

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

Preserving the contract between the will of the parties and the authority of the judge

منيرة جربوعة، جامعة الجزائر 1، (الجزائر) djerbouamounira@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 01-05-2021 تاريخ قبول المقال: