار ذات الاستعمال التجاري، مرور ثلاث سنوات من تاريخ الشروع في الاســـتغلال أو تـــاريخ بـــدء الإيجار المجدد، و هذا يشكل قيدا، و كرسته المحكمة العليا في

قرارها.[1] « لما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع عندما حددوا الإيجار المتعلق بثلاث فترات في حين أنه لم يعرض عليهم إلا طلب واحد،فإنهم بهذا القضاء خرقوا القانون»

و يـــراعي في قيمة بدلات الإيجار عدة اعتبارات أهمها القيمة الايجارية العادية، و التي يتم تحديدها طبقا لأحكام المادة 190 من التقنين التجاري الجزائري:

- المســـاحة الكاملة و الحقيقية للمحلات الملحقة و المخصصة احتماليا لسكن المستغل، أو تابعيه.
- العناصر التجارية و الصناعية مع أخذ العناصر السابقة بعين الاعتبار من جهة، و أهمية المدينة أو الحي أو الشارع أو المكان من جهة أخرى.

كـــل هذه العناصر تدخل في تحديد القيمة الايجارية العادية و التي بمقتضاها يتم تحديد قيمة الإيجار.

بالـــرجوع إلى المرســـوم التنفيذي رقم 97-507 المؤرخ في 29 ديسمبر 1997[2] و الذي يتعلق بإيجار الـــمساكن التابـــعة لأملاك دواوين التـــرقية و التسيير العقاري، و المستعملة لأغـــراض تجارية أو مهنية، حيث تترك المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يـــناير1996[3] حـــرية الـــتفاوض بين الأطراف طبقا لأحكام التقنين المدني و التجاري الجزائريين، إذ هناك معايير واضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من التقنين التجاري.

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

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة التجارية، قرار صادر بتاريخ 02 نوفمبر 1985، ملف رقم 34850، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 128.

[2] المرسوم التنفيذي 97-507 المؤرخ في 29 ديسمبر 1997، المتعلق بإيجار المساكن التابعة للأملاك و دواوين الترقية و التسيير العقاري و المستعملة لأغراض تجارية أو مهنية، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** ، العدد 88، المؤرخ في 30 ديسمبر 1997.

[3] المرسوم التنفيذي 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996المتعلق تعيين نسب الايجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات و الهيئات التابعة لها، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**العدد4 ، المؤرخ في 17 يناير 1996. المادة 02 منه "تـــحرر نسب الايجار المطبقة على المحلات ذات الاستعمال غير السكني و تحدد حسب قواعد القانون العام المنصوص عليها في أحكام القانون المدني و القانون التجاري المذكورين أعلاه"

فالمشـــرع الكويـــتي يحد من السلطة الكاملة للملاك[1] في زيادة الأجرة، إذ لا يجوز للملاك أن يطالبوا بزيادة الأجرة إلا بعد مضي 5 سنوات على العقد، و من دون أن تتعدى تلك الزيادة نسبة المائة في المائة من الأجرة السائدة، (المواد 4 و 11 من القانون رقم 35 لسنة 1978 [2]، مما يترتب عليه أن حرية الملاك مقيدة في زيادة الأجرة، و بالتالي الحد من الارتفاع في بدلات الأجرة.[3]

أمـــا القيد الثاني يتمثل في أن المشرع الكويتي عمل على عدم إطلاق يد المؤجرين في الإخـــلاء، أي مـــنع الإخلاء التعسفي، و عمل على توفير نوع من الحماية للمستأجرين، و ذلك بتحديد الحالات التي يجوز فيها للمـــــلاك طلب الإخلاء، و ذلك بتقرير المهـــــل و التعويضات المستحقة للمستأجرين في بعض الحالات، (المادة 20 من القانون رقم 35 لسنة 1978)، أي أنها تؤدي إلى حد لجوء الملاك إلى طلب ذلك بسبب تعقيد الإجراءات و حصر الأسباب المبررة للإخلاء.[4]

أما المشرع المصري فقد اكتفى بتحديد الحد الأقصى لأجرة الأماكن على أساس تاريخ إنشـــاء المكان. أما الشرط الثاني فيتمثل في قيمة أجرة الوحدة في المكان المؤجر، كما وضع جزاء مدنيا و جنائيا لمخالفة الحد الأقصى للأجرة[5].

و يـــريد المشرع من وضع حد أقصى للأجرة حماية فئة المستأجرين، رغم تخليه عن هـــذه السياســـة التشريعية، و ترك المبادرات للأطراف، و ذلك باتخاذ جميع التدابير اللازمة للاتفاق وتبيان كيفيات تعديل سعر الإيجار.

و عـــليه فإن المشرع يتدخل لتعديل العقد كلما اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام، عـــن طريق تشريعات حديثة تتماشى و مقتضيات المجتمعات، و ذلك لتفادي الاضطرابات الاجتماعية و الاقتصادية الناجمة عن ظروف غير متوقعة، و يتخذ تدخل المشرع عدة صور،

---

(1)ا لملاك مصطلح ورد في التشريع الكويتي، و يراد به المؤجرين.

(2) جمال النكاس، (حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي) مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 13، يونيو 1989، ص 91.

(3) المرجع نفسه، ص91.

(4) المرجع نفسه، ص92.

(5) سمير عبد السيد تناغو، **عقد الإيجار**، طبعة أولى، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1969، ص 334.

سواء تعلق الأمر بتعديل مدة العقد، أو تعديل قيمة الأداءات ،فكلها تسعى إلى إيجاد التوازن الاقتصادي للعقد و هذا ما يهدف إليه التعديل.

المبحث الثاني :حمايـــة الأطراف من تدخل المشـــــرع و الاستثناءات الواردة عليها.

إن العقـــد مـــا هو إلا تعبير عن إرادة الأطراف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، فليس من العـــدل و العقل أن يخضع التصرف القانوني لتشريع جديد لم يحترم حتى توقعات الأطراف أثـــناء تكوين العقد، لا سيما و أن التشريع الجديد أتى لتعديل العقد، إذن فما جدوى إبرام الأطراف مثل هذه التصرفات القانونية ؟ و لأجل ذلك تم تكريس حماية المتعاقدين من تدخل المشـــرع، وفقـــا لمبادئ قانونية. و لكن هل هذه المبادئ كافية لحماية الأطراف من تدخل المشرع، أم أن هناك استثناءات ترد عليها ؟ و هذا ما سوف نجيب عليه في المطالب التالية.

المطلب الأول : حماية الأطراف من تدخل المشرع.

إذا كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز للمشرع التدخل لتعديل العقـــد، و ذلك تجسيدا لمبدأ حماية الأطراف طبقا لمبادئ قانونية، مبدأ عدم رجعية القوانين من جهة، و مبدأ استمرار القانون القديم من جهة أخرى و هذا ما نعالجه في النقاط التالية.

الفرع الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين.

بمـــا أن العقـــد ما هو إلا جزء منظم من القانون، فليس من العدل أن يسري القانون الجديد بأثر رجعي، لا سيما و أن الأطراف يرتبون التزامات في ذممهم في ظل القانون القائم و هـــم عـــلى عـــلم بـــه[1]، و هـــذا ما كرسه التقنين المدني الجزائري في المادة 1/02 منه « لا يســـري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، و لا يكون له أثر رجعي ... »، و عليه فإن مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ قانوني يحترم إرادة الأطراف، و توقعاتهم في ظل القانون

---

[1] سمـــير عـــبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، منشأة المعارف : الاسكندرية، 1974، ص 655، عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية القانون**، الطبعة الخامسة، مطبعة نهضة مصر : القاهرة، 1966، ص 276.

الذي تم إبرام العقد فيه، أي القانون الذي يعرفه الأطراف مما يؤدي إلى تحقق العدل.

و كما أن مبدأ عدم رجعية القوانين يعتبر ضمانا لا غنى عنه للاستقرار في المجتمع[1]، و يسعى مبدأ عدم رجعية القوانين إلى المحافظة على مصالح الأفراد[2]، و يكرس في الوقت نفسه بقاء القانون الذي تم إبرام العقد في ظله، مما يؤدي إلى دعم الثقة بين الأفراد في تصرفاتهم، و بالتالي إلى استقرار المعاملات، بعكس الأثر الرجعي للقانون الجديد الذي يؤدي سريانه إلى الإخلال بالاستقرار في المعاملات، و إهدار الثقة الواجبة في القانون خاصة و أنه نشأت في ظل القانون القديم حقوق و مراكز قانونية[3]، و لكن هل مبدأ عدم رجعية القوانين كاف لحماية العقد من تهديدات المشرع، لا سيما أمام قانون جديد يأتي لتعديل آثار العقد المستقبلية ؟ يمكن القول بأن المشرع لا يمكن له أن يأتي بقانون جديد لتعديل آثار العقد المستقبلية، و ذلك احتراما لمبدأ سلطان الإرادة.[4]

و لهذا وجب على المشرع أن يحترم إرادة الأفراد و أن يكون عادلا تجاههم، و ذلك بضمان بقاء القانون الذي تم إبرام العقد في ظله[5]، و دون انتهاك المراكز القانونية السارية بأثر رجعي للقانون الجديد، و إلا فما جدوى منح المشرع للأفراد العقد كوسيلة لتحقيق العمليات الاقتصادية.

و لا يمكن لأحد أن ينازع فيما للمشرع من حق حاسم[6]، للتدخل في تعديل العقد، كلما اقتضت ظروف استثنائية و لكن في إطار الحيطة و الحذر، لأنه قد ينجم على سريان القانون الجديد بأثر رجعي فوضى في المجتمع، و بما أن النظام يشكل عنصرا أساسيا للسياسة التشريعية، و ما تقتضيه المصلحة العامة و المصالح المشتركة للأطراف من تضييق في تدخل المشرع إلا لظروف استثنائية للغاية، مع أخذ الحذر و الحيطة بعين الاعتبار، و حتى نتمكن

---

(1) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 655.

(2) *Paul Roubier,* **le droit transitoire : Conflits des lois dans le temps**, 2ème édition, éditions Dalloz et Sirey : Paris, 1960, p. 223.

(3) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 655. حسن كيرة، **المدخل إلى القانون**، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف : الاسكندرية، 1974، ص 340.

(4) *Philippe Malaurie, Laurent Aynes,* **Cours de droit civil, les obligations**, 8ème édition, éditions CUJAS : Paris, 1998, p.343.

(5) *Paul Roubier*, Op.Cit., p. 224.

(6) *IBID*, p. 224

من حماية إرادة الأطراف وجب أن يكون مبدأ عدم رجعية القوانين دستوريا، مما يؤدي إلى تقييد إرادة المشرع للتدخل في تعديل العقود. و مع هذا يبقى مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ قانونيا عاديا لا يقيد إرادة المشرع، ولكنه يقيد في الوقت نفسه إرادة القاضي بتطبيق القوانين بمبدأ عدم رجعيتها[1]، و يمكن القول بأن مبدأ عدم رجعية القوانين مطلق بالنسبة للقاضي طبقا لأحكام المادة 1/02 من التقنين المدني الجزائري، ففي حالة تنازع القوانين من حيث الزمان، لا يجوز للقاضي اللجوء إلى تسوية النزاع عن طريق النص على رجعية القانون.

و عليه فإن مبدأ عدم رجعية القوانين مطلق و ثابت بالنسبة للقاضي و نكون أمام أمر نسبي و تبعي للظروف الاستثنائية بالنسبة للمشرع، و لهذا وجب على المشرع أن يراعي أثناء تدخله استقرار المعاملات، و الضرورة القصوى، و الحيطة و الحذر كأسس لتدخله.

إلا أن مبدأ عدم رجعية القوانين غير كاف لحماية العقد، لأن سلطان القانون القديم ينتهي بإلغائه، مما يؤدي إلى توقف سريانه[2]. و هذا ما يدفع بنا إلى البحث عن مبدأ آخر يكفل حماية المتعاقدين من تدخل المشرع، و هو مبدأ استمرار القانون القديم.

الفرع الثاني : امتداد سريان القانون القديم.

يسري القانون الجديد بأثر مباشر على جميع المراكز القانونية، و ذلك لما يحققه من وحدة التشريع، و تطبيقه في آن واحد على جميع المراكز القانونية[3]، و لكن هل يمكن أخذ هذا المبدأ على الإطلاق إذا ما تعلق الأمر بالمراكز العقدية ؟ ففي هذه الحالة فإن التشريعات الجديدة لا تسري على العقود الجارية، لأن مبدأ عدم رجعية القوانين يترك مكانه لمبدأ أكثر اتساعا للحماية، هو مبدأ استمرار القانون القديم.

و مبدأ استمرار القانون القديم هو المبدأ الذي تخضع بمقتضاه أثار العقود الجارية لسلطان القانون الذي تم إبرام العقد في ظله، رغم دخول القانون الجديد حيز التنفيذ و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية[4]، و مبدأ استمرار القانون القديم يهدف إلى

---

(1) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 658.

(2) مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، **النظرية العامة للقانون**، الدار الجامعية : بيروت، 1987، ص 109.

(3) المرجع نفسه، ص 120.

(4) Paul *Roubier*, Op.Cit., p. 392.

حمايـــة العقـــود مـــن القوانين الجديدة، التي تأتي لتعديل آثار العقود المترتبة في ظل القانون القـــديم[1]،و بالتالي لا يجوز للقانون الجديد أن يعدل أو يضيف أو ينقص من هذه الآثار[2]، لأن قانون إبرام العقد هو الذي يحكمه، أي أن القانون القديم يستمر في تنظيم العقود الجارية المبرمة في ظله و ذلك احتراما لإرادة الأطراف، و العدالة و استقرار المعاملات.

كمـــا أن مبدأ استمرار القانون القديم يكرس احترام إرادة الأطراف، و هذا ما ذهب إليه رأي من الفقه و القضاء الفرنسي كون أن المتعاقدين عند إبرام هذه العقود، حاولوا من خلالها تحقيق التوازن فيما بينهم على أساس القانون القائم وقت إبرامها، فإذا تم تطبيق قانون آخر جديد على هذه العقود، أدى ذلك إلى الإخلال بالتوازن العقدي[3]، و من أجل المحافظة عـــلى هـــذا الـــتوازن وجـــب الاستمرار في تطبيق القانون القديم، الذي كان محل اعتبار للمتعاقدين عند إبرامهم للعقد.[4]

و يستند مبدأ امتداد سريان القانون القديم على فكرة احترام الحقوق المكتسبة بالنسبة للنظرية التقليدية باعتبار أن آثار هذه العقود هي حقوق مكتسبة للمتعاقدين لا يجوز للقانون الجديـــد أن يمس بها[5]، إلا أن هذا الرأي يعاب عليه عدم صحته، لأنه لا يمكن تطبيقه على الآثار الجارية للمراكز القانونية كالملكية و الزواج.

أمـــا الأستاذ روبيه[6] فيرى أن أساس امتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية لـــلعقود السابق إبرامها هو مبدأ التنوع و الاختلاف، و يبقى العقد وسيلة تحقيق الاختلاف و التـــنوع في العلاقات بين الأفراد، و هو يستجيب بذلك إلى حاجة جوهرية للمجتمعات الإنسانية[7]، فالأطراف يتوقعون من إبرام العقود في ظل قانون معين، و كذا تطبيق الأحكام القانونيـــة عـــلى تصرفاتهم تحقيقا لمصالحهم، لأنه إذا ترتب على القانون الجديد تعديل آثار

---

(1) *Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ,* (**Conflits de lois dans le temps, application de la loi nouvelle aux événements futurs**), Juris classeur civil art2, Fasc 2, P. 18

(2) *Paul Roubier,* Op.Cit., pp. 361 - 383.

(3) Ibid,, p. 361. Gabriel Marty, Pierre Raynaud, **Droit Civil, introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires**, Tome 1, Librairie du recueil Sirey : Paris, 1956, p. 182.

(4) *Paul Roubier*, IBID, p. 361.

(5) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 695.

(6) Paul *Roubier,* Op.cit., p. 385.

(7) Ibid, p. 392.

العقـــود التي تم تحديدها على أساس الاختيار و التوقع لاختلت الثقة في الوسيلة التي أعطاها القانون للأفراد لتحقيق الاختلاف و التباين في مراكزهم الفردية[1]، ولأجل هذا وجب على التشـــريعات الحديـــثة أن لا تمس حق الاختيار الممنوح للأطراف، بغية تحقيق مصالحهم من جهة، و استقرار المعاملات من جهة أخرى.

و هـــذا ما كرسه المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 و المتعـــلق بالنشـــاط العقاري طبقا لأحكام المادة 2/20 منه التي تنص على أن العقود المبرمة قبل هذا المرسوم تخضع لأحكام المادة 509 من التقنين المدني المتعلق بالتجديد الضمني في حالة بقاء المستأجر في الأمكنة بعد انتهاء عقد الإيجار مع علم المؤجر، فالإيجار هنا يتجدد بشروطه الأولى لمدة غير محددة.

أمـــا العقـــود المـــبرمة بعد هذا المرسوم التشريعي، فلا يمكن للأطراف فيها التمسك بالتجديد الضمني، لأن المادة 20 منه ألغت المواد 474 و 509 مـــن التـــقنين المدني و المتعلقة بالتجديد الضمني لعقود الإيجار.

إلا أن هـــناك مـــن يـــرى عدم إمكانية تطبيق مبدأ امتداد سريان القانون القديم، إذا مـــا تعـــلقت القوانـــين الجديدة بالنظام العام، و يمكن تطبيقه إذا كانت القواعد القانونية مكملة[2]، أما الأستاذ روبيه فيرى أن مبدأ امتداد سريان القانون القديم يصدق على القواعد الآمرة، و القواعد المفسرة في هذا القانون.[3]

لأن اخـــتلاف و تنوع شروط الأطراف، و ما تتطلبه من حرية الأفراد و مساواتهم في وضع الشروط التي تتناسب مع مصالحهم أثناء إبرام العقد دون المساس بمبدأ سلطان الإرادة من جهة، و مصالح الأطراف من جهة أخرى.

و مـــع هـــذا فإن هذه المبادئ غير كافية لحماية المتعاقدين من تدخل المشرع، فمثلا استمرار شروط عقد الإيجار السابق، فهو مقيد بألا تتعارض هذه الأخيرة مع القواعد الآمرة

---

(1) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 696.

(2) مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال،، **النظرية العامة للقانون** ، المرجع السابق،ص 189.

(3) Paul *Roubier,* Op. Cit., p. 366.

المقررة في القانون المعمول به وقت حدوث التجديد[1]، و نفس الأمر بالنسبة لعقد العمل إذ يتدخل المشرع غالبا بوضع قواعد قانونية لتنظيمه سواء تعلقت بالحد الأدنى للأجر، أو ساعات العمل، و يهدف بذلك إلى حماية فئة العمال دون النظر إلى إرادة الأطراف، أي أن المشرع يتدخل لتعديل العقد كلما ارتأى تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية و الاجتماعية، من جهة و حماية مصالح الأطراف من جهة أخرى، بشرط أن يتدخل بصورة منتظمة مراعيا مراكز الأطراف و تصرفاتهم و تحقيق العدالة، و ذلك باستخدام مبادئ قانونية تشكل استثناءات على حماية الأطراف من تدخل المشرع.

المطلب الثاني : التدخل الاستثنائي للمشرع.

قد تعترض تنفيذ العقد صعوبات مردها إلى تقلبات اقتصادية و اجتماعية، يترتب عنها الإخلال بتوازنه الاقتصادي، الأمر الذي أدى في الوقت الحاضر إلى كثرة تدخل القوانين الحديثة في حياة العقد، و ما يترتب عنه من انتهاك للقوة الملزمة له، خاصة المتعلقة منها بتعديل مدة العقد أو اقتصاده[2]، و يتم هذا التدخل وفقا لمبدأ الأثر الفوري، و الأثر الرجعي للنص الجديد المعدل للعقد.

الفرع الأوّل : 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 المستقبلة[3]، على اعتبار أن الأثر الفوري هو الأفضل لما يحققه من تطور و تقدم بالنظر إلى القانون القديم و كذا إلى توحيد التشريع في الدولة[4]، و لكن هل يمكن تطبيق مبدأ الأثر الفوري بما يحققه من وحدة التشريع على العقود التي غالبا ما تختلف و تتنوع بحسب الأطراف و المصالح ؟.

---

(1) Paul *Roubier,* Op. Cit., p. 400.

(2) *Gabriel MARTY, Pierre. Raynaud,* **Droit civil,** Tome II, Volume 2, Sirey : Paris, 1956, p. 206.

(3) حسن كيرة، ، المرجع السابق، ص 369. عبد المنعم فرج الصدة، **مبادئ القانون**، دار النهضة العربية للطباعة و النشر: بيروت، 1977، ص 145.

(4) عبد الحي حجازي، **عقد المدة أو العقد المستمر أو الدوري التنفيذ**، مطبعة جامعة فؤاد الأول: القاهرة، 1950، ص 145.
Paul Roubier, Op.Cit., p. 341. Gabriel Marty, Pierre Raynaud, **Droit civil**, tome1,Op.Cit., p.176.

إن تطـــبيق مـــبدأ الأثر الفوري في مجال العقود لا يمكن الأخذ به على الإطلاق، لأن تنظيم العقود يقتضي التنوع و الاختلاف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة[1]، إلا أن تدخل المشرع لـــتعديل العقـــد بتطـــبيق الأثر الفوري، أدى إلى اختلاف فقهي حول إمكانية تطبيقه على العقود، فمنهم من يتمسك بالتفرقة بين القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العـــــــام، و القواعـــد القانونيـــة المكمـــلة، و منهم من يتمسك بالتفرقة بين القوانين، المتعلقة بالنظام القـــانوني و القوانين المتعلقة بالمراكز العقدية. و هذان الاتجاهان سوف نعالجهما في النقاط التالية.

أولاً : الاتجاه الأول.

يـــرى هذا الاتجاه أن القوانين المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة تسري بأثر مباشر على العقود الجارية[2]، و أن قوانين النظام العام تأتي لتعديل شروط العقد، أو أحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله، و بالتالي فالقانون الجديد المتعلق بالنظام العام يأتي لتعديل العقد في جميـــع مراحله، و ما يهمنا في دراستنا العقود الجارية، فإذا قلنا بتعديل الشروط المتفق عليها فنكون أمام نصوص تشريعية تحل محل الشروط، و كذا الأمر نفسه بالنسبة لأحكام القانون القديم الذي اعتبره الأطراف جزء من العقد، و أخذوا بعين الاعتبار الاختيار و التوقعات في ظله، كما تسعى هذه القوانين لتعديل آثار العقود المبرمة في ظل قانون معين.

و يـــؤدي تعديـــل العقود عن طريق المشرع إلى انقضاء الالتزامات الناشئة عن هذه العقود، و نشأة التزامات أخرى قانونية تحل محلها، و يتحقق ذلك عن طريق فكرة التجديد الضـــروري[3]. كما أن قوانين النظام العام قوانين آمرة تكفل لوحدها إبعاد استمرار القانون

---

(1) Paul *Roubier , Op.Cit.,* pp. 340-347.

(2) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 694.

François terré, Philippe Simler,Yves lequette,**Droit civil, les obligations**, 5eme édition, édition DALLOZ : Paris, 1993, p. 338.

(3) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع نفسه، ص 699.

Samir TANAGHO, **De l'obligation judiciaire, étude morale et technique de la révision du contrat par le juge**, L . G. D .J : Paris, 1965, p. 154.

القديم في العقود الجارية[1]، و تملك تغيير طبيعة الالتزام و صفاته و إثباته و قابليته للحوالة[2]. كما يتمسك أنصار هذا الاتجاه بوضع مكانة خاصة للقوانين المتعلقة بالنظام العام.

و يتجسد التدخل الاستثنائي للمشرع في عدة عقود، كأن يتكفل المشرع بتنظيم فئة معينة من العقود، و ذلك بوضع نموذج لها مثل عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، حيث تمت المصادقة على نموذج عقد الإيجار بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994 [3]، أو أن يتدخل المشرع بقوانين آمرة متعلقة بالنظام العام تسري بأثر فوري و ذلك بإنقاص ساعات العمل أو وضع حد أدنى للأجر المضمون في عقود العمل.

و كذا الأمر بالنسبة للعقود المتعلقة بالاستهلاك و التي كان الضمان فيها قبل صدور قانون 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بحماية المستهلك، يخضع لأحكام التقنين المدني، فالضمان المعطى من قبل البائع إلى المشتري كان مجرد مسألة اختيارية إذ غالبا ما يجد المستهلك نفسه أمام إبرام عقد دون ضمان، نزولا عند إرادة البائع، إلا أنه بعد صدور قانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك أصبح الضمان قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، طبقا لأحكام المادة 02/07 من نفس القانون، و المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، و المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات[4]، فالضمان القانوني أصبح إلزاميا لا يجوز بمقتضاه للمستهلك التنازل عنه، أو استبعاده، وذلك حفاظا على حماية المستهلك، و بالتالي فإن كل القوانين المتعلقة بالضمان في مجال عقود الاستهلاك تسري بأثر فوري لتعلقها بالنظام العام، إلا أننا لاحظنا طبقا لأحكام المادة 11 من المرسوم 90-266 أنه يجوز التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدي يشكل أكثر نفعا و جدية من الضمان القانوني. و يبقى الضمان في شكله

---

(1) *Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon*, Op.Cit., p. 219.

(2) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 724.

(3) المرسوم التنفيذي 94 – 69 المؤرخ في 19 مارس 1994 ، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 17 ، المؤرخ في 30 مارس 1994 .

(4) المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية** العدد 40، المؤرخ في 19 سبتمبر 1990.

الجديـــد يكـــرس أكبر حماية للمستهلك من كل جشع و تجاوزات الحرفي سواء كان بائعا، منتجا، وسيـــطا أو موزعا.

كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أن للمشرع الحرية الكاملة في تعديل العقد بقوانين جديدة من النظام العام و ذلك بما تقتضيه المصلحة العامة.

أمـــا إذا كـــانت القوانين مكملة أو مفسرة، فتبقى العقود الجارية خاضعة لاستمرار القـــانون القديم[1]، كما يستندون إلى أن مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ قانوني عادي فليس هـــناك ما يقيد إرادة المشرع، لا سيما و أن قوانين النظام العام بمجرد إصدارها تطبق على العقود الجارية، و ذلك بأن تنشئ حقا انتقاليا يؤثر بموجب نصوصه على العقد المبرم في ظل القـــانون القديم[2]، ورغم أن مبدأ الأثر الفوري يهدف إلى توحيد التشريع، إلا أنه في مجال العقود تتنوع و تختلف التوقعات و اختيارات الأطراف، مما يؤدي إلى صعوبة تحقيق الهدف مـــن الأثـــر المباشـــر و هـــو وحدة التشريع. و لكن هل هذا الاتجاه يمكن الأخذ به على الإطلاق ؟ هذا ما سوف نتطرق إليه لدى أنصار الاتجاه الثاني.

ثانيًا : الاتجاه الثاني.

يـــتزعم هـــذا الاتجـــاه الفقيه الفرنسي روبيه، الذي يرفض الرأي الأول مؤكدا بأن التشـــريعات المتعـــلقة بنظام العقود لا يكون لها أثر على العقود الجارية، حتى و لو كانت تشـــريعات آمـــرة تتعلق بالنظام العام[3]، و يبرر ذلك على أساس أن العقد هو الوسيلة التي أعطاها القانون للأفراد لتحقيق مراكزهم القانونية الخاصة على الوجه الذي يرونه، لأنه من غـــير المقـــبول أن يـــأتي قانون جديد ليعدل أو يراجع عقد سبق إبرامه، مؤديا بذلك إلى الاضطراب في المراكز العقدية المشروعة، و بالتالي رفض الأثر المباشر في نطاق العقد.[4]

---

(1) مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، ، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 121.

(2) *Régis Fabre,* **(Les clauses d'adaptation dans les contrats)**, Revue trimestrielle de droit civil, N° 1, 1983, pp. 2 , 3.
Jacques Ghestin, **traité de droit civil, les obligations, les contrats**, L.G.D.j : Paris,1980, p. 107.

(3) Paul *Roubier,* Op.Cit., p. 361.

(4) IBID, pp. 360, 361.

ممـــا أدى إلى الـــتفرقة في مجـــال العقود بين القوانين المتعلقة بالنظام القانوني (المراكز القانونية)، و القوانين المتعلقة بالمراكز العقدية.

فـــالأولى تقتصر على العلاقات التي لا دخل لإرادة الأفراد في تنظيمها، و التي يتكفل المشرع بتنظيمها و ترتيب آثارها[1]، كما هو الشأن في عقد الزواج، و عقد العمـــــــل، و القوانـــين المتعلقة بالملكية، ففي هذه الحالة تسري القوانين الجديدة بأثر فوري على العقود الجارية.

أما المراكز العقدية فيراد بها تلك العلاقات التي يكون للأفراد كامل الحرية في تنظيمها، و تـــرتيب آثارها كعقد البيع، ففي هذه الحالة يستمر القانون الذي تم إبرام العقد في ظله في الســـريان، و ذلـــك حفاظا على استقرار المعاملات بين الأفراد، مما يؤدي إلى رفض الأثر الفـــوري على المراكز العقدية لأنه يؤدي إلى الاضطراب في المراكز العقدية المشروعة[2]، أي أن القانون الجديد لا يمكن له أن يؤثر على أثار العقود الجارية المتعلقة بالمراكز العقدية، سواء كانت نصوصا آمرة أو مكملة، فهي لا تؤدي إلى تعديل العقد. و يتوصل في الأخير إلى أن تطـــبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد على العقود الجارية، يشكل إخلالا بمبدأ سلطان الإرادة، و تقييـــد لاخـــتلاف و تنوع الأفراد في اختيار الشروط التي تلائمهم، إلا أن هذا الاتجـــاه لا يمكن الأخذ به على الإطلاق، لا سيما و أن التفرقة بين النظام القانوني و المراكز العقدية لا يمكن اعتبارها معيارا سليما للحد من تنازع القوانين، لأنه غالبا ما يصعب التفرقة بينهما، لا سيما و أن النظام القانوني يعني تدخل إرادة المشرع في تنظيم و ترتيب آثارها على العقود الجارية، كما هو الحال في القوانين المتعلقة بالملكية، أما المراكز العقدية فهي التي تخضع في تنظيمها لإرادة الأطراف كعقد البيع. و بما أنه يصعب التمييز بين النظـــام القانـــــوني و المراكـــز العقدية، و ذلك لتدخل المشرع لتنظيمها في كلتا الحالتين و بالتالي يختلط النظام القانوني بالمراكز العقدية.

---

[1] توفيـــق حســـن فـــرج، **المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق**، الدار الجامعية: بيروت، 1993، ص 355.

[2] Paul *Roubier*, Op.Cit., pp. 361-366.

كما يقوم المشرع بتنظيم بعض العقود، و ذلك بوضع نماذج معينة لها على وجه الإلزام كعقد الإيجار طبقا للمرسوم التشريعي 93-03، و كذا عقد التأمين طبقا لأحكام المادة 07 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات[1]، كما يتدخل المشرع بصفة دورية بتعديل بعض الشروط في عقد العمل، كأن يحدد القانون الجديد ارتفاع الحد الأدنى للأجر المضمون تماشيا مع المستوى المعيشي للعمال، و ارتفاع الأسعار العامة، أو يقوم المشرع بإنقاص ساعات العمل إذا اقتضت صحة و سلامة العامل ذلك، كما هو الشأن في التشريع الجزائري بإنقاص مدة العمل من 44 ساعة إلى 40 ساعة طبقا للمادة 02 من الأمر 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالمدة القانونية، أو فرض العطل الأسبوعية، و ذلك تكريسا لحقه في الراحة، فلا يمكن لرب العمل تجاهل هذه الشروط لأن إقرارها من قبل المشرع كان هدفه حماية فئة العمال، و ذلك عن طريق توفير ضمانات أكثر نجاعة، إلا أن المعيار المعتمد في سريان القانون الجديد بأثر فوري على العقود في نظرنا هو المصلحة العامة بمفهومها الواسع، أي المصالح العليا للدولة، و مصالح الفئات الخاصة، و يقتصر تدخل المشرع لتعديل العقود الجارية عند الضرورة القصوى مع مراعاة الحيطة و الحذر، و كذا مصالح الأطراف المشتركة، إلا أنه يجوز للمشرع التدخل في العقود بالنص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي.

الفرع الثاني : الأثر الرجعي للنص الجديد لتعديل العقد.

إن الأثر الرجعي خرق لمبدأ عدم رجعية القوانين بما يقتضيه العدل و استقرار المعاملات و ثقة الأفراد به، مما يوجب عدم سريان القوانين على الماضي.[2]

و يفترض سريان القانون الجديد على ما يقع في المستقبل طبقا لأحكام المادة 02 من التقنين المدني الجزائري، و لا يكون له أثر رجعي، إلا أننا بالرجوع إلى مبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره مبدأ قانونيا عاديا فإنه يقيد القاضي، و لا يقيد إرادة المشرع في التدخل

---

[1] أمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 13، المؤرخ في 08 مارس 1995.

[2] توفيق حسن فرج، **المدخل للعلوم القانونية**، المرجع السابق، ص 326.

لـــتعديل العقود، و ذلك بالنص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي على العقود القائمة في ظل قانون معين.

و للمشـــرع الســـلطة المطلقة في تقرير إعمال القانون بأثر رجعي كلما رأى في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة[1]، إلا أنه لا يمكن أخذ تدخل المشرع بأثر رجعي على الإطلاق، بل يقتصـــر على الضرورة القصوى التي تقتضيها اعتبارات اجتماعية و سياسية و اقتصادية من أجـــل تحقيق العدل كهدف أسمى من الحرية و الإرادة. و هذا ما أكده الأستاذ بن شنب[2] « بـــأن تدخل المشرع لتعديل العقد يأتي لتقدير بند غير مكتوب بأثر رجعي »، و يراد من ذلـــك أن المشـــرع لما يتدخل لتعديل عقد فهو بالضرورة يلجأ إلى إعادة كتابة شروط غير مكتوبة و إدراجها في العقد، و ذلك بالنص على رجعيتها صراحة فيما يتعلق بآثارها بمقتضى القـــانون الجديـــد، (أي القـــانون الجديـــد يـــنص صراحة على رجعية هذه الشروط)، و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها[3]، حيث اعتبرت أن قرار إلغاء تأميم أرض مشاعة صادر في 1977/05/03، يكون له أثر رجعي مؤداه إبطال كل التصرفات الواردة على الأرض المؤممة أثناء فترة التأميم، و يترتب عنه رجوع الأطراف إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها من قبل »، و يملك المشرع سلطة النص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي على الآثـــار الجاريـــة للمراكز العقدية، إذا تعلق الأمر بتعديل الشروط المتفق عليها صراحة بين المـــتعاقدين، ممـــا يؤدي إلى حلول أحكام التشريع محل شروط العقد، و بالتالي إلى انقضاء الالتزامات العقدية، و نشأة التزامات قانونية محلها[4].

و يذهب الأستاذ "روبيه" إلى أنه لا يمكن الاكتفاء بمجرد صدور تشريع جديد يؤدي بالضـــرورة إلى تعديل العقود القائمة، بل يجب أن تكون إرادة المشرع صريحة لإحداث هذا الأثـــر، و هذا حتى لا يكتنف القانون غموض، و لا تطبيقه على العقود إبهام، مما يؤدي إلى البحث عن تفسير إرادة المشرع الضمنية لا سيما في مجال العقود[5]، لأنه إذا لم ينص المشرع

---

(1) مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 144.

(2) *Ali Bencheneb,* **Théorie générale du contrat**, O.P.U : Alger, 1982, p. 83.

(3) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1983/03/30، ملف رقم 27972، المجلة القضائية، العدد 02، ص 42.

(4) سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، المرجع السابق، ص 699.

(5) *Paul Roubier,* Op. Cit., p .388.

صـــراحة عـــلى رجعيـــة القوانين، فلا يجوز للقاضي تطبيقه على الماضي، و بالتالي المساس بالمراكز القانونية و الحقوق المكتسبة. و إن إقرار الأثر الرجعي تقتضيه ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار في المعاملات عند ما يتـــطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضي[1]، إلا أن التهرب من مبدأ عدم رجعية القوانين، و اللجوء إلى الأثر الرجعي يقتضي كثرة الحيطة[2]، و هذا ما تجسده السياسة التشريعية بتوفير ضمانات أكثر فعالية للاقتصاد، و لأفراد المجتمع.

و عليه فإذا كان القانون الجديد يسري بأثر رجعي في تعديل العقود التي تم إبرامـــها، و ترتيب أثارها في ظل القانون القديم بما يتماشى و توقعات و مصالح الأطراف الخاصة، فإن حلول إرادة المشرع محل إرادة الأطراف، مهما تنوعت الدوافع، اعتبر انتهاكا صارخا للقوة الملزمة و ظلما للأطراف بإبعاد تصرفاتهم.

لذا وجب على المشرع أن يتقيد بمبدأ عدم رجعية القوانين رغم عدم دستوريته، و لا يتدخل إلا عند الضرورة القصوى، و لذا وجب عليه إقرار قوانين تضمن المصلحة العامة من جهـــة، و استقرار المعاملات من جهة أخرى، فإذا كان العقد قانون الأطراف، فإن تدخل المشرع يعني بالضرورة تحطيم إرادة الأطراف، و حريتهم، و إذا كان القانون يشترط المساواة في الالـــتزامات بـــين أطـــراف العقد، فإن الواقـــع غير ذلك إذ غالبا ما يجد أطراف العقد أنفسهم في مراكز قانونية غير متساوية، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، فالواقع هنا يبرر تدخل المشرع لحماية الأفراد و حرياتهم، و إن كان تدخله يسمو على هذه الاعتبارات، و يكون أساس تدخله هو العدل و المصلحة العامة الاجتماعية و الاقتصادية، و هذا لا يعني أن القوانـــين الـــتي يتدخل بها المشرع لتعديل العقد تكون بالضرورة عادلة، و إنما قد تكون ظالمة و مجحفة في بعض الأحيان.

لهـــذا وجـــب عـــلى المشرع أن يتخذ من الحيطة و العدل و العقل معايير لتدخله، لا ســـيما و أنـــه يفترض أن تكون له الدراية الكافية للتدخل بأثر رجعي، إلا أن الواقع أن للمشـــرع السلطة المطلقة للتدخل في كافة مراحل العقد، و في الوقت الذي يراه مناسبا، مما يؤدي إلى التعديل التشريعي بتعديل شروط العقد المتفق عليها أثناء إبرام العقد في ظل القانون

---

[1] حسن كيرة، المرجع السابق، ص 346.

[2] *Paul Roubier,* Op. Cit., p. 224.

القـــديم، أو تعديـــل أحكـــام القـــانون الذي أبرم العقد في ظله، بتوقع أو تنويع الأطراف لشـــروطهم ممـــا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات العقدية و حلول التزامات تشريعية محلها عن طـــريق التجديد الضروري. هذا في حالة تدخل المشرع لتعديل العقود الجارية بتطبيق الأثر الفـــوري للقانون الجديد أو الأثر الرجعي، إلا أننا لا نكون أمام التعديل التشريعي إذا احترم المشرع مبدأ عدم رجعية القوانين، و كذا إذا استمر القانون القديم يحكم العقود الجارية، مما يدعم استمرارية و استقرار المعاملات العقدية بين الأفراد.

الخلاصـــــــة:

من خلال دراستنا لهذا الفصل توصلنا إلى أن العقد وسيلة لتحقيق العمليات الاقتصادية بـــين الأفـــراد، إلا أن هذه الوسيلة تكون غير كافية لتحقيق مصالح الأطراف أو الهدف من العقـــد ممـــا يـــؤدي إلى تدخل المشرع لتعديله رغم احترامه لإرادة الأطراف، و يتخذ هذا التعديل عدة صور أهمها تعديل مدة العقد، و تعديل قيمة الالتزامات، و ذلك بوضع الحدود الدنيا للأجور، و أثمان بدلات الإيجار، كما أنه يلجأ إلى امتداد العلاقة التعاقدية بمنح آجال أو إنقاص المدة، كل هذه القوانين الجديدة تسري بأثر فوري أو بالنص على رجعية القوانين، و مـــع ذلك فإن تعديل المشرع للعقد ليس مطلقا، بل مقيد بمبدأ عدم رجعية القوانين طبقا لأحكام المادة 02 من التقنين المدني الجزائري، أو بمبدأ استمرار القانون القديم.

بما أن مبدأ عدم رجعية القوانين ليس مبدأ دستوريا، وإنما اكتفى المشرع الجزائري على تنظيمه في أحكام المادة 1/02 من التقنين المدني، فيجوز للمشرع أن يورد استثناءات عليـــــه و يتدخل لتعديل العقد في الوقت المناسب، كلما اقتضت المصلحة العامة الاقتصاديـــــــة و الاجـــتماعية ذلك، كما أن التقنيات التي يتدخل بها المشرع، إنما وجدت لمواجهة ظروف وقـــتية يفترض أن هذه القوانين تنتهي بانتهاء الظرف، لأن المشرع بتدخله يسعى إلى تحقيق التعادل في الالتزامات المتقابلة. كما لا يمكن إنكار أن تدخل المشرع لتعديل العقد ما هو في الحقيقة إلا استثناء على مبدأ سلطان الإرادة، أملته المصلحة العامة.

الفصـــــل الثانـــــي

تعديل العقد باتفاق الأطراف

الفصل الثاني : تعديل العقد باتفاق الأطراف.

إن الـــتعديل تصرف قانوني يتم بمقتضاه اتفاق الأطراف أثناء تنفيذ العقد على تغيير عنصـــر منه، أو عدة عناصر، وذلك من أجل بقائه[1]، فبالرجوع إلى أحكام المادة 106 من التقنين المدني الجزائري، فإن للأطراف كامل الحرية في الاتفاق على جميع المسائل التي يرونها أساسية، و إدراجها في عقدهم، و من ثم، يستمد العقد قوته الإلزامية دائما من مبدأ "العقد شـــريعة المتعاقدين"، أي من إرادة الأطراف، بمعنى احترام الشروط التي تم إدراجها من قبل الأطراف في العقد.

إن للأطـــراف كـــامل الحـــرية في توقع الظروف و الصعوبات التي قد تعترض تنفيذ العقـــــد، و الـــتي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، فيترتب عنه إضرار بأحد المـــتعاقديـــــن، و عـــدم تحقـــق الهدف المنشود من العقد، باعتباره وسيلة قانونية لتحقيق العمليات الاقتصادية، مما يدفع بالأطراف إلى البحث عن آليات لمعالجة هذه الظروف و ذلك مـــن أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، و الإنقاص من حدة تلك الظروف، دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين في ظل احترام حرية التعديل، و كذا حدود مضمون العقـــــــــــد و مســـتلزماته. إلا أن حـــرية التعديل غالبا ما تؤثر على مصير العقد، و لأجل ذلك وجب التطرق في هذا الفصل إلى آلية التعديل الاتفاقـــي، و مدى حريته و تأثيره على مصير العقد، و هذا ما نعالجه في المباحث التالية :

---

[1] *Alain GHOZI,* **La modification de l'obligation par la volonté des partiés : étude de droit civil Français**, L.G.D.J, : Paris, 1980, p. 04.

المبحث الأول : آلية التعديل الاتفاقي.

إذا كـــان للأطراف وحدهم سلطة إبرام العقد وفقا لمتطلباتهم بما يحقق لهم من توازن اقتصـــادي، فلا يمكن تعديله إلا بمقتضى إرادة الأطراف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، و لكن ما هي الآلية التي يستخدمها الأطراف في تعديل عقدهم ؟

للأطـــراف الحـــرية الكامـــلة في توقع الصعوبات (اقتصادية، اجتماعية، ...) التي قد تواجههم أثناء تنفيذ العقد، و ذلك بإيجاد الحلول المناسبة التي تسمح بإعادة التوازن العقدي، أو حـــتى الإنقاص من حدة تلك الظروف و دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، و دائما في حـــدود مضمون العقد و مستلزماته. و إضافة إلى ذلك يتخذ الأطراف من الحيطة و الحذر الحماية الكافية لمواجهة الصعوبات التي قد تعترضهم أثناء مرحلة التنفيذ.

و تتمـــثل هذه الحلول العملية التي يلجأ إليها الأطراف لتعديل عقدهم في إدراج بنود لـــتعديل العقـــد، و في حالـــة ما إذا تم الاتفاق عليها أثناء إبرام العقد يطلق عليها "البنود التلقائية"، و أهمها بند التقييس ،و شرط المقياس المتغير ...)، أما إذا تم الاتفاق عليها لاحقا أي أثناء مرحلة التنفيذ فيطلق عليها البنود غير التلقائية، كبنود إعادة التفاوض.

إن دراستنا في هذا المبحث تقتصر على النماذج المستخدمة من البنود سواء أثناء إبرام العقـــد، أو تـــنفيذه لمواجهـــة الصـــعوبات الـــتي تعترض العقد بغية تحقيق التوازن و بقاء العقـــــــــد و استمرار يته.

المطلب الأول : بند التقييس La clause d'indexation.

يـــلجأ الأطـــراف أثـــناء إبرام العقد إلى إدراج بنود[1] أكثر فعالية لمواجهة الظروف الاقتصـــادية بصورة عامة، و محاربة انهيار العملة النقدية على وجه الخصوص[2]،أي مواجهة الصـــعوبات الاقتصادية و النقدية التي تعترض الأطراف أثناء تنفيذ العقد، و أهم هذه البنود بـــند الـــتقييس الـــذي يســـعى في الغالب إلى حماية العملة النقدية و ذلك بتوفير الثقة بين الأفـــــــــــراد، و السماح لهم بالابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضـــخم[3]، كما يبقى لها دور فعال في حماية الاقتصاد الوطني الذي أساسه الثقة و الابتعاد عـــن عـــدم الـــتوازن النقـــــدي، و عدم التوازن الاقتصادي، و بالتالي الابتعاد عن خطر التضخم.

كمـــا أن هـــذه البنود تنصب على العقود المستمرة (ذات التنفيذ المتتابع) أو المؤجلة التـــنفيـــذ، و هـــي تعمل على بقاء التوازن العقدي رغم تدني العملة بتوقع قيمة الأداءات بدلالة معيار اقتصادي أو نقدي[4].

و يبقى الهدف الأساســـــي للأطراف من إدراج هذه البنود تحقيق التوازن العقدي، و ذلـــك عن طريق تحقيق المساواة في الالتزامات المتبادلة، و بالتالي تكريس العدالة و إرضاء مصالح الأطراف.

---

(1) البند لغة : العلم الكبير، الحيلة. محمد الباشا، المرجع السابق، ص 223.

أما إصطلاحا : "كل أحكام تصرف قانوني" Clause (gen) : **"Toute disposition d'un acte juridique"**.

Pierre Guiho, Jacques Bichot, Michel Martin, (sous la direction), **dictionnaire, droit, économie, gestion,** 1ere édition, L'hermès : Lyon, 1994, p. 76.

و يراد به أيضا « كل نص خاص يرتبط عملا قانونيا، و يراد به النص المدرج في تعاقد أو هبة، أو وصية يكون القصد منه تعديل آثارها العادية، مثل شرط عدم ضمان البيع، و يجب أن لا يكون الشرط مستحيل التنفيذ أو مخالفا للآداب العامة، أو غير مشروع، لأنه حينئذ يصبح التعاقد به باطلا، أو قابلا للإبطال » إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، **القاموس القانوني فرنسي- عربي**، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان، 1983، ص 58.

(2) Florence Kuntz Duchène, Nathalie Merlin- Mollard, **Droit civil**, 1ere édition, L'hermès: Lyon, 1994 p.64.

(3) Jean-Paul *Doucet,* **Les clauses d'indexation et les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959**, L.G.D.J : Paris, 1965, p. 37.

(4) C.D'Hoir, L'aupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim – Ayache, J.J. Serret, **Droit Civil, Les Obligations**, Volume II, 2ème édition, L'hermès : Lyon, 1990, p. 71.

إلا أن إعـــداد هـــذا الـــنوع من الشروط يكون دوما صعبا لأنه لا يفرض فقط على الأطراف توقع المخاطر التي قد تعترض العقد بصورة جيدة و لكن أيضا تصور الآليات التي تســـتطيع تعويضه تلقائيا[1]، فلا يكتفي الأطراف بتوقع الصعوبات الاقتصادية و النقدية التي قـــد تعترضهم أثناء تنفيذ العقد، بل يجب عليهم البحث عن حلول لمواجهة هذه الصعوبات تلقائيا، و ذلك بالاختيار الحسن للأرقام المرجعية[2].

فبـــند التقييس هو « البند الذي يغير سعر الدفع بدلالة رقم مرجعي، هذا الرقم الذي يشكل قيمة سلعة أو خدمة »[3].

تتجسد فعالية بنـــد التقييس من خلال اختيار الأطراف لرقم مرجعي يتماشـــى و مصالحهم، و كذا المحافظة على التوازن العقدي من خلال المساواة في الالتزامات المتقابلة ، و مراعاة أسس الاقتصاد الوطني، لأن التقييس في حد ذاته غاية لتدارك انخفاض قيمة العملة، فهو يشكل طريقة تبعية للسعر العقدي (التعاقدي)، ففائدتها تظهر في حالة الوفاء المؤجـــل ، أو التـــنفيذ المتـــتابع (المستمر)، الذي يضمن تغير الأداء النقدي بدلالة موازة تقلبات الرقم المرجعي الاقتصادي كمرجع (لمختلف السلـــع، العملة الصعبة، الذهب، و الأسعـــــــار العامة[4]) .

---

(1) *Régis Fabre,* Op.Cit., p. 08.

(2) الـــرقم المـــرجعي« هو رقم ينشأ لقياس التغير النسبي في ظاهرة معينة من وقت إلى آخر أومن مكان إلى آخر، كمؤشرات الأسعار: الأرقـــام القياسية لأسعار حاجيات المعيشة indice du coût de la vie تقيس هذه الأرقام التغيرات التي تطرأ على نفقة المعيشة بسبب تغيرات أسعار الحاجيات الضرورية للحياة و التي يستهلكها السواد الأعظم من السكان»، أنظر: إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي ، يوسف شلالا، المرجع السابق، ص 159.

(3) François terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Op.Cit.,P.346.

و أيضا بند التقييسس « هو بند لتحديد مبلغ أو ثمن وفق مؤشر متحرك .فمدنيا : هو شرط يدرج في اتفاق ينفذ في فترات متعاقبة يمكن بمقتضاه تعديل المبلغ الموضح به عند الدفع تبعا لمؤشر اقتصادي أو نقدي . » ،أنظر إبراهيم نجار ،أحمد زكي بدوي ،يوسف شلالا،المرجع السابق ،ص159 .

(4) *Boris starck, Henri Roland, Laurent. Boyer*, Op.cit., p. 251.

Denis Tallon, **Reflexions comparatives**, In : **Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles**, (sous la direction de) *René Rodière,* édition A. Pedone : Lyon, 1986, p. 191.

فالـــتقييس هو مجرد آلية (تقنية) تسمح بالتغير التلقائي للخدمات، أو البضائع بدلالة رقـــم مرجعي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، مراعين في ذلك التقلبات الاقتصادية و لا يكـــون للتقييس كتقنية القوة للحد من المخاطر المتوقعة أثناء إبرام العقد، إلا إذا كان الرقم المـــرجعي المختـــار من قبل الأطراف صحيحا و مشروعا بدافع البحث عن استقرار العلاقة العقدية.

و مـــع هذا تبقى بنود التقييس الوسيلة الناجعة، و الكافية، و الممكنة لحماية الأطراف من تدهور قيمة العملة النقدية.

كمـــا توجـــد هـــناك صعوبة تواجه بند التقييس و ذلك في محاولة معرفة ما إذا كان صحيحـــا أم لا، مما يدفع بنا إلى البحث عن شروط صحة بند التقييس و الجزاء المترتب عن عدم توفر شروط صحة بند التقييس.

الفرع الأول : شروط صحة بند التقييس.

إذا كان أساس بند التقييس هو الرقم المرجعي، فإن الأطراف ملزمون بالاتفـــــــاق عليه و اختياره مع مراعاة مشروعيته و فعاليته، فهذا الأخير يكون مرجع في حالة مواجهة العقد لبعض التقلبات الاقتصادية، و لكي يكون بند التقييس صحيحا وجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بنشاط أحد الأطراف، أو بمحل العقد.

أولا : علاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف.

يراد بعلاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف ربط نسبة التغير الرقم المرجعي بنشاط أحـــد الأطـــراف مع مراعاة عدة اعتبارات أهمها الزمن، إلا أنه يثار في هذا الصدد مشكل تحديـــد نشـــاط أحد الأطراف فهل يقتصر على النشاط المهني أم يمكن أن يتعلق بأي نشاط آخر ؟

إن ما جرى عليه العمل و الأكثر انتشارا أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشـــاط المهـــني لأحد المتعاقدين، كما أنه لم يشترط أن يكون الرقم المرجعي على علاقة

مباشـــرة بالنشاط المهني الرئيسي لأحد الأطراف[1].فالعناصر المهنية التي تم أخذها وجب أن تكـــون أساسية بالنسبة للنشاط الرئيسي أولا[2]. و ذلك لارتباطها المباشر به، و ذلك حتى يمكن اعتبارها فعالة لصحة بند التقييس فالعنصر الذي تم أخذه له علاقة مع بعض العناصـــر و لكـــن فقـــط بنشـــاط أحد المتعاقدين مثل ثمن بيع محل تجاري (مخـــبزة و حلويات)، تم تقييسها على سعر الزبدة و الخميرة و اللوز و حب الملوك[3]، فالعنصر المهني الذي تم تقييسه وجـــب أن يكـــون أساسيا بالنظر إلى نشاط أحد المتعاقدين.و في حالة تغيير النشاط المهني وجب الأخذ بعين الاعتبار النشاط المهني الممارس أثناء إبرام العقد[4].

و نحـــن نرى أن نشاط أحد المتعاقدين لا يجب أن يكون بالضرورة نشاطا مهنيا، بل يمكن أن يكون أي نشاط آخر، ما دام يضمن استمرار العلاقة العقدية.

إلا أن الصعوبة تثار في حالة تغيير النشاط المهني الممارس أثناء إبرام العقد[5]، فهل يبقى العقد صحيحا أم يتم تعديله ؟ إذا كان للأطراف الحرية في التعاقد، و ذلك بإدراج الشروط الـــتي يـــرونها مناسبة لمصالحهم، فإن الحيطة و الحذر في اختيار الشروط و فحصها إلزامية للأطراف أثناء إبرام العقد.

فـــتغيير النشـــاط المهني يترتب عنه أثر وحيد هو تجميد بند التقييس[6]، لأنه لا يمكن تصور تغيير النشاط المهني سبب وجود العقد، و بالتالي في حالة حدوثه يؤدي إلى بطلان بند الـــتقييس و العقـــد في آن واحـــد، إلا أن هـــذا الحل لا يتماشى مع الهدف الأساسي من التعديـــل و هو بقاء العقد، و بالتالي الاكتفاء بتجميد بند التقييس و ذلك لضمان الاستقرار

---

(1) *Christine souchon*, **Contrats de droit privé**, in **"les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles"**, Op.Cit., p. 26. *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer,* Op.Cit., p. 257. cass civ. 3e ,15 fev.1972: J . C . P, éd (G), 1972 , II , 17094, note j. p. lévy . aussi recueil Dalloz, jurisprudence , 1973 ,p. 417 .
Gerard Cornu, **(Contrats divers)**, Revue .Trimestrielle de Droit Civil, n° 3, 1972, p. 616. *Jacques mestre*, **(Théorie générale de l'obligation : à modalité de l'obligation)**, Revue .Trimestrielle de Droit Civil , n° 1, 1985, p. 174.

(2) *J. Ph. Levy,* **(Monnaie de paiement clauses d'echelle mobile ou d'indexation ordonnances de 1958-1959)** Juris Classeur civil , art 1895 Fasc ,B-2, 3éme Cahier, p. 27.
C.D'Hoir, Laupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-ayache, J.J. Serret, Op.Cit., p. 77.

(3) *C. D'Hoir – Laupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-Ayache, J.J. Serret*, IBID; p. 76.

(4) Cass civ. 1re ,5 juin ,1984 : J . C . P, éd (G), 1984, IV, 262 .

(5) *Boris Starck, Henri Roland, laurent Boyer,* Op.Cit., p. 257. *Jacques Mestre,* Op.Cit., p. 174.

(6) *Jean-paul Doucet,* Op.Cit., p. 159.

في المعـــاملات، و يجوز مثلا لصاحب المطبعة أن يضع رقما مرجعيا متغيرا لالتزاماته بدلالة الأجر الساعي لعمال المطبعة، و كذا الأمر بالنسبة لثمن بيع محل تجاري لإصلاح السيارات (ميكانيك)، ففي هذه الحالة يمكن وضع مقياس متحرك بدلالة أجر العامل الميكانيكي.[1]

رغم اختلاف النشاط المهني للأطراف، إلا أن لهما الحرية في اختيار نشاط أحدهمـــــا و الاكـــتفاء به كأساس لتوقع بند التقييس، أما فيما يتعلق بتقدير العلاقة المباشرة بين الرقم المرجعي المختار و النشاط المهني لأحد الأطراف فتخضع لرقابة قضاة الموضوع.[2]

و يبقى للرقم المرجعي المختار على أساس النشاط المهني لأحد المتعاقدين دور في صحة شروط التقييس ،رغم الصعوبات التي تواجهه بمناسبة تغيير النشاط المهني لأحد المتعاقدين من جهة، و الابتعاد عن تدهور العملة النقدية من جهة أخرى.

ثانيا : علاقة الرقم المرجعي المختار بمحل العقد.

يلجأ الأطراف إلى اختيار رقم قياسي و ربطه بمحل العقد، و يراد بهذا الأخير بمفهومه الواسع محل الالتزام و سبب العقد[3] .

و محـــل الالـــتزام يعـــني : الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، و يكون إما نقلا لحق عينـــي، أو عملا، أو امتناعا عن عمل.

أما سبب العقد : فهو الدافع الباعث الذي يحمل المتعاقد على إبرام العقد.

و يكون الرقم المرجعي المختار على علاقة مباشرة بمحل العقد، مثلما هو الحال في عقد القرض المتفق عليه لبناء أو شراء منـــزل، فالرقم المرجعي لسعر البناء يدرج في عقد القرض حيـــث يكون مشروعا لوجود علاقة مباشرة بين محل القرض[4]، فيكفي هنا أن يكون الرقم المرجعي لسعر البناء مشروعا و على علاقة مباشرة بمحل القرض، و يمكن توسيع تطبيقه إذا مـــا تعـــلق الاتفـــاق بحاجات مهنية كصاحب مطعم، ولكن إذا تم الاتفاق على حاجات

---

(1) Christine Souchon op.cit., p.26. cass civ. , 15 fev, 1972: recueil Dalloz , jurisprudence, 1972 ,17235, note, j.ph , lévy . aussi , J . C . P , éd (A) , 1972 ,II , 17094 , note, j.ph.lévy .

(2) *C. D'Hoir Laupretre, A. Durrlemann, F Ferrand, A. Mannheim- ayache, J.J Serret*, Op.Cit., p.*73.*

(3) Amiens ch civ, 27 janv,1966 : J . C . P, éd (G) ,1966 , II , 14705, note ,j.ph , levy.

(4) *Boris Starck,Henri Roland, Laurent Boyer,* Op.Cit., p. 257.

شخصية، فلا يمكن إيجاد علاقة بينها و بين محل العقد[1]، و لا تكون هناك علاقة مباشرة بين الإيجـــار و سعر المواد الأولية للبناء و أجرة البناء[2] لأنه لا يمكن تصور وجود علاقة مباشرة بـــين الإيجار و أجرة البناء. و حتى تكون للرقم المرجعي المختار علاقة مباشرة بمحل العقد، وجب أن يتغير مثلا ثمن الشيء المبيع بتناسب مع قيمة الشيء المبيع.

و عليه فإن بند التقييس لكي يكون صحيحا يجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشـــرة بالنشاط المهني لأحد المتعاقدين، أو بمحل العقد، بشرط أن يكون اتفاق الأطراف عـــلى اختيار الأرقام المرجعية مناسبا لما تقتضيه مصالحهم، بأن تكون صحيحة، و في حالة عدم احترامها لشروط الصحة نكون أمام صعوبات أخرى تتمثل في الجزاءات.

الفرع الثاني : الآثار المترتبة عن عدم صحة بند التقييس.

للأطـــراف كامل الحرية في اختيار الرقم المرجعي بشرط أن يكون صحيحا، و ذلك لاســـتقرار المعاملات و السهر على تحقيق العدالة، بأن يكون الرقم المرجعي الذي تم الاتفاق عـــلى اختياره من قبل الأطراف مشروعا و ذا فعالية و مراعاة لمصالح الأطراف إلا أن هذه الأخيرة قد تسيء اختيار الرقم المرجعي، مما يثير صعوبة مصير البند الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف و نكون في هذه الحالة إما أمام استبدال الرقم المرجعي أو بطلانه.

أولاً : بطلان الرقم المرجعي .

إذا ما تبين للأطراف أثناء تنفيذ العقد أن الرقم المرجعي المختار غير مشروع، فإن ذلك يـــؤدي إلى تطـــبيق البطلان على شرط التقييس، إذا لم تتوفر الشروط القانونية، و يعد هذا الجزاء أكثر انتشارا[3]، أي يترتب عن بند التقييس غير المشروع جزاء البطلان الذي يوجب علينا تحديد نوعه، و يظهر ذلك من خلال الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه بند التقييس.

---

(1) *C. D'Hoir - Laupretre, A . Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-Ayache, J.J. Serret*, Op.Cit., p. 76.

(2) *Christine Souchon*, Op.Cit., p. 26.paris , 16 ch ,28 juin 1962 , J . C . P , éd (G), 1962, II ,12896.

(3) *C. D'Hoir - Laupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-Ayache, J.J. Serret*, Op.Cit., p. 78

فـــإذا كـــان نظام التقييس يهدف إلى حماية القيمة النقدية، و ذلك لاعتبار المصلحة العامة، وجب تطبيق البطلان المطلق لأنه يتعلق بالنظام العام[1]، و نكون أمام البطلان المطلق لبـــند التقييس إذا كان مخالفا للآداب العامة أو مستحيلا أو محضورا بقوة القانون، و يكون الرقم المرجعي المحظور مرتبطا بالحد الأدنى للأجور، أو المستوى العام للأسعار، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان في أي مرحلة من مراحل العقد، كما يجوز للمحكمة أن تـــثيره مـــن تلقاء نفسها دون طلب أي طرف، و بالتالي لا يمكن للأطراف التمسك ببنود الـــتقييس غير المشروعة، لأنها عديمة الأثر القانوني، و يسعى بند التقييس إلى حماية المصلحة العامة و ذلك بإقراره جزاء البطلان المطلق.

أمـــا إذا كان القاضي يسعى إلى إبقاء توازن الالتزامات المتبادلة، فنكون أمام البطلان النســـبي[2]، لأن الســـهر على التوازن في الالتزامات المتبادلة يدعم الحماية الخاصة لأطراف العقد، مما يترتب عنه البطلان النسبي، و غالبا ما يتمسك به أحد المتعاقدين لأن القانون يخول له ذلك. مما دفع ببعض الجهات القضائية (قضاة الموضوع) التمسك بالبطلان النسبي بسبب حظـــر بعـــض الشـــروط لكونها لا تتعلق بالنظام العام الموجه و إنما تتعلق بالنظـــام العام الحمائي[3].

و لكن هل بطلان بند التقييس يؤدي إلى بطلان العقد بكامله ؟

قـــد أجـــاب القضاء الفرنسي بأجوبة متقاربة منها مثلا قيام الأطراف بإدراج شرط صريح غير قابل للتجزئة في العقد، يترتب عنه بطلان شرط التقييس الذي يمس العقد بكامله، لأن رضى الدائن قد أخذ بعين الاعتبار شرط التقييس كسبب في التزامه، فإلغاء الشرط يعني إلغـــاء السبب مما يؤدي إلى بطلان الالتزام[4]، لأن الشرط الصريح الذي تم الاتفاق عليه من قـــبل الأطراف كان دافع الدائن للتعاقد، فلولاه لما أبرم العقد، و في هذه الحالة نكون أمام

---

(1). *Florence Kuntz Duchène, Nathalie Merlin – Mollard*, Op.cit., p. 74.

(2). *Boris Starck, Henri Roland, laurent Boyer*, Op.Cit. , p. 265.

(3) T .G . I D'ALBI, 13 juillet 1973, J . C .P, éd (G), 1973, II ,17579, note, j.picard . et aussi, recueil Dalloz , Jurisprudence, 1974 , 510, note, malaurie . Amiens, 1re ch , civ ,9 dec, 1974 : J . C .P, éd (G), 1975, II , 18135, note, j.ph, lévy .toulouse, 5 mars 1975 , J . C .P , éd (G), 1975, II, 18034, note, J. picard .

(4) *Boris Starck, Henri Roland, laurent Boyer*, Op. Cit., p . 266 .

البطلان الكلي للعقد، و لا يكون لبطلان بند التقييس أثر على العقد بكامله إلا إذا كان البند جوهريا و محددا.[1]

أمـــا إذا تم اتفـــاق الأطراف على اختيار رقم مرجعي غير مشروع يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد، إلا أن هذا الأمر غير صحيح بل يكفي حذف الجزء غير المشروع من العقد[2]، و ذلـــك وفقـــا لنظرية انتقاص العقد طبقا لأحكام المادة 104 من التقنين المدني الجزائري[3] بإبطال الشق غير المشروع دون إبطال بند التقييس، أما إذا تبين أن الشق غير المشروع كان هو الدافع إلى التعاقد فإنه يؤدي في هذه الحالة إلى بطلان العقد.

أما إذا تم إدراج عدم التجزئة بنية التحايل على القانون فيكون شرطا باطلا فيتم ويقدر غـــير مكتوب و يستمر العقد[4] لأن الغش نحو القانون يفسد كل شيء، و أهمها بطلان بند الـــتقييس و بقاء العقـــد، و نكون أمام نفس الوضع إذا كان البند المدرج في العقد ثانويا و غير محدد، فيبطل البنـــــد و يستمر العقد[5]، لأن البند الثانوي و غير المحدد يمكن الأطراف الاتفـــاق على مخالفته من جهة و لا يشكل عنصرا جوهريا في العقد، مما يترتب عنه بطلان البند و استمرار العقد.

في حالـــة سكوت الأطراف عما يحققه بند التقييس غير المشروع من فائدة، فهنا تنتج قرينة حســـب الخاصـــية المحددة للشرط، و تهتم بالنظر في الثمن المدرج في العقد[6]، لأن سكوت الأطراف عن بند تقييس غير مشروع لما يجلب لهم من فوائد يشكل تحقيق مصلحة الأطراف بالدرجـــة الأولى و هي قرينة بسيطة تختص بالنظر في تحديد الثمن المدرج في العقد، كما أن

---

(1) *Jean-Paul Doucet*, Op.Cit., p. 216. Christine Souchon, Op.Cit. , p. 28. cass com, 27 mars 1990: recueil Dalloz, jurisprudence, 1991 , 289, note, testu. Cass civ 3e, 5 fev 1971, Bull civ, 2 , I , n° 84

(2) *Jean Philippe Levy*, Op.Cit., p. 34.

(3) المادة 104 ق م ج " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"

(4) *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer,* Op.Cit., p. 266. cass civ, 3e ch , 6 juin 1972 : recueil Dalloz, jurisprudence,1973, 151, note, malaurie . cass civ, 3e ch, 9 juillet 1973 : recueil Dalloz, jurisprudence, 1974 , 24, note, ph . malaurie .

(5) *Christine Souchon*, Op.Cit., p. 28.

(6) *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer,* Op.Cit., p. 266.

تحقيـــق مصـــلحة الأطراف وجب أن لا يتعارض مع المصلحة العامة، لأنه إذا اقتضت هذه الأخيرة بطلان بند التقييس لعدم مشروعيته، فإن ذلك يكون على حساب مصالح الأطراف.

فالإبطـــال الكلي للعقد بطبيعته تحايل على المدين للمطالبة بالبطلان إذا كان يتمسك باســـتمرارية الـــرابطة العقدية، فإلغاء شرط التقييس لوحده يؤدي إلى الإخلال في التوازن العقـــدي، مع تجاهل إرادة الأطراف، و التي أدرجته صراحة في العقد[1]. لأن الإبطال الكلي لا يحـــترم إرادة الأطـــراف من جهة و يعمل على إنهاء الرابطة العقدية دون النظر إلى رغبة الطرف الآخر في تمسكه باستمرار العقد من جهة ثانية، و من أجل ذلك وجب الابتعاد عن هـــذا الحل، و اللجوء إلى استبدال الرقم المرجعي كلما كنا أمام البطلان النسبي، و بطلان العقـــد، إذا كان شرط التقييس يشكل دافعا للتعاقد لولاه لما أبرم أحدهما العقد، و كذا في حالة مخالفته قواعد النظام العام، إذا كان الرقم المرجعي المحظور مرتبطا بالحد الأدنى للأجور، أو المســـتوى العام للأسعار، و ذلك بغية المحافظة على استمرار العقد لأنه غالبا ما يعبر عن الـــنية المشتركة للأطراف، كما أن شرط التقييس يشكل ضمانة ضد انهيار العملة، و كذا توقع الأطراف.

و لأجل تفادي البطلان وجب على الأطراف اتخاذ من الحيطة و الحذر الحماية الكافية لتفادي الظلم الناجم عن بطلان بند التقييس، و ذلك بإيجاد وسيلة أخرى لتفادي البطلان.

ثانياً : استبدال الرقم المرجعي.

غالبا ما يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على الاستبدال التلقائي للرقم المرجعي الباطل، و ذلك بتوقعهم لرقم مرجعي آخر احتياطي صحيح يحل محل الرقم المرجعي الذي تم إبطاله، أي أن الـــرقم المرجعي الاحتياطي يحل محل الرقم المرجعي الباطل بأثر رجعي[2]، فللأطراف الحرية في إدراج رقم مرجعي احتياطي لمواجهة الصعوبات التي قد تعترض تنفيذ العقد بسبب بطلان الرقم المرجعي الأصلي، و يتم ذلك عن طريق الاستبدال بأن يحل محل الرقم المرجعي الباطل بأثر رجعي، و ذلك بامتداده إلى الماضي.

---

[1] *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer,* Op.Cit., p. 266.

[2] *Jean-Paul Doucet*, Op.Cit., p. 218.

كمـــا تـــثار الصعوبة في حالة عدم اتفاق الأطراف على عدم اختيارهم لرقم مرجعي احتياطي، فيكون بإمكانهم في هذه الحالة اختيار رقم مرجعي جديد، إلا أنه لا ينسحب بأثر رجعـــي محـــل الـــرقم المرجعي الباطل[1]، أي تكون لهم إمكانية الاتفاق على رقم مرجعي جديـــد و لكن لا يمتد أثره إلى الماضي ليحل محل الرقم المرجعي الباطل، عكس ما هو عليه في حالة الاتفاق المسبق للأطراف على اختيار رقم مرجعي احتياطي.

كمـــا تـــرد صعوبة أخرى في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق حول اختيار رقم مرجعي جديد، فهل يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالاستبدال ؟ هناك من يـــنكر إمكانية تدخل القاضي للاستبدال، لأنه لا يملك سلطة الحلول محل الأطراف[2]، أي وجـــب عـــلى الأطراف رغم اختيارهم السابق لرقم مرجعي إدراج شروط تتضمن أرقام مرجعية أخرى مقاربة للرقم المرجعي المختار إذا ما تبين أثناء مرحلة التنفيذ أنه غير مشروع، أو لم يظهر و بالتالي إبعاد تدخل القاضي في استبدال الرقم المرجعي، مما يجسد المحافظة على إرادة المـــتعاقدين في اخـــتيارها لـــلرقم المرجعي كأساس لبند التقييس و بالتالي مراعاة النية المشتركة للأطراف و اقتصاد العقد.

و يتم استبدال رقم مرجعي غير مشروع برقم مرجعي مشروع إذا ما كانت للأطراف الرغـــبة في المحافظة على العقد و اقتصاده، بما يتماشى و حاجاتهم كما يقوم الأطراف بزيادة في الالتزامات، إذا كانت هناك تقلبات في العملة بسبب رقم مرجعي غير موجود، أو توقف عن النشر، أو باطل.[3]

و عملية الاستبدال وسيلة يستخدمها الأطراف أيضا للمحافظة على العقد و استمراره من انخفاض العملة، و بالتالي تكريس الهدف من التعديل.

و عليه فأساس شرط التقييس هو الرقم المرجعي الذي تم اختياره، و الاتفاق عليه أثناء إبرام العقد و ذلك بتوقع الصعوبات الاقتصادية و الاجتماعية التي قد تعترض تنفيذ العقد مما يؤدي إلى التغير التلقائي للرقم المرجعي.

---

[1] *Jean-Paul Doucet*, Op.Cit., p. 218.

[2] *Christine Souchon*, Op.Cit., p. 28.

[3] *Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer*, Op.Cit., p. 265.

كمـــا يهدف بند التقييس إلى إعادة تنظيم العقد مع تقلبات الرقم المرجعي و هذا في حالة وجود تضخم، أما في حالة الاستقرار النقدي فتنعدم قيمته. و يكون بند التقييس ذا أثر إيجـــابي عـــلى العقد إذا كان صحيحا بأن يكون على علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد الأطـــراف أو بمحـــل العقـــد، إضافة إلى ذلك وجب أن يكون الرقم المرجعي مشروعـــا وموجودا و فعالا، كما يجوز للغير (قاضي، محكم، خبير) التدخل بناء على طلب الأطراف لاستبدال رقم مرجعي غير مشروع برقم مرجعي مشروع، أو إبطاله، أو بطلانه كما يضمن بـــند التقييس للأطراف العدالة العقدية و استقرارها و المحافظة على إرادة الأطراف تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني : شروط إعادة التفاوض.

قد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على إدراج بعض الشروط، إلا أن هذه الأخيرة قد لا تحقـــق الأهـــداف المرجوة منها، و ذلك لوجود صعوبة في البحث و الاتفاق على رقم مرجعي، مما يؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، و هذا ما يدفع الأطراف أثناء تنفيذه إلى اللجوء إلى شروط إعادة التفاوض.

و ينصب هذا النموذج من الشروط على العقـــــود ذات المدى الطويل، أو المستمرة أو دوريـــة التنفيذ التي قد تعترضها ظروف غير متوقعة، و التي غالبا ما تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقـــــد، و تغيير الظروف[1]، و يقتصر هذا الشـــرط على تبادل المناقشات و الاقتراحات و الوصول إلى اتفاق يخدم مصالح الأطراف، و هذا ما سنحاول تبيانه من خلال مرحلة إعادة التفاوض و النتائج المترتبة عنها :

الفرع الأول : مرحلة إعادة التفاوض.

تتضـــمن بـــنود إعادة التفاوض إلزام الأطراف بإعادة تنظيم العقد من جديد، إذا ما كـــانت هناك ظروف أدت إلى تغيير في المسائل الجوهرية للعقد، و بالتالي إلى الاختلال في التوازن العقدي.[2]

---

[1] *Farnçois Ameli*, **Droit Civil, Les obligations**, Montchrestien : Paris, 1997, p. 138.

[2] *Philippe Malaurie, Laurent Aynes*, Op.Cit., p. 350.

إذن فبـــند إعادة التفاوض هو إلزام الأطراف بمناقشة و تبادل الاقتراحات في ظروف حسنة، نتيجة لتغيرات خارجية عن إرادتهم، و التي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل[1].

و بند إعادة التفاوض يضع على عاتق الأطراف مجموعة من الالتزامات أهمها :

إلزام الأطراف باتخاذ جميع التدابير المنصوص عليها في العادات و حسن النية، لأن سير المناقشات، وجب أن تكون نزيهة و جدية[2]، أي وجب عليهم تقديم اقتراحات عادلة، يقوم بمقتضـــاها كـــل طرف بتقديم ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر[3]، و ذلك بتقديم اقـــتراحات تـــبين حسن نيته باتجاه إرادته على بقاء الرابطة العقدية المشتركة، دون تضحية بمصالحه لإعادة التوازن العقـــــدي[4].

كما أن إعادة تفاوض الأطراف و بإرادتهم و بحسن نية هو التزام ببذل عناية[5]، يخول للأطراف الحرية الكاملة في إعادة التفاوض بالدخول في المناقشات أو رفض الاستمرار فيها دون تبرير ذلك[6]، إلا أن هذه الحرية قد تكون مصدرا لتعسف أحد المتعاقدين في استعمال حقه في إعادة التفاوض، لا سيما و أن الأطراف ملزمة باحترام الالتزامات الناجمة عن تنفيذ العقد من حسن النية و النزاهة، كما يقع على كلا الطرفين عبء الإعلام (الإفصاح)، بكل المســـائل الجوهـــرية و الثانوية التي قد تصادف تنفيذ العقد، و ذلك في إطار احترام قانون الأطراف، و كذا احترام سرية المعلومات أثناء هذه المرحلة.

François Ameli, IBID, p. 138.
Reinhard Sparwasser, **Allemagne**, In, «**Les Modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles**», Op.Cit., p. 139.

[1] Cass soc, 30 mars 1982 : bull civ , 3 , I ,n° 232 .

[2] *François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette*, Op.Cit., p. 347.

[3] *Yves Picod*, **Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat**, Tome 208, L.G.D.J : Paris, 1989, p. 213.

[4] Ibid, p. 213.

[5] *Jean Cedras*, **(L'obligation de négocier)**, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, n° 2, 1985, p. 279.

[6] Ibid, p. 270.

يفرض بند إعادة التفاوض على الأطراف الالتزام بالتعاون، و يتم إثبات روح التعاون بتواصل تبادل الحد الأقصى للمعلومـــــات، حتى تبقى العلاقات قائمة على أسس صلبة[1]، و ذلـــك لتسهيل تنفيذ العقد، و الوصول إلى اتفاق يتماشى و مصالحهم، كما تشترط هذه المرحـــلة سير المناقشات في آجال معقولة، لأنه قد ينجم عن تمديد الآجال إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين[2]، و تنشئ هذه الشروط على عاتق الأطراف التزاما مزدوجا.

الدخـــول في المناقشـــات هو التزام بنتيجة، أما التفاوض بحسن نية مع رغبة في إنهائها فـــنكون أمام الالتزام ببذل عناية[3]، يستمر العقد أثناء إعادة التفاوض في ترتيب جميع آثاره القانونية إلا إذا كان هناك شرط واقف.

الفرع الثاني : النتائج المترتبة عن مرحلة إعادة التفاوض.

إن الأطـــراف مـــلزمون بمناقشـــة و تبادل الاقتراحات بغية إعادة تنظيم العقد إذا ما واجهت تنفيذه صعوبات خارجة عن إرادتهم ، أدت إلى الاختلال في التوازن العقدي .

إلا أن إلزام بإعادة التفاوض قد ينجم عنه مجموعة من النتائج ، نعالجها في النقاط التالية :

أولاً : حالة نجاح المفاوضات.

إذا تم احـــترام شـــروط مرحلة إعادة التفاوض، كما ذكرناه سابقا، و ذلك بتحمل الأطراف كافة الأعباء الناجمة عن صعوبة تنفيذ العقد، آخذين بعين الاعتبار أهم الالتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد، من التعاون لتسهيل عملية التفاوض، و الامتناع عن كل إرادة تسعى إلى فشـــل المفاوضات[4]، و إعلام كليهما عن كل الصعوبات (المسائل) التي تعترض تنفيذ العقد، و كذا حسن النية و ما تفرضه من الثقة و الإخلاص من الطرفين، و أخذ المناقشات و الاقتراحات بجدية و نزاهة من كليهما.

---

(1) *Yves Picod,* Op.Cit., p. 227.

(2) *Philippe Malaurie, Laurent Aynes,* Op.Cit., p. 350.

(3) *François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette,* Op.Cit., p. 347.

(4) *Yves Picod,* Op.Cit., p. 227.

فالنتـــيجة تكون حتما إيجابية لتوفر كافة شروط إعادة التفاوض، لأن الهدف من بند إعادة التفاوض هو المحافظة و الإبقاء على العقد دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين.

ثانياً : حالة فشل المفاوضات.

مـــؤدى فشـــل المفاوضات في هذه الحالة أن الأطراف لم تسع إلى إنجاح المفاوضات كامتـــناع أحدهمـــا من التفاوض، أو تقديم اقتراحات تخدم مصالح أحدهما دون الآخر، مما يسبب ضررا للطرف الآخر.

و نكـــون أمام إخلال أحد المتعاقدين للالتزام بالنـــزاهة إذا ما تمسك بفائدة قليلة من الإخـــلال بالـــتوازن العقدي للمطالبة بتعديل العقد[1]، و نكون أمام نفس النتيجة في حالة رفـــض التفاوض، و قطع المفاوضات بسوء النية[2]، كرفض الالتقاء أو الرد عن مراسلات الطـــرف الآخـــر، فيكـــون بذلك قد ارتكب خطأ عقديا، لأنهم ملزمون بالتمسك بإبداء اقتراحات جديـــــة، و ذلك في إطار التمسك بقيام بعمل كعرض جدي للمتعاقد الآخر، و لا يجوز لأحدهما استغلال هذه المرحلة لإفشالها. [3]

كمـــا يجوز للطرف المتضرر من رفض التفاوض أو قطع المفاوضات اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالتعويض[4] على أساس الضرر الذي ألحق به نتيجة فشل المفاوضات بسبب الطرف الآخـــر[5]، أي الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية طبقا لأحكام المادة 124 من التقـــنين المـــدني الجزائـــري كما أن العقد يستمر بصفة مبدئية في إحداث آثاره أثناء فشل المفاوضات، في حالة الظروف العادية.

أما إذا كانت الظروف التي يتم فيها التفاوض قد أدت إلى ظهور قوة قاهرة، فإنه يتم الوقـــف لاستحالة التنفيذ في هذه الحالة و يعمد الأطراف إلى إدراج بنود الفسخ إلى جانب بـــنود إعادة التفاوض في العقد، لأنه في حالة فشل المفاوضات، و عدم الوصول إلى اتفاق،

---

(1) *Yves Picod,* Op.Cit., p. 226.

(2) *Denis tallon,* Op.Cit., p. 193.

(3) *Regis Fabre,* Op.Cit., p. 19.

(4) *Denis Tallon,* Op.Cit., p. 193.

5 *Christine Souchon,* Op.Cit., p. 29, *Regis Fabre,* Op.Cit., p. 19.

يكون لهم حق فسخ العقد.[1]كما ذهبت محكمة استئناف باريس في قرارها[2] إلى فتح طريق جديـــد في حالة فشل المفاوضات « حيث أيدت إرادة الأطراف، و فرضت عليهم البحث عن اتفاق و ذلك بوضع شرط المحافظة من جهة، و من جهة أخرى فرضت على الأطراف أثناء التفاوض إضافة "ملاحظ" قادر على مساعدتهم للوصول إلى حل مشترك لإعادة تنظيم العقـــد . و في حالة فشل هذه المفاوضات الموجهة فإن محكمة الاستئناف تحتفظ بالنظر في الحلول سواء بالإبطال أو فرض صيغة مقترحة »، و بقرارها هذا تكون محكمة الاستئناف قد ابتعدت على الأساس الذي انطلقت منه و هو إرادة الأطراف . و ذهب بعض الفقهاء[3] إلى التساؤل عما إذا كان تسبيب قرار محكمة الاستئناف مؤسس إذ كيف يمكن للقاضي أن يفرض تعديل اتفاقا باسم الأطراف و حيث أن هناك فشل في المفاوضات .

و عـــليه فإن بند إعادة التفاوض يبقى وسيلة للمحافظة على استمرار العقد و تنفيذه، فالأطراف بإدراجهم شروطا في العقد لتوقع ظروف غير متوقعة أرادوا حماية مصالحهم عن طريق استخدام آليات تمكنهم من ذلك سواء أثناء إبرام العقد (بند التقييس)، أو أثناء تنفيذه (بند إعادة التفاوض)، و رغبتهم في تنفيذ العقد بما يقتضيه حسن النية و النـــــــــزاهـــة و التعاون و العدالة.

---

(1) François terré, Philippe Simler, Yves lequette, op.cit., p347. Denis tallon, op.cit., p.193.

(2)Paris 1re ch, 28 sept 1976 : J . C .P, ed (G),1978 ,II , 18810 , note, j.robert .

(3)Alain Ghozi, op. Cit., p.07.

المبحث الثاني: مدى حرية التعديل الاتفاقي و تأثيره على مصير العقد.

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

المطلب الأول : حرية التعديل و القيود الواردة عليها.

إذا قبلنا بأن حرية الأطراف في التعديل إنما وجدت للمحافظة على العلاقة العقدية ، و إيجاد التوازن الاقتصادي فيها، و حماية مصالح الأطراف المشتركة، فإننا نتساءل عن إطلاق هذه الحرية لأنه غالبا ما يتمسك أحد الأطراف بحقه في حرية التعديل، و يعارضه الطرف الآخر، مسببا له بذلك ضررا، فيترتب عن إطلاق هذه الحرية تجاوزات مخلة بمصالح الأطراف، مما يدفعنا إلى ضرورة تقييدها.

الفرع الأول : الأصل حرية الأطراف في تعديل العقد.

تتجسد حرية التعديل في احترام الأطراف لشروطه القانونية، باعتباره تصرفا قانونيا، و ذلك بأن تكون إرادة الأطراف جدية للقيام بالتعديل، و أن يكون الدافع من التعديل هو تحقيق مصلحة مشروعة و مشتركة للأطراف.

و يقتصر 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 فإن التعديل إذا وقع عليها فإنه لا يشترطها أيضا.[1]

---

[1] محمود زواوي، **الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1987، ص 45.

فالاتفـــاق الوارد على تعديل الثمن، رغم أن من شروطه أن يكون محددا و عليه يجوز للأطـــراف الإنقاص أو الزيادة في العقود الشكلية كبيع محل تجاري، ففي هذه الحالة وجب كتابة التعديل لأنه يمس محل التصرف و هو الثمن باعتباره تعديلا أساسيا[1].

فطبقا لأحكام المادة 10 من المرسوم التشريعـــي 93-03 المـــؤرخ في 01 مـــارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، فإن السعر في عقود بيع على التصاميم لا يمكن تحديده ،مما يدفع الأطـــراف إلى التدخل لمراجعته أما الاتفاق المتعلق بتغيير مكان تسليم الثمن، أو تاريخه فلا يعد تعديلا أساسيا.[2]

و حـــرية التعديل هي حق مخول للأطراف لتمكينهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناســـبة على مضمون العقد، سواء كانت مسائل جوهرية أو ثانوية، لا سيما إذا لم تتحقق مصالح الأطراف من إبرام العقد الأصلي، فهنا تتجه إرادتهم رغم اختلاف و تنوع الأسباب و الظروف إلى تعديل العقد، و كذا وضع حد للإخلال بالالتزامات التعاقدية و ذلك باتفاق الأطـــراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي، و يستمد الأطراف حق حرية التعديل من مبدأ سلطان الإرادة طبقا لأحكام المادة 106 من التقنين المدني الجزائري.

بمـــا أن العقد شريعة المتعاقدين ما هو إلا نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة، فلا يجوز لأي مـــن المـــتعاقدين أن ينفرد بتعديل العقد، لأن هذا الأخير ثمرة اتفاق بين إرادتين، فلا تســـتطيع إرادة واحدة أن تعدل فيه[3]،وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا[4] حيث قضت بأنه ليـــس للمســـتخدمة الانفراد بتعديل شروط العقد إذا قضت بنقض الحكم شكلا و رفضه موضـــوعا « حيث أنه يبين من الحكم المطعون فيه و وثائق الدعوى أن المطعون ضده رسم بموجـــب قرار تثبيت رقم 90/805 في منصب سائق آلـــة الصقر ابتداء من 1990/02/21 و تم تحويله إلى ورشة أخرى كعامل يدوي بسيط ابتداء من تاريخ 1995/05/29حيث رفض ذلك.

---

[1] محمود زواوي، المرجع السابق ، ص 45.

[2] المرجع نفسه، ص 45.

[3] عبد المنعم فرج الصدة، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري و اللبناني و السوري و العراقي و الليبي و الكويتي و السوداني**، دار النهضة العربية : بيروت، 1974، ص 476.

[4] المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية،قرار صادر بتاريخ 09 مارس 1999 ، ملف رقم 170077 غير منشور . المادة 63 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل تنص «يمكن تعديل شروط عقد العمل و طبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل ، و المستخدم مع مراعاة أحكام القانون »

و حيـــث أنـــه ثـــابت فقها و قضاء أن التغيير في وظيفة العامل لا يتم إلا بناء على الإرادة المشـــتركة للطرفين ، و التي يدخل في إطار هذا التحويل مقترنا بالتنزيل ، و من ثم فتطبيق قاضي الموضوع للمادة 63 من قانون 11/90 في محله .

و حيـــث أن المستخدمة لم تثبيت أن لها صلاحية التصرف فرديا في تعديل شروط العقد و تنفيذ علاقة العمل بناء على عقد العمل أو النظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية خاصة و أن الأمر في حقيقته يتعلق بالتنزيل من سائق آلة إلى عامل بسيط مما يجعل الوجه في غير محله »

و الـــتعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية و حمايتها، لأنه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد، أو عدم تنفيذه، و بالتالي يضمن مرونة العلاقات القانونية.[1] فيجسد استمرار و بقاء العقـــد، و ذلك بالابتعاد عن مخاطر انتهاء العقد كالفسخ، و يكرس الأطراف حرية التعديل كـــلما اقتضت المصالح المشتركة ذلك و كلما تطلبت أهداف العقد المحافظة عليها، و يكون ذلـــك بأن يقوم أحد الأطراف بالتعبير عن إرادته في تعديل العقد، أي أن الإرادة الحرة هي أســـاس تعديل العقود، و لهذا يشترط في المتعاقد الذي يعبر عن إرادته في التعديل بأن تكون هـــذه الأخـــيرة صـــحيحة و خالية من عيوب الإرادة المنصوص عليها في القواعد العامة، كالاســـتغلال، و التدليس و الإكراه، كما أن حرية التعديل تمكن الأطراف من إعادة تنظيم العلاقة العقدية، و ذلك بترك كامل الحرية للأطراف في مراجعة العقد.

و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقـــــــاري، حيث اعتبر السعر التقديـــري و كيفيات مراجعته من مشتملات عقد بيع عقار على التصاميم ، ويقع تحت طائلة البطلان في حالة تخلفه، و يقوم المتعامل في الترقية العقارية ببيع بناية أو جزء منها لأحد المشترين قبل إتمام الإنجاز طبقا لأحكام المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه، و يلتزم فيه المتعامل في الترقية العقارية بتقديم ضمانات، أما المشتري فيلتزم بتقديم تسبيقات و سلف و دفعات مجزأة طبقا لأحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي السابق الذكر.

أمـــا فـــيما يتعـــلق بالسعر التقديري، فقد ترك المشرع للأطراف الحرية الكاملة في تحديده، إلا أنه و في حالة اعتراض تنفيذ العقد بسبب ظروف اقتصادية كانهيار العملـــــة ،

---

[1] *Alain Ghozi,* Op. Cit., pp. 04 – 13.

أو ارتفاع الأسعار العامة، يتدخل الأطراف لتعديل السعر التقديري بإدراج شروط تتضمن كيفية مراجعته، و ذلك بالاتفاق على اختيار أرقام مرجعية تتناسب و تغيرات تكاليف مواد البـــناء، كما أن هذه الفئة من العقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة، فليس من العدل أن يقوم الـــبائع بمـــراجعة السعر التقديري بنفسه نظرا لحرفيته، و لأجل ذلك وجب على المشتري اللجوء إلى أشخاص ذوي خبرة في الميدان لمراجعة السعر مع البائع ، و يكون ذلك بوضع أســـس و معـــايير لمـــراجعة السعر التقديري ، كما أن حماية المشتري و المتعامل في الترقية العقاريـــة تقتضي من كليهما اتخاذ الحيطة و الحذر كركيزة أساسية لمراجعة السعر، و ذلك بإدراج شروط تخدم المصالح المشتركة للأطراف و تضمن حماية و استقرار المعاملات.

كما يكون الطرف الآخر الذي عرض عليه التعديل ملزما بالرد، ســـواء بالقبـــــول أو الـــرفض، فـــإذا كان الرد بالقبول يتم التعديل[1]، أما إذا كان الرد بالرفض، فنكون أمام تعسف في استعمال حق.

و هذا لا يمنع بأن مقترح التعديل قد يكون متعسفا في استعمال حقه، إذا كان اقتراحه للـــتعديل غير مبرر، و بدافع خدمة مصالحه على حساب مصالح الطرف الآخر و نكون في هذه الحالة أمام تعسف في استعمال حق أو سوء نية، يترتب عنهما إضرار بالغير، مما يفرض تقييد حرية التعديل لما فيها من تجاوزات في استعمال حق حرية التعديل.

الفرع الثاني : 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 بذلـــك حقـــه في حرية التعديل أو عدم التعديل مما يلحق بالطرف الآخر ضرر ومن أجل حمايته، وجب تقييد حرية التعديل وفقا لما تقتضيه قواعد الشكلية في بعض العقود أو مبادئ قانونية، فحرية التعديل ليست مطلقة بل مقيدة بالكتابة، وبعدم التعسف في استعمال الحق، وحسن النية.

---

[1] *Alain Ghozi,* Op.Cit., p. 169.

أولا: الكـــتابة: و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا[1]، بإلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كـــان العقـــد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائـــر بتاريخ 07 نوفمبر 1994، و الذي يؤيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 أفـــريل 1993، و القاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقـــد الأصلي.في حين كان لزاما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم قد خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من التقنين المدني الجزائري « إذا أبرم عقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، و لو حدث في هذا التصميم تعديلا أو إضافة ... و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ،إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة ... ».

فالـــتعديل في هذه الحالة مقيد بالكتابة إذا كان العقد الأصلي من العقود الشكلية، كما أن حرية التعديل ليست مطلقة بل مقيدة بحسن النية، و بعدم التعسف في استعمال الحق.

ثانيـــا: التعســـف في إستعمال الحق: لكي نقيد التعسف في استعمال الحق إذا كان هنالك طـــرف قد أحجم عن تعديل العقد (الرافض للتعديل)، رغم الإمكانية المتاحة أمامه لتعديله، أو مقـــترح الـــتعديل (المؤجـــر) بأن يقترح رفع الأجرة رغم علمه المسبق بتجاوزه للدخل الشهري للمستأجر.

و ذلـــك بهدف اتخاذ رفع الأجرة وسيلة لإنهاء العلاقة العقدية، فيكون المؤجر (مقترح الـــتعديل)، في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه. و الأمر نفسه بالنسبة للبائع في الترقية العقاريـــة في عقد البيع على التصاميم حين يرفع السعر إلى أضعاف المبلغ المتفق عليه بحجة وجـــود أشغال جديدة، مما يترتب عنه ضرر على المشتري، و بالتالي يكون البائع متعسفا في اســـتعمال حقـــه لعلمه المسبق بالإمكانيات المحدودة للمشتري، متجاوزا بذلك الاعتبارات

(1) المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 18/06/1997، ملف رقم 144122، الغرفة القضائية، العدد 01، 1997، ص 21.

العادلة للعقد، و كذا المصالح المشتركة للأطراف .و يسعى مقترح التعديل أو رافضه إلى إنهاء العلاقة العقدية، و يكون بذلك متعسفا في استعمال حقه.

و نكون أمام التعسف في استعمال الحق إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من التقنين المدني الجزائري، « يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية :

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ».

و لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يكفي قصد الإضرار بالغير فقط، دون الحاجة إلى عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها[1]. أي أن تكون للمتعاقد المحجم عن التعديل أو مقترحه نية الإضرار بالمتعاقد معه، أو يحقق من وراء ذلك منفعة قليلة بالنظر إلى الضرر الذي قد يصيب الطرف الآخر.

كما أن قلة الفائدة قرينة على قصد الإضرار، أو أن يقوم أحد المتعاقدين بالتعديل بإرادة منفردة فنكون أمام مخالفته لأحكام المادة 106 من التقنين المدني الجزائري التي تقتضي اتفاق الطرفين لتعديل العقد، و بالتالي خروجه عن المصلحة المشروعة التي خولها له القانون، و هذا ما يتنافى مع النظام العام و الآداب العامة، و إذا تحققت أحد هذه المعايير الثلاثة يكون أحد المتعاقدين متعسفا في استعمال حقه ،لا سيما إن كان يسعى إلى إنهاء الرابطة العقدية.

و من أجل حماية الطرف المتضرر من كل عمل يقوم به المتعاقد الآخر الذي من شأنه أن يؤثر في التعديل و العبث بمصالح الطرف المتضرر و بالتالي إلحاق الضرر الجسيم به، يمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه على أساس المادة1 4 من التقنين المدني الجزائري.كما أنه في عقد البيع على التصاميم لا يجوز للمتعامل في الترقية العقارية أن يضع بند إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات طبقا لأحكام المادة 18من

---

(1) *Yves Picod,* Op.Cit., p. 95.

قانون93-03 المتعلق بالنشاط العقاري وذلك باعتبارها بنود تعسفية وجب حماية المستفيدين في الترقية العقارية من هذه البنود وذلك بجعلها تقع تحت طائلة البطلان في حالة ورودها[1] .

كمـــا يمكن حماية المستفيد في الترقية العقارية من المتعامل في عقد البيع على التصاميم ذلـــك عن طريق التأمين الإجباري لدى صندوق الضمان والكفالة، وإرفاق شهادة الضمان إجباريا مع العقد طبقا لأحكام المادة 11.

ثالثا: حسن النية: أما القيد الثالث فيتعلق بحسن النية، لأنه يفترض في التصرفات القانونية أن تـــتم بحســـن النية طبقا لأحكام المادة 1/107 من التقنين المدني الجزائري، التي توجب تنفيذ العقـــود بمـــا يتفق مع حسن النية. و حسن النية مبدأ قانوني يقتضي من المتعاقد أن يختار في تـــنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة و النـــزاهة في التعامل، و كذا تعاون الأطراف في تنفيذ العقد[2].

و يقتضـــي حســـن الـــنية عند التعديل أن يكون الطرفان متعاونين، و ذلك بتقديم التسهيـــلات من أجل القيام بالتعديل، بأن تجمعهما الجدية في إعادة تنظيم الرابطة العقدية، و ذلك بما تقتضيه متطلبات العقد و حاجاته.

و في حالـــة رفض أحد المتعاقدين القيام بالتعديل رغم الإمكانية المتاحة له يكون سيئ النية، و سوء النية يفسد التعديل و ما يترتب عنه، كما أنه يستبعد بالنظر إلى أن حسن النية مبدأ قانوني لتقييد حرية التعديل.

كما لاحظنا أن القضاء الجزائري في المواد الاجتماعية قد تقيد بشروط أهمها تبيان عقد العمـــل و الشـــروط الواردة فيه و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قراريها[3] ،حيث قضت بنقض و إبطال الحكم الصادر عن محكمة الرويبة بتـــاريخ 1996 /09/16 و إحـــالة القضيـــة

---

[1] تنص المادة 18 بأن« كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و14 و في المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل ، أو تحديد مداها إما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده يعد باطلا و كأنه لم يكن ...»

[2] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق، ص 473.

[3] المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، قرار صادر بتاريخ 11 ماي 1999 ، ملف رقم 149 175 ، قرار غير منشور .

المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، قرار صادر بتاريخ 12 أكتوبر 1999 ، ملف رقم 178469 ، قرار غير منشور .

و الأطـــراف على نفس المحكمة مشكلة من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون «حيث يتـــبين بالفعل من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه على أن قرار تحويل المطعون ضده إلى وحـــدة حـــاسي مسعـــود جـــاء خـــرقا صارخا للمادة 63 من القانون 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 .

و التي تجيز تعـــديل شـــروط عقـــد العمـــل و طبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل و المستخدم في حين أن الحكم المطعون فيه لم يذكر عقد العمل الذي يستند إليه و الشروط الأوليـــة التي سبق و أن اتفقا عليها ، و في حالة عدم وجود هذه الشروط فلا مجال لتطبيق المادة 63 السالفة الذكر على قضية الحال ، لذا يتعين القول بأن هذا النعي هو كذلك مؤسس و يتوجب قبوله »

و عـــليه فإن 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 ليس مطـــلقا بل مقيد بعدم التعسف في استعماله، وبمبدأ حسن النية و ما يقتضيه من التعاون بين الأطراف على القيام بالتعديل، وكذا الكتابة في العقود التي تشترطها لانعقادها.

المطلب الثاني : تأثير حر ية التعديل على مصير العقد.

إذا كان التعديل إجراء وقائيا يحمي العقد من مخاطر الفسخ و عدم التنفيذ، فإن حرية الأطـــراف في تغيير عناصر العقد الأصلي سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الحذف يترتب عليه تغيـــير في مضمون العقد. و من ثم في فئته القانونية، مما يدفعنا إلى التساؤل عن مصير العقد الأصلي، هل نكون أمام استمرار الرابطة العقدية الأصلية أو انقضائها و ظهور عقد جديد ؟

الفرع الأول : استمرار الرابطة العقدية الأصلية.

رغم التغييرات التي قد ترد على عناصر العقد، إلا أنها لا تؤثر في جوهر العقد و من ثم اســـتمراره، و ذلـــك في حالتين، حالة بقاء الشروط الجوهرية للعقد، و حالة بقاء الشروط الثانوية.

المســـتأجر لأن المادة 509 من التقنين المدني الجزائري، قد إشترطته صراحة موافقة الكفيل العيني أو الكفيل الشخصي لإنتقال التأمين إلى الإيجار الجديد.

أمـــا إذا قام أحد الأطراف بتقديم التأمين فهذا الأخير يبقى مبدئيا إذ أن التعديل يفرض على كل من وافق عليه، و أن الرابطة القانونية التي بمقتضاها يتم تأييد التأمين تبقى قائمة.[1]

فـــإذا رجعنا إلى التفرقة بين النظام القانوني للعقد المعدل و التجديد، فإن ملحقات العقد في الحالة الأولى تستمر تلقائيا، أما في الحالة الثانية، فإنها تختفي بسبب انقضاء العقد.[2]

أي أن المـــلحقات لا تنـــتقل إلى الالتزام الجديد في حالة التجديد، إلا إذا نص عليها القـــانون أو تم الاتفـــاق عليها من قبل الأطراف طبقا لأحكام المادة 291 من التقنين المدني الجزائـــري،[3] فمثلا المشرع الجزائري قد خالف القاعدة التي تفترض إنقضاء التأمينات التي قدمهـــا المســـتأجر في الإيجـــار القديم، بإنقضاء هذا الإيجار تطبيقا لفكرة التبعية، فتنقضي التأميـــنات بإنقضـــاء الدين المضمون، فالمشرع نص على إنتقال التأمينات العينية إلى إيجار الجديد في حالة تجديد الإيجار الضمني طبقا لأحكام المادة 509 من التقنين المدني الجزائري، مـــع تقييد إنتقال التأمينات العينية التي قدمها المستأجر بقواعد الشهر العقاري، ويراد بذلك أنه على المؤجر أن يقوم بإجراء قيد جديد للرهن الرسمي أو الرهن الحيازي نحسب مرتبته من تـــاريخ إجراءه وليس من تاريخ القيد الأول، حتى لا يترتب على إنتقال التأمينات على هذا الوجـــه إضـــرار بحقوق الغير الذي شهر حقه في الفترة بين قيد الرهن القديم وإجراء القيد الجديد. [4]

أمـــا الملحقات التي تم إدارجها من قبل الأطراف في العقد الأصلي فتبقى مستمرة أثناء تعديله، و ذلك بسبب استمرار الرابطة العقدية.

---

[1] Alain Ghozi, OP. CIT., pp. 242, 243.

[2] Ibid., p. 243.

[3] المادة 291 ق م ج « يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، و انشاء التزام جديد مكانه.

و لا تنـــتقل التأميـــنات الـــتي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نيـــة المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك ».

(4) سمير عبد السيد تناغو، **عقد الإيجار**، المرجع السابق، ص 304.

و عليه فإن مضمون العقد لم يتعرض للتغيير في الحالتين السابقتين، مما يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل، و قد يحدث أن يقوم أحد الأطراف بتغيير مضمون العقد، فهل نكون في هذه الحالة أمام ظهور عقـــد جديد، أم مجرد تعديل لطبيعته القانونية ؟ و هذا ما سوف نعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : انقضاء العقد الأصلي و ظهور عقد جديد.

يترتب عن التغيير في عناصر العقد، أي استبدال محل العقد بمحل آخر ظهور فئة قانونية أخـــرى مـــن العقود غير التي تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف، مما يدعو إلى ظهور عقد جديد يختلف عن العقد الأصلي.

و يســـتتبع هذا الاختلاف البحث عن طبيعة العقد المعدل و خصائصه ، و يقودنا إلى التساؤل، هل كل تغيير في طبيعة العقد و خصائصه يؤدي بالضرورة إلى التعديل و بالتالي إلى ظهور عقد جديد ؟ و هذا ما نراه في النقاط التالية :

أولاً : حالة اختلاف طبيعة المحل الجديد عن المحل الأصلي.

يســـعى الـــتعديل من خلال استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة إلى مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقـــد و مـــراعاة مصـــالح الأطراف. و الأهم من هذا كله، هو المحافظة على استمرار و استقرار الـــرابطة العقديـــة، و لكن هل يكون هذا ممكنا في هذه الحالة ؟ و إذا كان مفاد التغيير في طـــبيعة الالـــتزامات المستبدلة هو حلول شروط جديدة مختلفة عن الشروط السابقة تماما، فالـــتغيير في محل و سبب العقد يؤدي إلى التغيير في الطبيعة القانونية أي التغيير في التكييف القـــانوني للعقد من عقد إيجار إلى عقد قرض و ذلك بإلغاء بدلات الإيجار[1] مثلا، فنكون أمام نشأة عقد جديد.[2]

---

[1] Cass soc, 7 juillet 1988, Bull civ , 7 , II, n° 435 .

[2] *Alain Bénabent,* Op.Cit., p. 195.

أو كانتقال إيجار بالإطعام إلى مرتب مدى الحياة رغم أن المستأجر ملزم بالإنفاق عينا بـــدلا من إلزامه بدفع مبلغ من النقود للمؤجر[1] كما أن هذه التغيرات ما هي إلا استبدال مـــال مـــنقول بعقار أو العكس أو أي مال آخر بالتزام نقـــــدي[2] مما يؤدي إلى تغيير في طـــبيعة و نظـــام العقد الأصلي و بالتالي إلغاء تطبيق بعض القواعد القانونية التي يفترض أن تطبق على العقد الأصلي.

و قد أدى ظهور فئة قانونية جديدة من العقود تسمح للأطراف بالاتفاق على تعديل مضـــمون العقـــد الأصلي بموجب عقد جديد و بأثر رجعي، شريطة احترام العقد الأصلي خاصة من ناحية شروط الصحة[3]، و إن تغيير في التكييف القانوني للعقد ، كأن ينتقل عقد الإيجـــار إلى عقد القرض و ذلك بترع بدلات الإيجار فنكون في هذه الحالة أمام نشأة عقد جديد أما الحالات الأخرى فغالبا ما يكيفها القضاء الفرنسي بالتجديد[4] .

و يميـــز القانون الألماني في العقد الجديد الذي تم إبرامه من قبل الأطراف بين نوعين: عقد التعديل (contrat de modification) ، و التجديد .

فعقد التعديل : يتعلق بعقد جديد و الذي يترك استمرار الروابط بين الدائن و المدين و التي تـــرد عـــليها بعض التعديلات ، فهو أساسي إذن للتكييف"عقد التعديل" من العقد الأصلي الـــذي يســـتمر رغم تعديله جزئيا أي فهو يحافظ على ذاتيته. و يترتب عن التكييف نتيجة أساسية "للعقد التعديل" هو بقاء الضمانات و التأمينات .

أما التجديد يتعلق بعقد جديد يحل محل العقد الأصلي و يترتب عنه زوال كل التأمينات[5] .

أما في التشريع الجزائري فإنه يشترط لقيام التجديد طبقا لأحكام المادتين 287، 1/289 من التقنين المدني ، و جود التزام قديم، نشوء التزام جديد و نية التجديد.

---

(1) *Alain Ghozi,* Op.Cit., p.244.
(2) IBID, p. 242.
(3) Alain Benabent,op.cit., p. 196.
(4) IBID , p . 195
(5) Reinhard sparwasser , **Allemagne** , op. Cit., p .138 .

فالتكييف القانوني يؤدي إلى تحديد طبيعة العقد و الفئة القانونية التي يخضع لـــهـــا ، و الـــنظام القانوني الذي يطبق[1]، و عليه فالنظام القانوني للعقد المعدل يشمل العناصر المتفق عليها في العقد الأصلي إضافة إلى العناصر الجديدة التي تم إدخالها بموجب التعديل [2].

إذن فالـــتغيير في الشـــروط المدرجـــة في العقد الأصلي يؤدي إلى التغيير في التكييف القانوني للعقد، فقد نكون أمام بيع أو إيجار، أو قرض، و بالتالي ظهور فئة جديدة للعقـــود، وهل هذا التغيير كاف لإنهاء العقد الأصلي، بمجرد تعديل النظام القانوني لهذا الأخير ؟

ثانيًا : حالة التغيير الوارد على خصائص الشيء المستبدل.

يتعـــلق الأمـــر بـــالأموال المثلية، أو الأموال المعينة بذاتها أو بنوعها، و سواء أكانت موجـــودة أو أشياء مستقبلة، فكل هذه الأموال تصاحبها مجموعة من الخصائص[3]، حيث تنتقل الملكية في الأموال المنقولة بمجرد انعقاد العقد.[4]

أما الأموال المثلية و المنقولات المعينة بنوعها، فيتم نقل الملكيـــة فيها بمجرد إفرازها[5] و هـــذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 166 من التقنين المدني و يراد بالإفراز تعيين قدر من الأشياء المثلية بذاتها، و ذلك عن طريق فصله عن سائر الأشياء التي تكون معه نوعا واحدا، والإفراز ليس له أثر رجعي يعود إلى وقت الاتفاق.

أمـــا إذا كان المبيع عبارة عن شيء مستقبل، لم يتم صنعه فإن الملكية لا تنتقل بمجرد انعقاد عقد البيع، لأن الشيء غير موجود، كذلك لا يتملك المشتري المواد الداخلة في صنعه

---

(1) *Gabriel Marty, Pierre Raynaud,* **Droit Civil, Les obligations,** Tome II, 1er Volume, Sirey : Paris, 1962, pp. 197, 198.,

(2) *Alain Ghozi,* Op.Cit.,P. 241.

(3) IBID, p.245.

(4) خـــليل أحمـــد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع**، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، 1991، ص 111.

عـــبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة**، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة، ص 425، 426.

(5)، المرجع نفسه، ص 428. خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع نفسه، ص 112.

لأنها ليست المبيع، و لكن إذا تم صنع المبيع أو تقدم صنعه لدرجة تكفي لتعيينه، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت.[1]

و لكـــن في حالة ما إذا تم هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة، أو حادث فجائي قبل عملية الفـــرز، فتكون تبعة الهلاك على البائع طبقا لأحكام المادة 369 من التقنين المدني الجزائري، يكفـــي أثـــناء استبدال الأموال المثلية أن يرد شيء مماثل فقط، لأن ما يهمنا هو بقاء العقد الأصـــلي، ومهما اختلفت و تنوعت الأموال بحسب قابليتها للاستهلاك، و التي تقسم إلى عاريـــة الاستعمال و عارية الاستهلاك، و الوديعة الناقصة و الوديعة العادية، و بالتالي فإن فكـــرة الخصـــائص التي تميز هذه الأموال لا تطرح أي تعقيدات، بل بالعكس، فإن الأموال المثلية يكفي لانتقالها إفرازها.

أما المعينة بذاتها فبانعقاد العقد ، و هي تمتاز بفرديتها (ذاتيتها) فلا يمكن استبدالها بمال أخـــر[2] أي نكون أمام التجديد إذا ما تعلق الأمر باستبدال منقول معين بذاته ،إلا أن هذه الفرضية ليست مطلقة ، بل يمكن بإرادة الأطراف استبدال مال منقول معين بذاته بمال آخر مختـــلف عنه في الطبيعة ، و جعله متماثل معه ، و هذا ما يبرر التعديل دون تغيير في الرابطة العقديـــة ، و بالتالي لا تثير أي صعوبة من حيث الآثار، حتى في حالة حلول مال مثلي محل الآخـــر، فإنـــنا نكون أمام نفس العقد، و عليه فإن النظام القانوني للعقد المعدل يخضع في الحقيقة لطبيعة الالتزامات المستبدلة و ليس إلى خصائصه.

و نكون أمام مجرد تعديل العقد الأصلي إذا ما تم إضافة أجل و بقاء الشروط الجوهرية و الثانوية للعقد دون تغيير، و في حالة تغيير الشروط الجوهرية، أو اتفاق الأطراف على تغيير مضـــمون العقـــد، فإنـــنا نكون أمام عقد جديد، و بالتالي أمام نظام قانوني لهذه الفئة من التصرفات القانونية الجديدة المغايرة تماما للعقد الأصلي.

---

[1] خـــليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 113. أنور سلطان، **شرح العقود المسماة، البيع و المقايضة**، الطبعة الثانية، مطبعة دار نشر الثقافة: الإسكندرية، 1952، ص 145.

[2] Alain Ghozi, op. Cit., p. 21.

الخلاصـــــــة:

إن الـــتعديل ينصـــب على إعادة تنظيم الرابطة العقدية و استمرارها، و يكون ذلك باســـتخدام الأطـــراف لآليات يتم إدراجها في العقد. و تتمثل هذه الآليات في شروط يتم الاتفاق عليها في العقد مسبقا أو لاحقا، بتوقع الظروف التي قد تعترض تنفيذ العقـــــــد، و يكون الهدف من استخدام هذه الشروط هو تفادي الأزمات الاقتصاديـــة و الاجتماعية و ضمان تنفيذ العقد.

و تبقى للأطراف الحرية في التمسك بالتعديل كلما اقتضت حاجات العقد و متطلباته في إطار الجدية و النـــزاهة، كما تكون للأطراف الحرية في قبول التعديل أو رفضه، و تثار الصـــعوبة عـــند إحجام أحد المتعاقدين عن التعديل (رفض التعديل) أو عندما يكون اقتراح التعديل لا يتماشى و مصالح الطرف الآخر و ما ينجم عن هذا التصرف سواء الامتناع عن الـــتعديل أو اقـــتراحه بالتعسف في استعمال حق و سوء النية من كلا الطرفين، و من أجل حمايـــة مصالح المتعاقدين و استقرار المعاملات وجب تقييد حرية التعديل بعدم التعسف في اســـتعمال الحق، وبمبدأ حسن النيـــة، و ما يقتضيه من تعاون و نزاهة بين الأطراف لإنقاذ تصرفهم من الفسخ أو عدم التنفيذ، وكذا الكتابة في بعض العقود التي تكون ركن للإنعقاد.

و يترتب عن إعادة تنظيم العقد الأصلي، بتغيير شرط أو عدة شروط منه، إما استمرار العقـــد الأصلي في حالة بقاء الشروط الجوهرية، أو ظهور فئة قانونية جديدة من العقود في حالـــة تغييرهـــا، و مع ذلك يبقى التعديل الوسيلة المرغوب فيها من قبل الأطراف لضمان اســـتمرارية العقد و السهر على سرعة التنفيذ بما يتماشى و مصالحهم و دعما لمبدأ سلطان الإرادة.

الفصل الثالث

تدخل القاضي لتعديل العقد

الفصل الثالث : تدخل القاضي لتعديل العقد.

تقتصر وظيفة القاضي في الأصل على تفسير العقود ، و تطبيقها ، إلا أن الصعوبة تثار حول إمكانية تدخل القاضي لتعديل العقد ، لأن ينجم عن ذلك عدم الاستقرار في العلاقات العقدية . غير أنه أثناء تنفيذ العقد ، قد تحدث ظروف تؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة بأحد المتعاقدين ، أو ضرر فاحش بهما ، وكذا مرونة العلاقات العقدية التي دفعت بالمشرع الجزائري إلى الترخيص للقاضي بتعديل العقد ، و ذلك استثناء للمبدأ القاضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين" على الرغم من أنه لا يمكن للقاضي أن يحل محل الأطراف سواء بنقض العقد ، أو تعديله ، وذلك لما فيه من مساس بالقوة الملزمة للعقد .

ففي حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، فإن القاضي يسعى إلى إيجاد التوازن في الالتزامات المتبادلة طبقا لما سطرته الأطراف أثناء إبرام العقد ؛لأن هدف الأطراف هو تنفيذ العقد دون إلحاق خسارة بأحدهما أو كليهما ، و كذا الإبقاء على العقد .

و منه يمكننا التساؤل ما هي الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد ؟ ، و ما هو مبرره ؟ ، و ما هي وسائل تعديل العقد و القيود الواردة عليه ؟ .

المبحث الأوّل : حالات تدخل القاضي و مبرره.

سـوف نحـاول من خلال عرضنا لهذا المبحث أن نحدد الحالات التي بمقتضاها منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التعديل ، و التي ستقتصر معالجتها على حالتين :

الأولى : نظرية الظروف الطارئة .

و الثانية : الشرط الجزائي .

و كذا البحث في مبرر تدخل القاضي للتعديل .

المطلب الأول : حالات تدخّل القاضي لتعديل العقد.

إذا قبلنا بأن للقاضي سلطة لتعديل العقد سواء بالنسبة إلى نظرية الظروف الطارئـة ، أو بالنسبة إلى الشرط الجزائي ، فإن هذا يدفعنا إلى التساؤل عن الشروط الواجب توفرها في الحالتين السابقتين ، حتى يتمكن القاضي من التدخل لتعديل العقد ؟ .

الفرع الأول : نظريّة الظروف الطّارئة.

مفـاد نظرية الظروف الطارئة أنه أثناء تنفيذ العقد يتبين للأطراف حادث غير متوقع، يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي مما يلحق بالمدين خسارة فادحة، و يصبح تنفيذ الالتزام مـرهقا بالنسبة للمدين. و يتعارض مع العدالة من جهة و نية المتعاقدين الذين لو كانوا قد توقعوا تلك التغيرات ما تم إبرام العقد [1] .

و هذه النظرية حديثة، و مع ذلك فالقانون المدني الفرنسي لم يأخذ بـها، و ذلك لرفضه لها بسبب تعارضها مع مبدأ سلطان الإرادة.

و إذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تستجيب لحاجة ملحة، تقتضيها العدالة، فهي تهدف إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد .

---

[1] محمد حسين منصور ، **مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة** ، الدار الجامعية : بيروت ، 2000 ، ص 352 .

أما المشرع الجزائري فقد تبناها في الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني « غير أنـــه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

كما نجد تطبيقات هذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاولة طبقا للمادة 3/561 من التقنين المدني الجزائري، و عقد الإيجـــار طبقا لأحكام المادة 510 من التقنين المدني الجزائري.

و قـــد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعـــادة التوازن الاقتصادي، لما يحقق من عدالة و استمرار في تنفيذه، و يتمثل تعديل العقد في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

و لكن حتى يتمكن القاضي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري وجب توفر مجموعة من الشروط المحددة، أهمها :

أولاً : أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ:

مفاد العقد المتراخي التنفيذ، أن تكون هناك مدة زمنية من تاريخ انعقاد العقـــــــد، و تاريخ نفاذه و هذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد الـــتوريد. كما للقاضي سلطة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية التي لا يكـــون الـــزمن عنصرا جوهريا فيها و لكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى أجال متتالية و ذلك بموجـــب اتفـــاق الأطراف على تأجيله كالبيع الذي يتفق فيه على تأجيل دفع الثمن (البيع بالتقسيط) أو تسليم المبيع .كما يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الفوري إذا وقع الظرف الطارئ مباشرة بعد انعقاده[1].

---

[1] محمد حسين منصور المرجع السابق ، ص353 .عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، القانـــون المصـــري و اللبناني و السوري و العراقي و الليبي و الكويتي و السوداني** ، المرجع السابق ، ص 482 .سمير عبد السيد تناغو ، **نظرية الالتزام** ، منشأة المعارف : الإسكندرية ، 1975 ، ص 143 .

كمـــا لا تطبق النظرية إذا تراخى تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين، إذ لا يجوز للمدين الاســـتفادة من تقصيره [1] كأن يحل أجل وفاء الالتزام فيقوم الدائن باعذار المدين بوجوب الوفاء، فيتقاعس المدين عن الوفاء، فإذا حدث ظرف طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا ففي هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يتمسك بالنظرية الظروف الطارئة للمطالبة بتعديل التزامه .

و عليه فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود ، التي يتراخى تنفيذها و يطرأ خلالهـــا حادث استثنائي، عام غير متوقع، يؤدي إلى إرهاق في تنفيذ الالتزام، سواء كانت عقود زمنية أو فورية، بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقود .إلا أنه يستثنى من هذه الفئة من العقود، الاحتمالية[2] التي تحتمل بطبيعتها الكسب و الخسارة ، و العقود التي يكون محل التزامها نقودا طبقا للمادة 95 من التقنين المدني الجزائري .

أمـــا المشـــرع الجزائـــري فقد سكت في المادة 3/107 من التقنين المدني عن ذكر هذا الشـــرط، إلا أنـــه لا يمكن تجاهله أثناء التطبيق، خاصة و أن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن .

ثانيًا : أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقّع أثناء مرحلة التنفيذ.

يشترط المشرع في الحادث الطارئ، أن يكون استثنائيا، و عاما، و غير متوقع .

أ- أن يكون الحادث استثنائيا.

مفـــاد الحـــادث الاســـتثنائي أن يكـــون الحادث طارئ غير مألوف و نادر الوقوع كالفيضانات، الزلازل و الحروب. و يعد مثلا الزلزال حادثا استثنائيا إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة، بينما لا يعتبر كذلك إذا وقع في منطقة اعتادت على التعرض له أي وصف الاســـتثنائية يقتصر على الحادث ذاته و يذهب بعض الفقهاء[3] إلى إلحاق وصف الاستثنائية بأثـــر الظـــرف و ليـــس الظرف نفسه دون النظر إلى طبيعته أو منشأه، فقد يكون الظرف

---

[1] نقض 1964/03/26 ، س 15 ، ص 409 ، أنظر : محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 353 .

[2] المرجع نفسه ، ص 354 .

[3] حسبو الفزاري، **أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية و تحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن و في الشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه ، مطبعة الجيزة : الإسكندرية، 1979 ، ص 307.

الطارئ عاديا مألوفا ، لكن ما يترتب عنه من نتائج و أثار تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد و جعـــل التنفيذ الالتزام مرهقا[1] فمثلا إصابة المحصول بالدودة حادث مألوف ، و لكن قد يبلغ من الجسامة حدا غير مألوف و ينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي[2].

و نستخلص من هذه الحالة أن العبرة ليست بالحادث فقط، بل أيضا بالآثار المترتبة عن الحـــادث[3]، قـــد نـــص المشرع الجزائري في المادة 3/107 من التقنين المدني على استثنائية الحادث.

ب- أن يكون الحادث الاستثنائي عامًا:

معنى الحادث الاستثنائي العام، أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين وحده، بل يجب أن يشمل فئة من الناس لأن إفلاس المدين، أو هلاك بضاعته لا تكفي لتطبيق نظرية الظـــروف الطارئة.و تنصرف عمومية الظرف الطارئ إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العموميـــة بعـــدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، أو قد تنصرف العمومية أيضا إلى الـــناحية الإقلـــيمية، فيـــتحدد معيـــار العمومية بمقدار المساحة الإقليمية التي تأثرت بذات الظرف[4].

و يكـــون الحـــادث عام إذا شمل طائفة معينة من الناس ينتمون إلى إقليم أو مدينة واحدة كما هو الشأن إذا أصاب الزلزال مدينة واحدة من مدن الدولة .و هناك من يرى أن العموميـــة شـــرط غـــير عادل لأنه يحرم المدين المرهق من ميزة الالتجاء إلى تطبيق النظرية للتخفف من إرهاقه لا لسبب سوى أن هذا الإرهاق لم يصب غيره[5] .

و لقـــد حـــذى المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني حذو التشريعات العربية التي اشترطت أن يكون الحادث عاما. أما القانون الإيطـــالي و البولوني،

---

[1] جميلة بولحية، **نظرية الظروف الطارئة**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1984، ص 113.حسبو الفزاري، المرجع السابق ، ص 307، 308 .

[2] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 355 .

[3] جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 116-133.عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق ، ص 483، 484.

[4] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 313 .

[5] المرجع نفسه، ص 315 .

لم يشـــترطا[1] ، طـــابع العموميـــة في الظـــرف الطارئ بل اكتفيا بأن الظـــرف استثنائيا فحسب[2] .

و إذا كـــان الهدف من النظرية هو رفع الإرهاق عن المدين و تحقيق مبدأ العدالة، فما جـــدوى شـــرط العموميـــة إذن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، خاصة و أن إقرار شرط العموميـــة يؤدي حتما إلى التضييق من تطبيق النظرية، و في الوقت نفسه احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد.

جـــ – أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع.

مفاد الحادث الاستثنائي غير متوقع أن المدين أثناء إبرام العقـــــد، لم يكن في وسعه توقـــع الحـــوادث الاســـتثنائية[3]، و كان في إمكان الشخص العادي توقع بعض الحوادث الاستثنائية بعكس المدين، و مثال ذلك أنه تم إبرام عقد و الحالة الدولية تنذر بنشوب حرب، بحيـــث يستطيع الشخص العادي توقع قيامها، فلا مجال في هذه الحالة من استفادة المدين من تطبيق نظرية الظروف الطارئة[4]. لأن المعيار المتفق عليه فقها هو المعيار الموضوعي[5].

كمـــا لا يســـتطيع المدين تفاديه أو دفعه عن نفسه، أو حتى التقليل من آثاره و يرى بعض الفقهاء[6] أن شرط عدم التوقع يغني عن كونه استثنائيا، لأن الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا، و على العكس من ذلك فإن الحادث غير المتوقع، لا بد أن يكون استثنائيـــا،

---

[1] عـــبد الحميـــد بن شيني،**سلطة القاضي في تعديل العقد**، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1997، ص 57،58.

عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 643.

جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 117، 118.

عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق، ص 484 .حسبو الفزاري، المرجع السابق،ص 312 .

Nourreddine Terki, **(L'imprévision et le contrat international dans le code civil Algérien)**, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n° 3, 1982, p. 488.

[2] حسبو الفزاري، المرجع نفسه، ص 315 .

[3] نقض جلسة 1968/02/12، س 17،مج فني مدني ، ص 1521 ، معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف : الإسكندرية، 1987 ،ص 239 .

[4] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق ، ص 484.

[5] جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 120.

[6] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق، ص 484.

Nourreddine Terki, Op.Cit., p. 486.

و بالتالي لا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، و هذا ما ذهبت إليه المحكمـــة العليا في قرارها [1] ، «حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عـــليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا» .

ثالثًا : أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا:

مفادهـــا طـــبقا للمادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري أن الحادث الاستثنائي يهدد المدين بخسارة فادحة، مما يؤدي إلى إرهاق في تنفيذ التزامه دون استحالة التنفيذ، التي تؤدي إلى حالـــة القـــوة القاهرة، و يترتب عنها انقضاء الالتزام، و هذا هو الفرق بين الظرف الطـــارئ و القوة القاهرة.و قد ذهبت المحكمة العليا في قرارها[2] ، إلى نقض القرار الصادر عـــن مجـــلس قضاء باتنة بتاريخ 1996/11/10، القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س ع ق) مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعى عليها مبـــلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخـــة في 1990/06/04، «حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد و توازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني، إذا ما طرأت ظـــروف استثنائية ذات طابع عام و غير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني».

و الإرهـــاق الـــذي يقع فيه المدين نتيجة الظرف الطارئ يتم تحديده، و كذا تقدير الخسارة الفادحة، و قد ذهب غالبية الفقه العربي في تحديد درجة الإرهاق إلى الأخذ بالمعيار الموضـــوعي المرن، و الذي لا يعتد فيه بشخص المدين و ظروفه الخاصة، و إنما يقتصر على الصفقة التي أبرمها المدين، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحددة في

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية ، قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 ،ملف رقم 99694 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1994 ، ص 217 .

[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية ، العدد الثاني، 1999،ص95.

العقـــد، و قـــيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، و لو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء[1].

و المعيـــار الموضوعي يقدر الإرهاق فيه على ضوء الالتزامات و الحقوق الناجمة عن العقد[2]، لأن الهدف من ذلك هو إيجاد توازن اقتصادي للعقد .

و أما مقدار الإرهاق فإن المشرع طبقا للمادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري لم يحـــدده بل اكتفى فقط بأن تكون الخسارة فادحة[3] ، و هي تلحق الشخص المدين أي غير مألوفة و فيها نوع من الظلم للمدين .

و ســـكوت المشرع معناه ضمنيا أنه خول للقاضي سلطة لتعديل العقد أثناء التنفيذ بسبب الاختلال في التوازن العقدي، و بالتالي للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقديره حسب الظروف المحيطة بالعقد .

الفرع الثاني : الشّرط الجزائي.

يـــراد به الاتفاق مقدما بين الدائن و المدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في تنفيذه.[4]

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق، ص 486.

جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 121.

[2] علي فيلالي،المرجع السابق، ص195.

[3] الخسارة الفادحة « هي تلك التي تخرج عن حدود المألوف و تجعل التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم »، راجع : اسعد الكوراني، **(نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية)**، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون، ص 241.

[4] عـــبد الـــرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني لجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، آثار الالتزام**، الجزء الثاني، مطبعة دار إحياء التراث العربي : بيروت، بدون سنة، ص 851.

عبد المنعم البدراوي، **النظرية العامة للإلتزامات : دراسة مقارنة في قانون الموجبات و العقود اللبناني و القانون المدني المصري، أحكام الإلتزام (آثاره، أوصافه، إنتقاله، إنقضاؤه)**، الجزء الثاني، دار النهضة العربية : بيروت، 1968، ص 70.

أنور سلطان، **أحكام الإلتزام الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني**، دار النهضة العربية : بيروت، 1980، ص 71.

Jean Carbonnier, **Droit Civil, les obligations**, Tome 4, 21ème édition, Presses Universitaires de France : Paris, 1998, p.290.

Henri Léon et *Jean Mazeaud*, **Leçons de droit civil, Théorie générale des obligations**, Tome 2, 1cr Volume, 8ème édition, , éditions Montchrestien : paris, 1978, p.736.

أما الأستاذ[1] فيرى بأن الشرط الجزائي هو عقد ملزم لجانب واحد و طريق احتياطي، أنشأ لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي تحت تهديد الجزاء و في حالة عدم تنفيذ المدين، فإنه يمنح للدائن سلطة فرض التنفيذ تحت عقوبة خاصة .

و عـــليه فالشـــرط الجـــزائي ما هو إلا اتفاق مسبق على تقدير قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، أو التأخر في تنفيذه سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي، أو تم الاتفاق عليه لاحقا.

و قـــد نظـــم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في المواد 183، 184، 185 من التقنين المدني.

و عـــليه فالشرط الجزائي باعتباره اتفاقا يستمد قوته الإلزامية من العقد الأصلي، فإنه يسعى إلى ضمان تنفيذ العقد من جهة، و هو وسيلة لضمان حق الدائن في حالة ما إذا لحق بـــه ضرر من جهة أخرى، لهذا يلجأ إليه المتعاقدون باعتباره وسيلة ناجعة تفاديا للجوء إلى العدالة[2]. و ما تتطلبه من إجراءات طويلة و معقدة.

و يشـــترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط أهمها الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، اعذار المدين .

أولاً : الخطأ:

نكـــون أمام خطأ المدين في حالة امتناعه عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخره، و يعتبر الخطأ أساس الشرط الجزائي و يكون مبنيا على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحته هي عدم التنفيذ[3] و يشترط في عدم التنفيذ بعض الخصائص:

---

(1) Denis Mazeaud, **la notion de clause pénale**, tome 223, L.G.D.J: Paris, 1992, p. 396.

(2) *Ramdane Zerguine*, **(Contribution à l'étude de la clause pénale)**, Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politique, n° 1, Alger, 1981, p.38.

(3) عبد الله نجاري، **الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983، ص 115 .

- أن يكون عدم التنفيذ نهائيا، فلاستحقاق الدائن مبلغ التعويض الاتفاقي لابد أن يكـــون عدم التنفيذ نهائيا بحيث لو كان مؤقتا يوقف تنفيذ العقد و لا يستحق الشرط الجزائي[1] .

- أن يكـــون عدم التنفيذ كليا : لاستحقاق الدائن الشرط الجزائي كاملا لابد أن يكـــون عدم التنفيذ كليا، لأنه إذا كان التنفيذ جزئيا يمكن للدائن الاستفادة من الشرط الجزائي تحت تحفظ تخفيضه من قبل القاضي[2]، طبقا لأحكام المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري.

و يـــترتب عن ذلك أن عبء الإثبات ينتقل من الدائن إلى المدين[3]، و بالتالي يستطيع المديـــن التخـــلص من المسؤولية، و ذلك بإثبات السبب الأجنبي لقطع العلاقة السببية بين خطئه، و الضرر الذي أصاب الدائن.[4]

و يعتـــبر الخطـــأ الشرط الأساسي لاستحقاق التعويض، و في حالة عدم وقوعه، فلا جدوى من الشرط الجزائي (التعويض).

ثانياً : الضّرر.

يعتبر الضرر أساس تقدير التعويض الواجب أداءه في حالة اختلال المدين بالتزامه سواء بســـبب عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذه، و يترتب عن انتفاء الضرر عدم استحقاق الشرط الجزائي، و هذا ما نصت عليه المادة 1/184 من التقنين المدني الجزائري « لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر »، أي أنه لا يكفي خطأ المدين وحده لاستحقاق الشرط الجزائي، بل وجب وقوع الضرر فعلا بالدائن كما لا

---

(1) عبد الله بخاري، المرجع السابق ، ص 115 . زرقين رمضان ، المرجع السابق، ص58 .

(2) رمضان زرقين ، المرجع نفسه، ص 58 .

(3) المرجع نفسه ،60 ، 61 .

(4) عبد الله بخاري، المرجع السابق، ص 114-117.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 76.

عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 88.

أنور سلطان، **أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني**، المرجع السابق،ص 74.

يمكن له المطالبة بالتعويض[1]، إذا لم يلحقه أي ضرر. فالقانون لم يميز بين غياب الضرر الذي يعفي من التعويض إذا كان عدم التنفيذ جزئيا أو كليا[2] ، و هذا الشرط من النظام العام لا يمكـــن للأطـــراف استبعاد تطبيقه بشرط اتفاقي أخر يجعل الشرط الجزائي مستحق حتى في غياب الضرر طبقا لأحكام المادة 3/184 من التقنين المدني الجزائري .

كما يشترط في الضرر أن يكون محققا، و مباشرا، و متوقعا كما هو الحال في القواعد العامـــة، و هـــذا مـــا ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها[3] ، حيث اعتبرت أن الـــتعويض كمـــا يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع .

أمـــا فيما يتعلق بالإثبات فإن المشرع خرج عن القواعد العامة و التي بمقتضاها أصبح عـــبء الإثـــبات على المدين بدلا من الدائن، أي على المدين أن يثبت بأن الدائن لم يلحقه ضرر طبقا للمادة 1/184 من التقنين المدني الجزائري، فإذا استطاع إثبات ذلك، فلا جدوى في هذه الحالة من استحقاق الشرط الجزائي من جهة، و انتفاء مسؤوليته من جهة أخرى.

ثالثاً : العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

مفـــاد العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر هي امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، أو تأخره في تنفيذه هو الذي ألحق بالدائن ضررا، أي النتيجة الحتمية لإخلال المدين بالتزامه، و الذي بسببه تضرر الدائن و لكن يجوز للمديـــن قطع هذه العلاقة، و ذلك بإثبات السبب الأجنبي [4] أو خطأ من الدائن أو فعل الغير تقطع العلاقة و لا يكون المدين مسؤولا ففي هذه الحالة لا يستحق التعويض من قبل الدائن.

---

[1] عبد الله بخاري، المرجع السابق، ص 121–124 . رمضان زرقين، المرجع السابق، ص 60،61.
Cass civ ,10 janv 1977, Bull. Civ. 1, I, n° 7 .

[2] رمضان زرقين ، المرجع نفسه ، ص 61 .

[3] نقض جلسة 1965/05/13 س 16 ، مج فني مدني ، ص 570 ، أنظر : معوض عبد التواب ، المرجع السابق، ص 448 .

[4] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام**، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 859.
أنور سلطان، **أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق، ص 75. عبد الله بخاري، المرجع السابق، ص125.
عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 687.

رابعاً : الإعذار.

و هو دعوة المدين من قبل الدائن إلى تنفيذ التزامه و تنبيهه إلى أن تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤوليته عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخر.[1]

أما المشرع الجزائري فقد اشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي، إضافة إلى الخطأ و الضـــرر و العلاقة السببية طبقا لأحكام المادة 179 من التقنين المدني ، فإعذار المدين على تـــنفيذ التزامه عند حلول أجل الاستحقاق يكون واجبا[2]، إذن فالإعذار واجب بمجرد قيام الدائـــن بدعوة المدين إلى تنفيذ الالتزام، و كذلك عند حـــلول أجل الاستحقاق، و ذلك حتى يتمكن الدائن من الاستفادة من التعويض المتفق عليه.

إلا أنه بخلاف حالات يعفى فيها الدائن من إعذار المدين، طبقا لأحكام المادة 181 من التقنين المدني الجزائري[3]، كما أنه يجوز للدائن إعذار المدين بمختلف الطرق القانونيـــــــة أو الاتفاقيـــة في حالـــة مـــا إذا كان الإعذار واجبا، بعكس الحالات التي يعفى فيها إعذار المديـــــن و هذا ما تضمنته المادة 180 من التقنين المدني الجزائري.[4]

و عـــليه بعد فحص القاضي كل شرط على حده، و التأكد من مدى توفر الشروط الســـابقة، وجب عليه التدخل لتعديل الشرط الجزائي، أي أن يحكم للدائن بمقدار التعويض، نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي أو تأخره في تنفيذه، مراعيا في ذلك ما إذا كان الضرر أقل أو أكبر من قيمة التعويض.

---

(1) عـــبد المجيـــد الحكـــيم، **الموجـــز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام**، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد، 1977، ص 29.

(2) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 91.

عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الثاني، ص 859.

(3) " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية :

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عنه عمل مضر.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه."

(4) "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

أي هـــذه الحالات التي يمكن للقاضي التدخل فيها طبقا لأحكام المادة 184 من التقنين المدني الجزائري، و حالة غش المدين طبقا للمادة 185 من التقنين المدني.

المطلب الثاني : مبرّر تدخل القاضي.

إذا كـــان الهـــدف من التعديل هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، فإنه يصعب علينا تحديـــد تبرير تدخل القاضي، لا سيما و أن المشرع يرخص للقاضي كلما توفرت الشروط القانونيـــة، و كلما كان المدين أمام صعوبة في تنفيذ التزامه سواء في كون الالتزام التعاقدي صار مرهقا، أو أن التقدير المسبق للتعويض كان مفرطا. في هاتين الحالتين تقتضي العدالة أن يتدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، و القضاء على التجاوزات.

الفرع الأول : العدالة.

إذا كان العقد هو قانون الأطراف، فإنه قد تحدث ظروف اقتصادية أو اجتماعيـــــة أو سياسية أثناء تنفيذه تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد مما يصعب تنفيذه ؛ كما أنـــه لا يجوز للقاضي التدخل حتى و لو بدافع شعور العدالة في شروط العقد، طالما كانت هذه الشروط واضحة و محددة[1] ؛ لأن دور القاضي يقتصر على تفسير العقود و تطبيقها .

غـــير أنـــه ليس من العدل الإبقاء على احترام "العقد شريعة المتعاقدين" و قصر دور القاضي، بل وجب عليه أن يتدخل لتعديل العقد على أساس العدالة .

و العدالـــة التي تلازم العقد، و التي مفادها الإنصاف أو القسط، و هي الأخذ بعين الاعتبار مراكز الأطـــراف المعنيين دون مخالـــفة القاعدة القانونية[2]. و هي أيضا الإنصاف و العدل، كما يتصوره الفرد، بغض النظر عن أحكام القانون الوضعـــــي[3]، و على الرغم مـــن غموضـــــــها و إبهامها، إلا أنها تهدف إلى تصحيح قاعدة قانونية و التخفيف من

---

[1] حسبو الفزاري ، المرجع السابق ، ص 478 .

[2] الأخضر بن عزي، **المدخل إلى القانون :النظرية العامة للقانون**، الطبعة الأولى، الجزء الأول، جامعة نواقشوط: موريطانيا، 1996، ص138.

[3] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 189.

شدها، و كذا تكملة الآجال القانونية[1] و العدالة العقدية في الحقيقة، ما هي إلا رفع الظلم عن أحد المتعاقدين بما يحقق له المساواة في الالتزامات المتقابلة، أو بمعنى آخر، هي محاولة إيجاد آليات تضمن المساواة بين أطراف العقد من جهة و تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد و استقراره من جهة ثانية.

و لكن ما هو تأثير العدالة في تدخل القاضي لتعديل العقد ؟ لا سيما أن العقد قد يتعرض أثناء تنفيذه لتقلبات اقتصادية، أو اجتماعية، أو سياسية، مما يؤدي إلى الاختلال في الالتزامات المتقابلة ؟ أو هل تعد العدالة مبررا كافيا ليتدخل القاضي لتعديل العقد ؟

الفرع الثاني : تأثير العدالة في تدخّل القاضي.

إن توازن المصالح و تعادلها في العقود يقتضي الرجوع إلى مبادئ العدالة للإبقاء على كفتي الميزان في حالة من التعادل و المساواة، ورغم غموض وإبهام مفهوم العدالة[2] ، فهذا لا يمنع من اتخاذها كمبرر لتدخل القاضي، لا سيما و أن العدالة نجد مصدرها في أحكام المادة 2/01 من التقنين المدني الجزائري[3] ، كما أن العدالة تسعى إلى تحقيق فائدة عملية؛ لأنها ذات طبيعة عامة ومرنة تجعلها صالحة لحكم العديد من الحالات المتباعدة[4] ، وهذا لا يمنع من أن الاعتماد على العدالة يؤدي إلى تعدد الحلول وتضاربها بحسب قناعة القضاة الشخصية و اختلاف نظرتهم للعدالة.

وبما أن العقد ما هو إلا وسيلة لتحقيق العدالة، فليس من العدل إبطاله، أو فسخه لأنه لو أراد المشرع ذلك لأعطى حق الفسخ للمدين إلا أنه ورغبة منه في الحفاظ على العقد وتوزيع عبء الظرف الطارئ على كلا المتعاقدين وذلك بقصر حق المطالبة بتعديل العقد على المدين برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

---

(1) *André Dessens*, **Essai sur la notion d'équité**, Thèse pour le Doctorat, Université de Toulouse, Faculté de Droit, 1934, p. 104.
Erica Gostini, **(L'équité)**, Recueil DALLOZ , chronique, II, 1978, p.05.

(2) حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 482.

(3) (...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

(4) حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 482.

كـــما لا يمكـــن للأطـــراف التمسك بحرفية العقد في حالة تعرضه لتغيرات اقتصادية واجتماعية وسياسية؛ لأنه يشكل إجحافاً بالغاً وظلماً فادحا بأحد المتعاقدين، مما يضطر إلى تدخل القاضي لتعديل العقد بناءً على قواعد قانونية مرخصة من قبل المشرع بغية رفع الظلم عـــن أحـــد المتعاقدين، فوجب على المشرع وبهدف تحقيق العدالة أن يمنح للقاضي سلطة تنظيمية لممارسة صلاحياته في إعادة توازن الالتزامات المخلة.

فالعدالة العقدية هي هدف سياسي وقانوني، تمنح للقاضي سلطة تنظيمية وهي الوسيلة الأساسية لهذه السياسة[1] .

كـــما يمكن تأكيد أن تدخل القاضي أقر لمنع وقوع الضرر بأحد المتعاقدين، والعمل عـــلى تحقيـــق العدل فيما بينهما لأنه ينتج عن عدم المساواة في الالتزامات المتقابلة، ضرورة البحث عن التعادل الاقتصادي، إ ذا كانت إمكانية إعادة توازنه ممكنة، بما تقتضيه مبادئ العدالـــة وروح الإنصـــاف واستقرار العلاقات العقدية، وتنفيذها في أحسن الظروف، لأن العدالة كمبرر لتدخل القاضي في الحقيقة ما هي إلا رفع الظلم عن أحد المتعاقدين " الطرف المتضرر" ، بما يحقق المساواة في الالتزامات المتقابلة، حتى وإن لم تكن المساواة حقيقية، ومع ذلـــك تبقى العدالة – رغم إبهامها وغموضها- تمتاز بالمرونة لإعادة التناسب في الالتزامات المتقابلة للأطراف، والمحرك الأساسي لجميع تدخلات القاضي في الميدان التعاقدي.

وعليه يشترط لتدخل القاضي لتعديل العقد توافر مجموعة من الشروط القانونية سواء بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة أو الشرط الجزائي، وفي حالة عدم تحقق الشروط القانونية، لا يجوز له التدخل وإلا اعتبر متجاوزاً في استعمال سلطته ويكون مبرر القاضي للتدخل غالبا العدالة العقدية بما تفرضه من إعادة التوازن في الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين، وكذا ضمان استقرار المعاملات وتحقيق مصالح الأطراف وتسخير العقد لخدمة الأطراف.

---

(1) « La justice contractuelle en ce sens est un objectif de politique juridique et l'attribution au juge d'un pouvoir régulateur et le principal, moyen de cette politique», loic cadiet, **découvrir la justice**, édition Dalloz: Paris, 1997, p. 66.

المبحث الثاني : وسائل تعديل العقد و القيود الواردة على سلطة القاضي.

إذا كان المشرع الجزائري قد خول للقاضي سلطة التعديل بمجرد توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المواد 3/107، 184، و 185 من التقنين المدني، فهذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن الوسائل المستخدمة لتعديل العقد.

ولكن سلطة القاضي في التعديل لا تؤخذ على الإطلاق، بل وجب تقييدها، وذلك حماية لمصالح الأطراف من تجاوزات القاضي، واستقرار المعاملات العقدية والوصول إلى التناسب في الالتزامات المتقابلة في العقد، مما يدفعنا إلى التساؤل عن القيود الواردة على سلطة القاضي في تعديل العقد.

المطلب الأول : وسائل تعديل العقد.

يلجأ القاضي إلى عدة وسائل لتعديل العقد وذلك في حالة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو في حالة تعديل الشرط الجزائي، مما يدفع إلى التساؤل عن أهم الوسائل التي يلجأ إليها القاضي.

الفرع الأول : رد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول.

طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري، فإن المشرع لم يحدد للقاضي طريقة لرد الالتزام المرهق، و إنما ترك له الحرية في اختيار طريقة مناسبة للحد من الإرهاق

و تتمثل هذه المظاهر فيما يلي :

إنقاص الالتزام المرهق.

زيادة قدر الالتزام المقابل.

وقف تنفيذ العقد.

أولاً : إنقاص الالتزام المرهق.

قـــد استخدم المشرع الجزائري في النص العربي للمادة 3/107 من التقنين المدني عبارة « ... أن يـــرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ... » أما النص الفرنسي فقد استعمل عبارة "إنقـــاص" "Réduire" عـــلى الرغم من أن الإرادة الحقيقية للمشرع تظهر من خلال النص الفرنسي[1]، و بالتالي هناك تضييق لسلطة القاضي في تعديل العقد عن طريـــق الإنقـــاص، و كـــلمة "الرد" حسب الأستاذ[2]، توحي بمعنى التعديل عن طريق إنقاص الالتزام المرهق و زيادة الالتزام المقابل.

و يـــبقى رد الالـــتزام المرهق إلى الحد المعقول مجرد وسيلة قانونية، تتحصل في تعديل شروط العقد[3]، أي أن القاضي يتدخل في توزيع عبء الظرف الطارئ و ذلك بإيجاد توازن في شـــروط العقـــد حتى لا نكون أمام تجاوزات فاحشة نتيجة الظرف الطارئ. و يتدخل القاضـــي لتعديل العقد عن طريق الإنقاص سواء تعلق الإنقاص من حيث الكم أو من حيث الكيف.

أ- إنقاص الالتزام المرهق من حيث الكم:

يـــتعهد تاجر مثلا بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى بالتسعيرة الـــرسمية، ثم تقل كميات السكر المتداولة في السوق لحادث طارئ، الأمر الذي يجعل توريد الكميات المتفق عليها أمرا مرهقا، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص من كمية السكر المـــتفق عليها حتى يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أي الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده.[4]

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 197.

[2] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 693.

[3] المرجع نفسه، ص 694، 695.

[4] جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 134.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 63.

حسبو الفزاري، المرجع نفسه، ص 699.

عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 648.

و لا ينصب الإنقاص على كميات و عدد الأشياء، بل ينصب الإنقاص أيضا على قيم الأشـــياء، فإذا أدت الظروف الطارئة إلى انخفاض أسعار السلع مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحـــة، و إرهاق في تنفيذ عقود البيع مثلا، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن ينقص الثمن المتفق عليه بما يزيل الإرهاق أو يخفف منه بالنسبة للمشتري.[1]

أي أن القاضي يتدخـــل لتعديل العقد عن طريق الإنقاص إذا ما لحقت خسارة فادحة و إرهاق بالالتزام العقدي، و يكون ذلك بإنقاص الكمية المتفق عليها إلى درجة الحد المعقول أو قـــد ينصب الإنقاص على قيم الأشياء، كأن يقوم القاضي بإنقاص الثمن في عقد البيع بما يزيل عبء الظرف الطارئ إلى الحد المعقول.

ب- إنقاص الالتزام من حيث الكيف:

يلـــتزم شخص مثلا بتوريد كميات محددة من سلعة معينة و من صنف متفق عليه، ثم تطرأ حوادث استثنائية تجعل الحصول على هذا الصنف بالذات مرهقا للمدين، سواء بسبب ارتفـــاع الأسعار، أو لندرة هذه السلع، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخص للمدين في أن يفـــي بنفس الكمية و لكن من صنف أقل جودة.[2] أي أنه يصعب على المدين تنفيذ الـــتزامه بسبب ظروف طارئة أدت إلى قلة الكمية التي تعهد بها المدين أمام الدائن مما يدفع بالقاضي إلى السماح للمدين بالوفاء بالتزامه، و لكن من صنف أقل جودة.

ثانيًا : زيادة قدر الالتزام المقابل.

إذا أدى وقـــوع حـــادث اســـتثنائي عـــام، و غـــير مـــتوقع إلى ارتفاع فاحش في الأســـــــــعار، و خاصة سعر سلعة متفق عليها، و على تسليمها، فيقوم القاضي في هذه

عبد المنعم فرج الصده، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، المرجع السابق، ص 487،488.

[1] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 701.

جميلة بوحية، المرجع السابق، ص 135.

[2] حسبوا الفزاري، المرجع نفسه، ص 701.

جميلة بوحية، المرجع نفسه، ص 136.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 63، 64.

الحالة بزيادة السعر المبين في العقد، حتى يتحمل الطرفان الزيادة غير المألوفة، و ذلك بزيادة في التزامات الدائن[1]، بهدف الوصول إلى التوازن بين مصلحة الطرفين.

إلا أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني ، النص الفرنسي لم يـــأخذ بوسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل، بل اكتفى بعبارة الإنقاص (Réduire) أما النص العـــربي فاستعمل عبارة "يرد" التي ترادف التعديل، سواء عن طريق الإنقاص، أو زيادة قدر الالتزام المقابل، و لكن المشرع الجزائري لو أراد إضافة وسيلة الزيادة لنص عليها صراحة[2]، كمـــا هو الشأن في المادة 561 من التقنين المدني « ... على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بـــين الـــتزامات كـــل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر ... ».

و نلاحـــظ أن المشـــرع الجزائـــري أخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل كحل اســـتثنائي طبقا للمادة 561 من التقنين المدني ، إلا أن تطبيق وسيلة زيادة قدر الالتزام المقابل نجدهـــا في العقود الملزمة للجانبين، و تجد صعوبة التسليم بها في العقود الملزمة لجانب واحد، لأنه ليس ثمة التزام مقابل.

ثالثًا : وقف تنفيذ العقد.

يـــلجأ القاضـــي إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الظرف الطارئ مقدر له الـــزوال في وقـــت قصير، و أن اللجوء إلى وسيلة الإنقاص أو الزيادة يؤدي إلى اختلال في الـــتوازن الاقتصادي للعقد، و في هذه الحالة يأمر القاضي بوقف التنفيذ لفترة محددة، أو غير محددة من الوقت، حتى تزول آثار الظرف الطارئ.

و مـــثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، و ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا بسبب حادث طارئ أدى إلى وقف الاستيراد، فكان على القاضي في هذه الحالة أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذا الظرف.[3]

---

[1] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 702.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 197، 198.

[3] حسبوا الفزاري، المرجع السابق، ص 702.

أنور سلطان، **أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق، ص 236.

وإن الحكـــم بوقف التنفيذ لا يؤثر على مضمون العقد، سواء من الناحية الموضوعية أو الماديـــة، فتظل الالتزامات فيه طيلة الظرف الطارئ محتفظة بقيمتها و مقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت[1]، أي أن مضمون العقد لا يتأثر بالوقف، إلا أن المشرع الجزائري لم يـــنص عـــلى هذه الوسيلة رغم أنها يمكن أن تكون وسيلة ناجعة لمواجهة الظروف غير المتوقعة.

ويلاحـــظ أن الهدف من إقرار نظرية الظروف الطارئة هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حالة اختلاله، و المحافظة على بقاء العقد و تنفيذه في ظروف حسنة فإن اللجوء إلى فسخ العقد يعني إنهاءه، إلا أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني لم ينص على الفسخ، لا صراحة و لا ضمنيا كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقـــول ، و هذا ما ذهب إليه المشرع العربي، فقد أعطى للقاضي سلطة التعديل دون الفسخ، رغبة منه في الإبقـــاء على العقد، و توزيع تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين دون أن يتحملها الطرف المدين وحده[2]، بعكس المشرع الإيطالي في المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي الذي منح للقاضي وسيلة فسخ العقد في حالة وقوع حوادث استثنائية أدت إلى أن تنفيذ الالتزام أصبح مـــرهقا، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يفسخ العقد بناء على طلب المتعاقدين[3]، أي أن المشـــرع الإيطـــالي قيد وسيلة فسخ العقد نتيجة لوقوع حوادث استثنائية و التي تؤدي إلى إرهـــاق في تـــنفيذ الالتزام بطلب المتعاقدين، فلا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ إلا إذا تحقق شرط مطالبة المتعاقدين به.

جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 136، 137.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 66.

[1] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 702، 703.

[2] جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 131.

[3] حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 685.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 67.

جميلة بولحية، المرجع نفسه ، ص 128،129.

و تـــنص المـــادة 1467 من القانون المدني الإيطالي « في العقود ذات التنفيذ المستمر، أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل، إذا أصبح الـــتزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، و للمتعاقد آخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع روح العدالة ».

و لكن المشرع الجزائري، و استثناء على نص المادة 3/107 من التقنين المدني ، قد خول للقاضي بموجب أحكام المادة 3/561 من التقنين المدني سلطة فسخ العقد « ... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد ».

كما أن إقرار الفسخ كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لا يترتب عنه التعويض، بل هناك إعفاء للمدين عكس المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، كما أننا لا نرى جدوى من الفسخ إذا كان يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية.

الفرع الثاني : تعديل الشرط الجزائي.

يتدخل القاضي لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض سواء كان الشرط الجزائي مفرطا (مبالغ فيه)، أو إذا قام المدين بالتنفيذ الجزئي لالتزامه طبقا لأحكام المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري. و استثناء، فإن المشرع منح للقاضي سلطة التعديل عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما طبقا للمادة 185 من التقنين المدني الجزائري، و هذا ما نبرزه في النقاط التالية :

أولاً : تخفيض الشرط الجزائي.

لكي يمارس القاضي سلطته في التخفيض، وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرطا أو مبالغا فيه، و أن يتم تنفيذ جزئي للالتزام الأصلي.

أ- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التّعويض المفرط فيه:

نصـــت المـــادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري « و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا »، فالمشرع استخدم مصطلح "الإفراط"، عكـــس المشـــرع المصري،الذي استعمل عبارة « مبالغا فيه إلى درجة كبيرة »، طبقا لنص المادة 1/224[1] من القانون المدني المصري.

و الإفراط معناه عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه، و الضرر اللاحق بالدائن مما يؤدي إلى تعسفات[2] ، أي أن يكون تفاوت كبير بين التعـــويض المتفـــق عليه و الضـــرر اللاحق بالدائن مما يترتب عنه إلحاق ظلم بأحد المتعاقدين، كما أن عدم التناسب وحـــده غير كاف لإضفاء صفة الإفراط،بل يجب أن يكون هذا الأخير كبيرا حتى يتدخل القاضي في تقدير الإفراط، فإذا ما تبين له بأن هناك عدم تناسب فاحش، وجب عليه القيام بالتعويض.

- تقدير القاضي للإفراط.

لم تـــنص المادة 184 من التقنين المدني الجزائري صراحة على كيفية التقدير، ولا على العناصر التي يمكن للقاضي أن يستند عليها في تقديره، إلا أنه جرى العمل باللجوء إلى المعيار الموضـــوعي، و الذي مفاده مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن، أي عـــدم التناسب الفاحش، و كذلك اللجوء إلى المعيار الذاتي و الذي مفاده تقدير المسؤولية التعاقدية للمتعاقدين، مثل الظروف الشخصية للمدين من حسن نية أو سوئها[3]، أي يقتصر المعيار الذاتي على الظروف الشخصية المحيطة بالمتعاقدين كحسن و سوء نية المدين، و حتى يمـــارس القاضي سلطته في التخفيض وجب أن تكون المبالغة كبيرة، لأنه يترتب عليه إثراء

---

[1] المادة 224 / 1 من القانون المدني المصري " يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"

[2] Jean Carbonnier, **Droit Civil, Les Obligations**, Tome 4, Op. Cit., p. 292.
Ramdane Zerguine, Op. Cit., p. 64.

عبد الله بجاري، المرجع السابق، ص 188.

[3] Jean Carbonnier, IBID, p. 294.

عبد الله بجاري، المرجع نفسه، ص 189، 190 .

الدائـــن عـــلى حساب المدين[1]، و على القاضي أن ينظر أثناء تقديره، فيما إذا كان عدم التناســـب فاحشـــا أو معقـــــولا، و أن يراعي مصالح الأطراف بهدف إيجاد التناسب بين الضـــرر، و قيمة التعويض و التخلص من كل التجاوزات التي تلحق ظلما بأحد المتعاقدين، على أساس العدالة، و إذا كان عدم التناسب معقولا فلا جدوى من إجراء عملية التخفيض.

أما إذا تبين أن عدم التناسب فاحش، فبعد انتهاء القاضي من عملية التقدير، ينتقل إلى عملية التخفيض وفقا لما يراه مناسبا.

- تخفيض القاضي للإفراط.

يســـتند القاضي في تدخله لتخفيض مقدار التعويض إلى المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائـــري « و يجـــوز للقاضـــي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ».

فالمشـــرع خول للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون تحديد طريقة، أو عناصر يســـتند عـــليها، فسكوته تعبير ضمني بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبدأ العدالة، كما له الحرية الكاملة في ممارسة سلطته للتدخل في التعديل.[2]

إذا مـــا تـــبين له أن المبالغة كانت فاحشة في الشرط الجزائي، و ترتب عنها إجحاف بـــالمدين[3]، أي إذا كانت هناك مبالغة في تقدير قيمة التعويض و ألحق ظلم بالمدين، فيقوم القاضـــي في هذه الحالة بإيجاد التوازن بين قيمة التعويض و الضرر اللاحق بالدائن، كما يقع عليه عبء البحث عن نية المدين فيما إذا كانت حسنة أو سيئة من خلال الظروف الملابسة للعقد[4]، و هذا ما يطلق عليه بالمعيار الذاتي، إضافة إلى ذلك فالقاضي يسعى للمحافظة على اســـتمرار و استقرار المعاملات بما يوجبه تنفيذ العقود من حسن نية و نزاهة و الابتعاد عن

---

(1) *Sylviane Sanz*, **(La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 09 Juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale)**, Revue Trimestrielle de Droit Civil., n° 2, 1977, p. 273

(2) *Jean Thilmany*, **(Fonctions et révisibilté des clauses pénales en droit comparé.** Revue internationale de droit comparé, n° 1, 1980, p. 90.

(3) عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 82.

(4) *Jean Thilmany*, Op.Cit., p. 26.
Sylviane Sanz, Op.Cit., pp.280, 281.
عبد الله بجاري، المرجع السابق، ص 192.

الإجحاف الذي قد يصيب أحد الأطراف، و يقع عبء الإثبات على المدين إذا كان مقدار الشـــرط الجزائي مبالغا فيه، و هذا ما تبنته محكمة النقض المصرية[1] ، " إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة فيجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيض التعويض المتفق عليه ".

ب- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي:

تـــنص المـــادة 2/184 مـــن التقنين المدني الجزائري « و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين ... أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ».

و مفاده قيام المدين فعلا بتنفيذ التزامه، إلا أنه توقف في جزء منه، و أن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد ألحق ضررا بالدائن، و ليس من العدل أن يلزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كليا.

كمـــا يجوز للأطراف التوقع مسبقا حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، و إدراجه في الاتفاق[2]، و ذلك طبقا للعقد شريعة المتعاقدين، لأن القاضي ملزم باحترام إرادة الأطراف، و لا يكـــون الالتزام الأصلي قابلا للتنفيذ الجزئي إلا إذا كان قابلا للانقسام، و إن مسألة قابـــلية أو عـــدم قابلية الالتزام الأصلي للانقسام، هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضـــي الموضوع[3]، حيث منحت المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة، إلا أنه يعاب عنها أنها ناقصة، بحيث لم تحدد للقاضي العناصر التي يعتد بها سواء في التقدير أو التخفيض. و يلزم القاضي بالقيام بعملية التخفيض في حالة ما إذا طلب المديـــن منه ذلك، و تحقق الضرر فعلا للدائن، و أثبت المدين أنه فعلا قد قام بتنفيذ جزئي للالـــتزام الأصلي، و يراعي القاضي أثناء عملية التخفيض الضرر اللاحق بالدائن، و يقارنها بالفائدة التي عادت إليه[4]، أي يقوم بعملية المقارنة على عنصري الضرر و الفائدة.

---

[1] نقض جلسة 1967/11/14، س 18 مج فني مدني، ص 1977. انظر:
معوض عبد التواب، المرجع السابق ،ص 454، 455.

[2] Philippe Delebecque, (**Régime de la réparation**), Juris classeur civil art1382-1386, Fasc 212, p.18.

[3] Ibid, p.18.

عبد الله بجاري، المرجع السابق، ص 193.

[4] المرجع نفسه، ص 195.

أمـــا إذا لم يتحقق الضرر فعلا فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي، و هذا ما نصت عـــليه المادة 1/184 من التقنين المدني الجزائري، و من خلال عنصر الفائدة يتبين للقاضي ما إذا تحققـــت مصلحة الدائن في التنفيذ الجزئي أم لا[1]، كما أن القاضي لا يسعى إلى البحث عـــن مساواة حقيقية بين الضرر اللاحق بالدائن، و مقدار التعويض بل يكفيه التخلص من الـــتجاوزات الفاحشـــة من جهة، و أن يراعي مصلحة الدائن من جهة، و حقه في ضمان التنفيذ من جهة أخرى، و من باب العدالة، أن لا يتحمل المدين شيئا لم يقم به.[2]

و عـــليه فالقاضي لا يتوقف على عنصري الضرر و الفائدة، بل يلجأ إلى البحث عن عناصـــر أخـــرى تتماشـــى مع مبدأ العدالة العقدية، فهو يبحث عن النية الحسنة أو السيئة للمدين، فإذا تبين للقاضي أن المدين كان سيئ النية في تنفيذه الجزئي للالتزام، فإن المدين في هـــذه الحالة لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه. كما لا يمكن للدائن الجمع بين التنفيذ العيـــني و التنفيذ بالمقابل، القاضي ملزم باحترام إرادة الأطراف في حالة الاتفاق على التنفيذ الجـــزئـــــي، و بالتالي ملزم بالأخذ به كمرجع، كما يمكن له القيام بعملية التخفيض، إذا كان هناك فعلا مبالغة كبيرة في مقدار التعويض.

ثانياً : زيادة الشرط الجزائي.

تنص المادة 185 من التقنين المدني الجزائري « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ».

فالمشـــرع الجزائري قد حرم على القاضي التدخل من أجل الزيادة في الشرط الجزائي بصفة مبدئية، إلا أنه و استثناء على ذلك، قد خول له رخصة الزيادة في حالة ما إذا توفرت العناصـــر الـــتالية : أن يلحق بالدائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه، و أن يكون هذا الضرر ناتجا عن الخطأ الجسيم للمدين، أو عن غشه.

---

[1] Ramdane Zerguine, Op. Cit., p. 66.

[2] عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 90.

أ- زيادة مقدار التّعويض بسبب غشّ المدين أو خطئه الجسيم:

لكي يستفيد الدائن من أحكام الزيادة المنصوص عليها في المادة 185 من التقنين المدني الجزائـــري، وجب عليه أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، و أن الضرر اللاحق بالدائن أكبر بكثير من قيمة مقدار التعويض المتفق عليه.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي عن طريق الزيـــــــادة، و يســـعى القاضي إلى زيادة مقدار التعويض حتى يتساوى مع الضرر الواقع[1]، فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن النية الحسنة أو سوئها، و سوء النية واجب الإثبات و يقع عبؤها على الدائن، لأنه ملزم بإثبات أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة جاز للقاضي زيـــادة مقدار التعويض حتى يتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن من جهة، و تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتعويض من جهة أخرى.

و بالتالي فالحكم للدائن بالتعويض الإضافي أساسه الغش و الخطأ الجسيم، لأن الطرفان لم يـــتوقعا ذلك في الاتفاق، و لهذا فالدائن يطالب بالتعويض غير المتوقع، و مصدره الضرر الـــناجم عـــن غش المدين، و خطئـــــه الجسيم، و كذا التعويض المتوقع ومصدره الشرط الجـــزائي[2]. وعليه للدائن الحق في المطالبة بالتعويض و يكون أساسه غش المدين و خطؤه الجســـيم و كذا الشرط الجزائي، ففي الأولى نكون أمام تعويض غير متوقع، أما الحالة الثانية فأمام تعويض متوقع.

---

[1] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 97 ، 98.

[2] François Chabas, (**La réforme de la clause pénale, Loi n° 75-597 du 09 Juillet 1975**), Recueil Dalloz, chronique XXXIX, 1976, p. 230.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية[1] إلى اعتبار" أن المدين الذي يرتكب غش وخطأ جسيم عن قصد وذلك بأن يرفض تنفيذ التزاماته العقدية حتى وإن كان هذا الرفض لا يتعلق بقصـــد الإضرار بالمتعاقد الآخر وعليه يحكم بزيادة مقدار التعويض عن التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي" .

كمـــا أنـــه لا يجوز للمدين اشتراط الإعفاء، أو التخفيف من مسؤوليته بالتعويض في حـــالتي ارتكـــاب غـــش أو خطأ جسيما، لأن هذا الاشتراط لو وضع لكان مشجعا على ارتكـــاب الغش و دون خشية من الجزاء و هذا ما يخالف النظام العام[2]، لأن السماح بهذا الاشـــتراط يشـــكل في حد ذاته خرقا للقانون، و بالتالي لا تصبح للشرط الجزائي أي قيمة قانونية و لا فعالية و بالتالي لا جدوى من إدراجه في العقد.

أمـــا إذا كان الشرط الجزائي أقل من الضرر الواقع، ففي هذه الحالة لا يقوم القاضي بزيادة مقدار التعويض لمساواته مع الضرر اللاحق، بل يحكم به كما هو[3]، و يكون الشرط الجـــزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف أو إعفاء من مسؤوليته، و الإعفاء جائز في المسؤولية العقدية طبقا لأحكام المادة 2/178 من التقنين المدني الجزائري.[4]

كمـــا أنه لا يمكن للقاضي زيادة مقدار التعويض ليتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن، لأن تخفيـــف المسؤولية الناتج عن الغش أو الخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين جائز طبقا للمادة 2/178 من التقنين المدني الجزائري.

و عليه فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن حسن النية و سوئها، و له الحرية الكاملة في رفض طلب الدائن الرامي إلى الزيادة في مقدار التعويض، إذا ما تبين له أن المدين كان على حسن نية، و نكون أمام حالة الزيادة إذا ما تبين للقاضي أن المدين سيئ النية.

---

(1) Cass civ 1re ch , 04 fevrier 1969 , Recueil Dalloz , jurisprudence, 1969, p.77

(2) مصـــطفى أحمـــد الـــزرقا، **شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام، أحكام الالتزام في ذاته**، الطبعة الأولى، مطابع دار الحياة: دمشق، 1964، ص 73.

(3) عبد الرزاق السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 877.

(4) المادة 2/178 ق م ج « و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ... ».

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

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

أما بالنسبة للوسائل التي يستخدمها القاضي لتعديل الشرط الجزائي، فهو يلجأ إما إلى تخفيضـــه إذا كان مفرطا أي أن يكون التعويض المتفق عليه مبالغا فيه طبقا لأحكـــام المادة 2/184 مـــن التقنين المدني الجزائري، و للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال بالاعتماد على عدة عناصر، و نكون أمام وسيلة التخفيض إذا تم تنفيذ الالتزام جزئيا، و كذا في حالة اتفاق الأطراف على التنفيذ الجزئي.

كما يمكن له اللجوء إلى زيادة الشرط الجزائي إذا ما تبين له أن المدين قد ارتكب غشا أو خطـــأ جســـيما طـــبقا لأحكام المادة 185 من التقنين المدني، إلا أننا لاحظنا أن المشرع الجزائـــري قصر سلطة زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين و خطئه الجسيم، فيكون بذلك قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، ففي حالة ارتكاب المدين مثلا لخطأ يسير و نجم عنه ضرر فادح، فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر[1]، و نكون أمام اللاعدالة، عكس ما تهدف إليه دراستنا من القيمة العملية للتعديل، و لهذا وجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 185 من التقنين المدني ، فيكون القاضي أحيانا ملزما بإعادة التوازن العقدي، كلما توفرت الشروط القانونية لتدخله، و كلما اقتضت العدالة من إنصاف الطرف المتضرر بما يحقق استقرار المعاملات بين الأفراد.

---

[1] عبد الله بخاري، المرجع السابق، ص 215.

المطلب الثاني : القيود الواردة على سلطة القاضي.

إذا كان المشرع الجزائري قد خول للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد سواء بسبب الظـــروف الطارئة، أو الشرط الجزائي، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بمجموعة من الضوابط تضمن عدم تعسفه في استعمال سلطته، نلخصها في فرعين هما :

الفـــرع الأول : القيـــود الـــواردة على سلطة القاضي بمناسبة نظريّة الظّروف الطّارئة.

يتجسد تدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة برد الالتزام المرهق إلى الحـــد المعقـــول، إلا أن ســـلطته في التعديل ليست مطلقة بل مقيدة بمجموعة من الضوابط القانونيـــة الـــتي تهـــيمن على سلطة القاضي في التدخل[1]، و أهم هذه الضوابط: مراعاته لـــلظروف المحيطـــة بالقضية، الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، و رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

أولاً : مراعاة القاضي الظّروف المحيطة بالقضيّة.

طبقا للمادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري « ... أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصـــبح مســـتحيلا صـــار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف ... »، و منه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، تبعا للظروف، و أن عـــبارة "تـــبعا للظروف" لم تأت عبثا بل قصد منها المشرع تقييد ســـلطة القاضي[2]، و القاضي مثلا ملزم باللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد بدلا من الزيادة في الالتزامات المقابلة، أو الإنقاص إذا ما تبين من الظروف أن الحادثة الاستثنائية وقتية و قريبة الزوال.

---

(1) حسبوا الفزاري، المرجع السابق، ص 615.

(2) المرجع نفسه، ص 615. عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 60. جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 138.
نقض جلسة 1969/11/11 ، س 20 ، مج فنى مدني ، ص 1193 ، أنظر : معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 239.

ثانيا : الموازنة بين مصلحة المتعاقدين.

يقتصـــر هـــذا القيـــد على توزيع عبء الظرف الطارئ بين المتعاقدين، أي لا يمكن للقاضي أن يرفع الإرهاق كليا عن المدين و يضعه على عاتق الدائن[1]، لأن نظرية الظروف الطارئـــة لا تهدف إلى رفع الإرهاق كليا، لهذا وجب على القاضي أثناء قيامه بتوزيع عبء الظـــرف الطارئ بين المتعاقدين من توخي الدقة[2]، بهدف تحقيق العدالة العقدية، و هذا ما تضـــمنته المـــادة 3/107 مـــن التقنين المدني الجزائري « ... جاز للقاضي ... و بعد مراعاة لمصـــلحة الطـــرفين ... »، أي وجب على القاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن يراعي مصلحة الطرفين، و على القاضي الابتعاد أثناء تطبيق نظرية الظروف الطارئة عن كل ظـــلم يسببه لأحد المتعاقدين، لأن وظيفته طبقا لنظرية الظروف الطارئة تقتصر على تحقيق التوازن العادل لأطراف العقد.

ثالثًا : ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

خول المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني [illegible] للقاضي ســـلطة رد الالـــتزام المـــرهق إلى الحد المعقول، و رد الالتزام المرهق يكون إما بإنقاص في الالـــتزامات التعاقدية، أو زيادة في الالتزامات المقابلة، أو وقف تنفيذ العقد، إضافة إلى ذلك فهناك من يأخذ بالفسخ، إلا أن وقوع حادث طارئ عام غير متوقع يؤدي إلى إرهاق المدين في تنفيذ التزامه العقدي.

---

(1) نقض جلسة 1969/11/11 ، س 20 ، مج فني مدني ، ص 1193 ، أنظر : معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 239 إلى 240 " متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ ، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا إلى الحد المعقول، وهو حين يختار – في حدود سلطته التقديرية – الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه ، لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده لكن يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويجعلها على الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هـــذه الخسارة التي ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول بتحمل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما " .

(2) جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 138 إلى 139.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص61 .

حسبوا الفزاري، المرجع السابق، ص 613 ، 614.

ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، و ذلك في حـــدود المعقول[1]، و بالرجوع إلى عبارة "الرد" نستنتج أن المشرع العربي قد خول للقاضي سلطة التعديل دون سلطة فسخ العقود[2]، إلا أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يمكن التصـــور معـــه تقسيم عبء الظرف الطارئ بالمساواة بين المدين و الدائن، و ذلك بمراعاة حدود المعقولية، أي على القاضي أن يراعي ظروف كل قضية على حدة، و مصلحة طرفي العقـــد دون إلحـــاق خســـارة بأحدهما أو كليهما، و كذا نجاعته في اختيار الوسيلة لإزالة الإرهاق إلى الحد المعقول.

الفـــرع الثاني : القيود الواردة على سلطة القاضي بمناسبة الشرط الجزائي.

إن إقرار المشرع للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، وجد لحماية الطرف الضعيف، إلا أن ســـلطته ليســـت مطلقة، بل مقيدة، لأن إطلاقها يؤدي بالضرورة إلى ظلم الطرف الضـــعيف أو الســـماح بإثراء أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون قيام القاضي بدوره كأمين على العدالة، و لهذا يكون تدخل القاضي مقيدا في جميع مظاهر سلطته.

- فلا يجوز للقاضي ممارسة سلطته في التعديل، إلا إذا بلغ الشرط الجزائي درجة كبيرة مـــن الارتفاع، أو الانخفاض، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالطرف الضعيف، و بالتالي خرق مقتضيات العدالة[3].

و القول أن درجة الإفراط تشكل قيدا في تدخل القاضي، لأن الارتفاع أو الانخفاض البســـيط لا يؤخذ به في تدخل القاضي، و لا يشكل قيد على سلطته فمثلا، إذا كان مقدار الضرر يقدر بـــ 3.000 دج و قيمة الشرط الجزائي تساوي 6.000 دج، ففي هذه الحالة رغم ارتفـــاع النسبة نوعا ما، إلا أننا لسنا بصدد الإفراط، و نكون أمام حالة الإفراط، إذا كان مقـــدار الشـــرط الجزائي يقدر بـــ 8.000 دج، و بما أن للقاضي الجزائري الحرية الكاملة في

---

(1) نقض جلسة 1973/12/23 ، س 23 مج فني مدني ، ص799 ، أنظر: معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 241 .

(2) حسبوا الفزاري، المرجع السابق، ص 623.

عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 61.

(3) عبد الحميد بن شنيتي، المرجع نفسه، ص 81.

تخفيض الشرط الجزائي، إلا أنه جرى العمـــــل، أو يحبذ تخفيض الإفراط في حدود ما بين 6.000 دج إلى 8.000 دج أي حصـــر تخفيـــض الإفـــراط[1]، فحصر تخفيض الإفراط يعني بالضـــرورة التكفل لحماية مصالح الأطراف، و يكون القاضي ملزما بتسبيب حكمه، سواء تعـــلق الأمـــر بالإفـــــراط أو التنفيذ الجزئي، أو حتى زيادة مقدار التعويض، فهي مسائل قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، و إن قضاة الموضوع ملزمون بتسبيب أحكامهم في حالة قبولهم التعديل [2]، وذلك بتبيان المبلغ المتفق عليه كان مبالغا فيه.

- كمـــا يـــتقيد القاضـــي بمبلغ الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئـــــي للالتزام الأصلي، و يتفق هذا الحل مع روح القانون و إرادة الأطراف[3]، أي تكريس إرادة الأطراف في حالة اتفاقهم المسبق على التنفيذ الجزئي و بالتالي حماية مصالح الأطراف و دون إجحاف بـــأحدهم، فيقوم القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب مراعيا مصلحة المدين و الدائن، فلا يتحمل المدين مضاعفة لالتزاماتـــــــــه، و لا يخسر الدائن حقه في ضمان تنفيذ الالتزام[4]، و بالتالي فالقاضي مقيد بالوصول إلى حد يتناسب فيه الضرر مع قيمة الشرط الجزائي دون تحقيق المساواة.

فمثلا قيام تاجر الجملة بالاتفاق مع تاجر التجزئة بأن يورده 1.000طن من سكر، و تم تحديد مبلغ التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بـــ 10.000دج، إلا أنه عند حلول أجل التنفيذ لم يورد المدين إلا 500طن، فللقاضي طريقتان في التخفيض :

إمـــا أن يخفـــض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء المتبقي من التنفيذ للالتزام، فالمبلغ المستحق إذن 5.000دج.

أما الطريقة الثانية فهي أن يعتمد القاضي في تخفيضه للشرط الجزائي على الضرر الحقيقي اللاحق بالدائن، و الذي يمكن أن يجاوز أو يقل عن نسبة التنفيذ، فهو يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقـــــي الذي لحق الدائـــــن،

---

(1)Ramdane Zerguine, Op.Cit., p,64.

(2) Bernard Boubli, **(La mort de la clause pénale ou le declin de l'autonomie de la volonté)**, Journal des notaires, 1976, I, 43048, p,958. cass civ , 26 avril 1978 , Bull. Civ. , 4 , I, n ° 160 .

(3) عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 91.

(4) المرجع نفسه، ص 93.

و هـــذا مـــا تبنته محكمة النقض المصرية[1]، إلا أنه لا يمكن الأخذ بالطريقتين، فالأولى أوتوماتيكية، و أقل عدالة. أما الطريقة الثانية، فتطبق القواعد العامة للتعويض دون النظر إلى طبيعة الشرط الجزائي[2]، و لا يمكن في كامل الأحوال الاعتداد بهذين العنصرين أثناء عمـــلية تعديل الشرط الجزائـــي بنسبة ما نفذ من الالتزام،لأن نصف الذي تم تنفيذه ليـــس بالضـــرورة أنـــه شكل فائدة للدائن[3]، لأن نسبة التنفيذ لا تعني تحقيق العدالة، فالدائن قد لا يتضرر، و القاضي لا يسعى إلى البحث عن مساواة حقيقية، بل التخلص مـــن التجاوزات الفاحشة، لأن القاضي لا يتوقف على الفائدة و الضرر، بل يلجأ إلى عناصر أخرى تتماشى مع العدالة العقدية من حسن النية و سوئها، لأن المدين إذا كان ســـيئ الـــنية، فإنه لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه في التنفيذ الجزئي، فهو مقيد بإرادة الأطراف إذا تم الاتفاق المسبق على التنفيذ الجزئي، و يكون التخفيض في حدود التناسب مع الضرر الناجم.

- و يـــتقيد القاضـــي بحسن النية الذي يفترضه، لأن تنفيذ العقد طبقا لأحكام المادة 1/107 مـــن التقنين المدني الجزائري واجب التنفيذ وفقا لمضمونه و بحسن نية، أي أن المدين مـــلزم بتنفيذ التزامه الأصلي، أما في حالة زيادة مقدار التعويض بسبب غش المدين أو خطئه فســـوء النية هنا واجب الإثبات، و يقع عبؤها على الدائن، لأن هذا الأخير ملزم بإثبات أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة جاز للقاضي زيادة مقدار التعويض، حتى يتســـاوى مع الضرر اللاحق بالدائن من جهة، و تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتعويض من جهة أخرى.

- كما يتقيد القاضي في ممارسة سلطته على طلب أحد المتعاقدين[4]، الذي يكون قد تضـــرر من عدم التناسب بين الضرر اللاحق به، و مقدار التعويض، لأن القاضي مقيد بمبدأ « لا يحكم القاضي إلا بما يطلبه الخصوم » و إلا كان متعسفا في استعمال سلطته.

---

(1) 1962/12/27م نقض مصرية – 13 – 1238، و نفس المعنى 55/02/17 – م نقض مصرية – 46 – 265 راجع : محمد كمال عبد العزيز، **التقنين المدني في ضوء القضاء و الفقه**، مكتبة القاهرة الحديثة، مطابع مدكور و أولاده: القاهرة، 1963، ص 228.

(2) *Ramdane Zerguine*, Op.Cit., p. 66.

(3) عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 90.

(4) François Chabas, op. cit., p.234

الخلاصـــــــة.

إذا كـــان للأطـــراف الحـــرية الكامـــلة في إدراج الشـــروط التي يرونها مناسبة في العقـــــــــد، و ذلك حماية لاستقرار المعاملات من جهة، و حماية مصالحهـــم من جهة أخـــــــــرى، فغالبا ما تصادفهم ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، تؤدي إلى إرهاق في تنفيذ الالتزام العقـــــدي، و حتى يتمكن القاضي من إعادة التوازن الاقتصادي للعقد عن طريق تعديله، وجب توفر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري، لأن الهدف من إقرار المشرع لهذه النظرية هو حماية الطرف الضعيف الذي لحقته خسارة فادحة، و ذلك بإزالة عبء الظرف الطارئ، لأنه ليس من العدل أن يتحمل المدين الإرهاق لوحده بمجرد التزامه بالعقد.

أما في حالة اتفاق الأطراف بصورة مسبقة على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالـــة إخلال المدين بالتزامه أو تأخره في تنفيذه، و يتحاشى غالبا تدخل القاضي لتقدير التعويض، لكونه يتنافى مع طبيعة الشرط الجزائي، و يهدف إلى ضمان تنفيذ العقود بصورة أولـــــى[1]، و مع ذلك يجد الأطراف أنفسهم أحيانا أمام القضاء للمطالبة بتعديل الاتفاق نتـــيجة الاختلال في التوازن العقدي، أو ظلم يلحق بأحد المتعاقدين، ويشترط لتدخله توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي، و أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرطا، أو تم تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي، و في حالة استخدام المدين لغش أو خطأ جسيم.

كما تبقى للقاضي الحرية في القبول أو الرفض، لهذا وجب على المشرع جعلها إلزامية حـــتى يضـــمن أكثر عدالة للمتعاقد المتضرر و أن بقاء النص كما هو الحال عليه لا يخدم مصـــالح الأطـــراف، لهذا وجب على المشرع إضفاء صفة النظام العام على سلطة القاضي للـــتدخل في الـــتعديل مـــن جهة، و إثـــارته للشرط الجزائي من تلقاء نفسه كلما توفرت الشروط القانونية، كما أن المشرع لم يمنح للقاضي معايير، و لا عناصر التقدير و التخفيض، بـــل جـــاءت النصوص عامة مما يؤدي إلى صعوبة في تطبيقها من قاضي إلى آخر، فما يراه

---

[1]Jean Carbonnier, **Droit Civil, les obligations**, Tome 4, Op.Cit., P.293.

قاضي بأنه من العدالـــــة فحتما لا يراه القاضي الآخر كذلك مما يؤدي إلى كثرة الأحكام و تذبذبهـــا من محكمة إلى أخرى لأن العدالة هي أمر نسبي متغير تختلف باختلاف شخصية القضاة و قناعتهم.

و عـــليه ففـــي كلـــتا الحالتين للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد لحماية الطرف الضعيف، و كذا تحقيق المساواة و العدالة بين الطرفين، سواء نتيجة الإرهاق، أو الإفراط في الشرط الجزائي و الأهم من ذلك بقاء العلاقة العقدية و استمرارها بما يخدم تبادل العلاقات الاقتصـــادية و ذلك بالإنقاص أو الزيادة أو الفسخ بمناسبة نظرية الظروف الطارئة، و كذا تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مفرطا أو تم تنفيذ جزئي للإلتزام الأصلي أو الزيادة في حالة غـــش المدين وبمناسبة خطئه الجسيم، كل هذه الوسائل تدعم التعديل كآلية للمحافظة على العقد.

الخاتـــمـــة

توصلنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى أنه لا يمكن اعتبار الرابطة العقدية قاعدة مطـــلقة غـــير قابـــلة للمساس، بل بالعكس تكون في بعض الأحيان محل إعادة تنظيم أثناء تنفيذها، بالتغيير في عناصر العقد أو شروطه.

و أثناء الإجابة عن الإشكالية المطروحة في البحث عن إمكانات التدخل لتعديل العقد خلصنا إلى وجود ثلاثة إمكانات مقتصرة على المشرع و الأطراف و القاضي.

كمـــا انطلقت دراستنا القانونية على أساس المادة 106 من التقنين المدني الجزائري التي استخدمت مصطلح التعديل كاستثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" و أباحت تعديل العقد للأطراف و للأسباب التي يقررها القانون.

كما لاحظنا في التعديل الاتفاقي أن رغبة الأطراف في إنقاذ العقد تدفع بهم إلى تركيز جهودهـــم على التعديل كتصرف قانوني يقتصر على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقـــد أو اعتـــبار الـــتعديل وسيلة للتعاون بين الأطراف من جهة و بقاء العقد مواجهة للظروف المـــتوقعة أو غـــير المتوقعة من جهة أخرى، و ذلك باستخدام آليات تتمثل في البنود، دون تجاهل الحيطة و الحذر كبند عرفي (ما جرى عليه العمل) بشرط أن تتماشى هذه الآليات مع مصالح الأطراف الاقتصادية ،و تضمن في الوقت نفسه مساواة حقيقية في الالتزامات المتقابلة بين الأطراف.

كمـــا أن حـــرية الأطراف في تعديل العقد ليست مطلقة بل مقيدة بعدم التعسف في استعمال الحق، حسن النية، والكتابة في بعض العقود التي تكون فيها ركن للإنعقاد.

و تـــثار الصـــعوبة في الـــتعديل الاتفاقي كون حرية الأطراف في تغيير عناصر العقد الأصـــلي، سواء بالزيادة أو الإنقاص يترتب عنها تغيير في مضمون العقد، و بالتالي تغيير في مصير العقد الأصلي، فنكون أمام نفس العقد الأصلي في حالة بقاء الشروط الجوهرية للعقد و الشـــروط الثانوية، و نكون أمام عقد جديد في حالة التغيير في الشروط المدرجة في العقد الأصـــلي ،ممـــا يؤدي إلى التغيير في التكييف القانوني للعقد ، أو في حالة التغيير الوارد على خصائص الشيء المستبدل.

و يستمد الأطراف سلطة التعديل من مبدأ سلطان الإرادة.

و لاحظـــنا في الـــتعديل القانوني أن العقد أداة قانونية يمنحها المشرع للأفراد لتبادل العمليات الاقتصادية، إلا أن هذه الأداة قد لا تكون فعالة إذا ما تعرض العقد أثناء تنفيذه إلى ظـــروف غير متوقعة أدت إلى اضطراب في المعاملات و اختلال في التوازن العقدي، و هنا يتدخل المشرع لتعديل العقد رغم الانتهاك الصارخ لمبدأ سلطان الإرادة، و ذلك لما تقتضيه المصلحة العامة من استقرار المعاملات و حماية الفئة الضعيفة.

فـــتعديل المشـــرع للعقد ليس مطلقا بل مقيد بمبدأ عدم رجعية القوانين طبقا لأحكام المادة 02 من التقنين المدني الجزائري، و مع ذلك فإن هذا المبدأ غير دستوري، و لهذا وجب على المشرع أن لا يتدخل في العقد إلا عند الضرورة القصوى متقيدا بالعـــــدل و الحيطة و العقل احتراما لإرادة الأطراف.

أمـــا التعديل القضائي لم يعد يقتصر دور القاضي فيه على تفسير العقود و تنفيذها بل تعداها إلى سلطة التعديل التي يخول بمقتضاها المشرع للقاضي رخصة التدخل في العقد،

و اقتصـــرت دراســـتنا في التعديل القضائي على نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام المادة 3/107 مـــن التقـــنين المدني الجزائري، و الشرط الجزائي طبقا لأحكام المواد 184 و 185 من التقـــنين المدني الجزائري، أما القاضي فلا يمكن له ممارسة سلطته في التعديل إلا إذا توافرت الشـــروط القانونيـــة المنصوص عليها في المواد أعلاه، فإذا لم تتحقق هذه الشروط و تدخل القاضي اعتبر متجاوزا في استعمال سلطته.

أما إذا تحققت الشروط القانونية المنصوص عليها في المواد المذكورة أعلاه. فهنا يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقـــــدي و القضاء على الظلم الفاحش اللاحق بأحد المتعاقدين، و بالـــتالي تكريس العدالة العقدية، كما لا يمكن حصر أسباب التعديل لارتباطها بتوجهات اقتصادية و اجتماعية و سياسية متغيرة كالمصلحة العامة، العدالة، حسن النية، ... الخ.

للقاضـــي الحرية الكاملة في القبول أو الرفض، لهذا وجب على المشرع جعلها إلزامية حتى يضمن عدالة أكثر للمتعاقد المتضرر، و لأجل ذلك أيضا وجب على المشرع الجزائري إضفاء صفة النظام العام على سلطة القاضي للتدخل.

و سلطة القاضي في تعديل العقد ليست مطلقة بل مقيدة بعدة ضوابط و ذلك حفاظا على عدم تجاوزه في استعمال سلطته، لهذا وجب إخضاع سلطته لرقـــابة المحكمة العليا، و ذلك بالابتعاد عن تذبذب الأحكام.

كمـــا لاحظنا أن تدخل الأطراف لتعديل العقد يضمن مرونة العلاقات العقدية ، إلا أن تدخـــل المشـــرع و القاضي يشكلان انتهاك للقوة الملزمة للعقد و مساسا بمبدأ سلطان الإرادة لدى أنصار هذا المبدأ، إلا أن الواقع أن تدخلهما قد وجد لحماية مصـــالح الأطراف و القضاء على كل ظلم قد يلحق الطرف الضعيف ويسهل تنفيذ العقد.

كما أن التعديـــــل كإجراء ينصب على إعادة تنظيم الرابطة العقديـــــة، وذلك بالإنقاص أو الزيادة في عناصر العقد.

و الـــتعديل وسيلة لحماية العقد من مخاطر الفسخ، و مخاطر عدم التنفيذ، وما يترتب عنهما مـــن عـــدم الاستقرار في المعاملات بين الأفراد. كما أنه وسيلة إيجابية للقضـــــــاء على الاخـــتلال في التوازن العقـــــــدي، قد يستخدمه المشرع أو الأطراف أو القاضي، كلما اقتضت اعتبارات الواقع ذلك، و تتمثل إيجابيته في أهمية العملية في المحافظة على بقاء العقد، رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة، لأن التعديل يسعى إلى تحقيق المصلحة الاقتصادية بما تقتضيه مبادئ العدالة.

كما أن التعديل يبقى كاستثناء على قاعدة ((العقد شريعة المتعاقدين)) ولا يجوز أن يكون الـــتعديل قـــاعدة عامة لأنه يشكل خرقا لعدة مبادئ قانونية منها مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد، ولهذا نفضل حصر التعديل كاستثناء في نظرية الالتزام.

قائمة المراجع

أولا:باللغة العربية

أ – المراجع العامة

1- **البداوي محمد علي:**

النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة: طرابلس، 1993.

2 - **البدراوي عبد المنعم:**

النظرية العامة للالتزامات ،دراسة مقارنة في قانون الموجبات و العقود اللبناني و القانون المدني المصري ، أحكام الالتزام، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية للطباعة:بيروت، 1968.

3 -**بن خروف عبد الرزاق:**

التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري ، التأمينات البرية، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، مطبعة حيرد : الجزائر، 2000.

4 - **بن عزي الأخضر:**

المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، جامعة نواقشط : موريطانيا، 1996.

4- **تناغو سمير عبد السيد:**

- عقد الإيجار ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف : الإسكندرية ، 1969.
- نظرية الالتزام ، منشأة المعارف: الإسكندرية ،1975.
- النظرية العامة للقانون ،منشأة المعارف : الإسكندرية ،1973.

5- **الجمال مصطفى محمد:**

النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية :بيروت، 1987.

6— **الجمال مصطفى محمد، وعبد الحميد محمد:**

النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية: بيروت،1987.

7- **الحكيم عبد المجيد :**

الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام ،الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الحرية للطباعة :بغداد،1977.

8- **الزرقا مصطفى أحمد:**

شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام، أحكام الالتزام في ذاته، الطبعة الأولى، مطابع دار الحياة: دمشق، 1964.

9- **سلطان أنور :**

- أحكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ،دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ، دار النهضة العربية : بيروت ،1980 .

- شرح العقود المسماة ،البيع و المقايضة ، الطبعة الثانية،مطبعة دار نشرالثقافة؛ الإسكندرية،1952 .

- المبادئ القانونية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية:بيروت، 1978.

10 -**السنهوري عبد الرزاق :**

- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول ،دار النشر للجامعات المصرية ، 1960.

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، أثار الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة دار إحياء التراث العربي : بيروت، بدون سنة .

- الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، مطبعة دار إحياء التراث العربي: بيروت،بدون سنة.

11- **عبد الباقي عبد الفتاح:**

نظرية القانون، الطبعة الخامسة، مطبعة نهضة مصر: القاهرة،1966.

12-**عبد التواب معوض:**

مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف: الإسكندرية،1987.

13- **عبد العزيز محمد كمال:**

التقنين المدني في ضوء القضاء و الفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، مطابع مدكور و أولاده: القاهرة،1963.

14- **فرج حسن توفيق :**

قانون العمل في القانون اللبناني و القانون المصري الجديد الدار الجامعية للطباعة و النشر :بيروت، بدون سنة.

15- **فرج الصدة عبد المنعم:**

- مبادئ القانون، دار النهضة العربية:بيروت ،1977.
- نظرية العقـــــد في قوانيـــن البلاد العربية، القـــانـــون المصـــري و اللبـــنـــــاني و الســـوري و العراقـــــــي و الليبي و الكويتي و السوداني، دار النهضة العربية: بيروت، 1974.

16- **قدادة خليل أحمد حسن:**

الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، 1991.

17- **كيرة حسن:**

المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف: الإسكندرية،1974.

18- **مرقس سليمان:**

شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية و شرح الباب التمهيدي من التقنين المدني، الجزء الأول، المطبعة العالمية: القاهرة،1967.

19- **منصور محمد حسين:**

مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية : بيروت، 2000.

20- **منصور مصطفى منصور:**

المدخـــل للعـــلوم القانونيـــة، الطبعة الثانية، مكتبة سيدي عبد الله وهبة: القاهرة، 1970.

21- يكن زهدي:

عقد البيع، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصريـــــة (2)، شركة الطبـــــع والنشر اللبنانية: بيروت، بدون سنة.

ب- المراجع المتخصصة و الرسائل الجامعية

***1*- بن شنيتي عبد الحميد:**

ســـلطة القاضـــي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1997.

2- بولحية جميلة:

نظـــرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية،1984.

3- **حبشي فاضل:**

الامتداد القانوني لعقود الإيجار، شرح أحكام قانون إيجار الأماكن علمـــــا و عملا مـــع مقارنـــتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، نظرية العلاقة الإيجارية، شبه التعاقدية، مطابع جريدة الصباح:القاهرة،1962.

4- **حجازي عبد الحي:**

عقد المدة أو العقد المستمر أو الدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول: القاهرة، 1950.

5- **الحموي أسامة:**

الشـــرط الجـــزائي و سلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقـــه الإسلامي والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة الزرعي: دمشق، 1997.

6- **زواوي محمود:**

الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1987.

7- **الفزاري حسبو:**

أثـــر الظـــروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليـــلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979.

8- نجاري عبد الله:

الشـــرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983.

ج- المقالات:

1- **سالم محمد عطية**، الحد الأدنى للأجور، كتاب العمل، العدد130 ، ديسمبر 1974.

2- **الكـــوراني اسعد**، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، العدد01، السنة الأربعون.

3-**المـــنيت أبـــو اليـــزيد عـــلي**، الحـــــــرية التعاقدية و النظام الاقتصادي العام، مجلة القـــــانون و الاقتصاد، العدد 05، سنة41.

4-**زروتي الطيب**، حق البقاء و حق استرجاع المحلات المعدة للسكن في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزء 33،، العدد03 ، 1995.

5- **الـــنكاس جمال**، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد02، السنة 13، 1989.

ثانيا باللغة الفرنسية

أ- المراجع العامة:

1- **F. Ameli** :
Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997.
2-**A. Benabent** :
Droit Civil, les obligations, 6eme édition, éditions Montchrestien :Paris, 1997.
3- **A. Bencheneb** :
théorie générale du contrat, 2eme édition,O.P.U : Alger,1982.
4- **J. Carbonnier :**
Droit civil, les biens, tome III,6eme édition, presses universitaires de France: Paris, 1969.
Droit civil, les obligations, tome4, 21eme édition, presses universitaires de France : Paris,1998.
5- **C. D'HOIR, Laupretre, A.Durrleman, F.Ferrand, A. Mannheim-Ayache,J.J. serret** :
Droit civil, les obligations, volume II , 2eme édition, L'Hermès : Lyon, 1990.
6- **F. K. Duchêne, et N. M Mollard** :
Droit civil, les obligations, 1ere édition, L'Hermès : Lyon,1994.
7- **B. H. Fallon, Anne- Marie Simon** :
Droit civil, 4eme édition, éditions DALLOZ :Paris,1997.
8- **G. Farjat** :
Droit privé de l'économie, théorie des obligations, 1ere édition, presses universitaires de France : paris, 1975.
9- **J. Ghestin :**
traité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980.
10- P. Malaurie ,L. Aynés :
Cours de droit civil, les obligations, tome VI, 8éme édition, éditions CUJAS : Paris, 1998.
11- **P. Malinvaud** :
Droit des obligations, les mécanismes juridiques des relations économiques, LITEC : Paris, 1992.
12- **G. Marty, P. Raynaud** :
Droit civil, les obligations, tome II, 1er volume, Sirey : paris, 1962.
Droit civil, les obligations, tome II, 2eme volume, Sirey :Paris, 1965.
Droit civil, introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires, Sirey : Paris, 1956.
13- **D. Mazeaud :**
Notion de la clause pénale, L.G.D.J : Paris, 1992.
14- **Henri, léon , et jean Mazeaud**:
Leçons de droit civil obligations, théorie générale, tome II, 1er volume, 6eme édition, éditions Montchrestien : Paris, 1978.

15- **Y. Picod :**
Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, tome 208, L.G.D.J : Paris 1989.
16- **G. Ripert** :
Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2eme édition, L.G.D.J : Paris, 1951.
17- **P. Simler, F. Terré, Y. Lequette :**
Droit civil, les obligations, 5eme édition, éditions DALLOZ : Paris, 1993.
18- **B. Starck, H. Roland, L. Boyer** :
Droit civil, les obligations, contrat (2), 6eme édition, LITEC : Paris, 1998.
19- **A. Weill, F. Terré** :
Droit civil, les obligations, 2eme édition , DALLOZ : Paris, 1975.

ب- المراجع المتخصصة و الرسائل:

1- **L. Cadiet***:*
Découvrir la justice, éditions DALLOZ: Paris, 1997.
2- **A. Dessens:**
Essai sur la notion d'équité, thése pour le doctorat, universitaire de Toulouse, faculté de Droit,1934.
3- **A. Ghozi:**
La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J: Paris, 1980.
4- **P. Roubier***:*
Le droit transitoire, conflits des lois dans le temps, 2eme édition , éditions DALLOZ et sirey: Paris, 1960.
5- **C. Souchon:** *contrats de droit privé, in:*
Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles, (sous la direction de) René Rodière, édition A.pedone: Lyon,1986.
6- R. Sparwasser, Allemagne, in**:**
Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles, (sous la direction de) René Rodiere, édition A.pedone: Lyon,1986.
7- **D. Tallon**, Reflexions comparatives, in *:*
Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles, (sous la direction de) René Rodiere, édition A.pedone: Lyon,1986.
8- **S. Tanagho:**
De l'obligation judiciaire, étude morale et technique de la revision du contrat par le juge, L.G.D.J: Paris ,1965.

9- **F. Tidjani***:*

Le maintien dans les lieux dans le contrat de bail en droit civil Algérien, mémoire de Magistère, Université d'Alger, Institut des sciences juridiques et administratives, 1988.

ج- المقالات:

1 – B. Boccara, La reforme de la clause pénale conditions et limites de l'intervention judiciaire , J .C .P, ed (G), 1975, I, 2742.

2 – B. Boubli, la mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté, journal des notaires, tome I, 1976. I. 43048.

3- j. Cedras, l'obligation de négocier, revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique,N°2, 1985.

4 – F. Chabas, la réforme de la clause pénale, loi N° 75-597 du 9 juillet 1975, Recueil DALLOZ, chronique *XXXIX*, 1976.

5 – F.D. Deffossez, conflits de lois dans le temps, application de la loi nouvelle aux événements futurs, Juris classeur civil, art 2, Fasc2.

6 – p. Delebecque, régime de la réparation, juris classeur civil, art 1382-1386, Fasc 212.

7 – G. Durry , résponsabilite civile, revue trimestrielle de droit civil, tome soixante douzieme, N°2, 1974.

8 – R. Fabre, les clauses d'adaptation dans les contrats, revue trimestrielle de droit civil, N°1, 1983.

9- E. Gostini, l'équité, Recueil DALLOZ, chronique II, 1978.

10- J. P. Levy Monnaie de paiement, clauses d'échelle mobile ou d'indexation ordonnances de 1958-1959, juris classeur civil, art 1895, fasc B-2, 3eme cahier.

11- J. Mestre, théorie générale de l'obligation à modalité de l'obligation, revue trimestrielle de droit civil, N°1, 1985.

12- M. A. Prevost, D. richard, Le contrat déstabilisé de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel, J. C. P, ed (G). 1979,I, 2952.

13. A. Rieg, Effet obligatoire des conventions, contrats et obligations, juris classeur civil, art 1025- 1135, Fasc 11.

14. S. Sanz, la consecration du pouvoir judiciaire par la loi du 09 Juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause penale, Revue trimestrielle de droit civil, N°2, 1977.

15. N. Terki, l'imprevision et le contrat international dans le code civil Algérien, Revue Algérienne des Sciences juridiques, économiques et politiques, Volume XIX, N°3, 1982.

16. J. Thilmany, Fonctions et révisibilité des clauses penales en droit compare, revue internationale de droit comparé, n°1, 1980.

17. R. Zerguine, Contribution à l'étude de la clause pénale,Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Volume XVIII, N°1, 1981.

ثالثا: النصوص القانونية والتنظيمية

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المعدل والمصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996.

2- قانون 89 - 02 المؤرخ في 07 فيفري 1989، المتعلق بحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 6، المؤرخ في 08 فيفري 1989.

3- قانون 90 - 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، المؤرخ في 25 أفريل 1990.

4- أمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

5- أمر 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، المؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

6- أمر 95 - 06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلقة بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09، المؤرخ في 22 فيفري 1995.

7- أمر 95 - 07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 13، المؤرخ في 08 مارس 1995.

8- أمر 96 - 21 المؤرخ في 09 جويلية 1996، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، المؤرخ في 10 يوليو 1996.

9- أمر 97 - 03 المؤرخ في 11 يناير 1997، الذي يحدد المدة القانونية للعمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43 المؤرخ في 10 يوليو 1996.

10- مرسوم تشريعي 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخ في 03 مارس 1993.

11- مرسوم رئاسي 2000 - 392 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000، المتعلق بالحد الأدنى للأجر المضمون، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 75، المؤرخ في 10 ديسمبر 2000.

12- مرسوم تنفيذي 90 - 266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلقة بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 40، المؤرخ في 19 سبتمبر 1990.

13- مرسوم تنفيذي 94 - 69، المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 17، المؤرخ في 30 مارس 1994.

14- مرسوم تنفيذي 95 - 119، المؤرخ في 26 أفريل 1995، المتضمن السلع والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 25، المؤرخ في 03 ماي 1995.

15- مرسوم تنفيذي 96 - 31 ، المؤرخ في 15 جانفي 1996، المتعلقة بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 04، المؤرخ في 17 يناير 1996.

16- مرسوم تنفيذي 96 - 35 المؤرخ في 15 يناير 1996، المتعلقة تعيين نسبة الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 04، المؤرخ في 17 يناير 1996.

17- مرسوم تنفيذي 97 - 507 المؤرخ في 29 ديسمبر 1997، المتعلقة بإيجار المساكن التابعة للأملاك ودواوين الترقية والتسيير العقاري والمستعملة لأغراض تجارية أو مهنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 88، المؤرخ في 30 ديسمبر 1997.

رابعا: القواميس و المعاجم

ا- باللغة العربية

1. **الباشا محمد** ، الكافي، معجم عربي حديث، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع و النشر: بيروت، 1992.

2. **نجـــار إبراهـــيم ، بدوي أحمد زكي ، شلالا يوسف** ،القاموس القانوني فرنسي عربي، الطبعة الثالثة، مكتبة لبنان، 1991.

ب- باللغة الفرنسية:

1. P. Guiho, J. Bichot, M. Martin, (sous la direction de), droit, économie, gestion, 1ere édition , L'Hermès: Lyon, 1994.

2. G. Cornu, (sous la direction), Vocabulaire juridique, 5eme édition, presses. universitaires de France: Paris, 1996

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: تدخل المشرع لتعديل العقد 5

المبحث الأول: مبرر التعديل القانوني وصوره 7

المطلب الأول: مبرر تدخل المشرع 7

الفرع الأول: المصلحة العامة 7

الفرع الثاني: دور المصلحة العامة في تعديل العقد 13

المطلب الثاني: صور التعديل القانوني 14

الفرع الأول: تعديل مدة العقد 14

الفرع الثاني: تعديل قيمة الآداءات 20

المبحث الثاني: حماية الأطراف من تدخل المشرع والاستثناءات الواردة عليها 26

المطلب الأول: حماية الأطراف من تدخل المشرع 26

الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين 26

الفرع الثاني: امتداد سريان القانون القديم 28

المطلب الثاني: التدخل الاستثنائي للمشرع 31

الفرع الأول: مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد 31

الفرع الثاني: الأثر الرجعي للنص الجديد لتعديل العقد 36

خلاصة الفصل الأول 39

الفصل الثاني: تعديل العقد باتفاق الأطراف 41

المبحث الأول: آلية التعديل الاتفاقي 43

المطلب الأول: بند التقييس 44

الفرع الأول: شروط صحة بند التقييس 46

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن عدم صحة بند التقييس 49

المطلب الثاني: شروط إعادة التفاوض 54

الفرع الأول: مرحلة إعادة التفاوض 54

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مرحلة إعادة التفاوض 56

المبحث الثاني: مدى حرية التعديل الاتفاقي وتأثيره على مصير العقد 59
المطلب الأول: حرية التعديل والقيود الواردة عليها 59
الفرع الأول: الأصل حرية الأطراف في تعديل العقد 59
الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية التعديل 62
المطلب الثاني: تأثير حرية التعديل على مصير العقد 66
الفرع الأول: استمرار الرابطة العقدية الأصلية 66
الفرع الثاني: انقضاء العقد الأصلي وظهور عقد جديد 68
خلاصة الفصل الثاني 72
الفصل الثالث: تدخل القاضي لتعديل العقد 74
المبحث الأول: حالات تدخل القاضي ومبرره 75
المطلب الأول: حالات تدخل القاضي لتعديل العقد 75
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة 75
الفرع الثاني: الشرط الجزائي 81
المطلب الثاني: مبرر تدخل القاضي 86
الفرع الأول: العدالة 86
الفرع الثاني: تأثير العدالة في تدخل القاضي 87
المبحث الثاني: وسائل تعديل العقد والقيود الواردة على سلطة القاضي 89
المطلب الأول: وسائل تعديل العقد 89
الفرع الأول: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول 89
الفرع الثاني: تعديل الشرط الجزائي 94
المطلب الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي 102
الفرع الأول: القيود الواردة على سلطة القاضي بمناسبة نظرية الظروف الطارئة 102
الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي بمناسبة الشرط الجزائي 104
خلاصة الفصل الثالث 107
خاتمة 109
المراجع 112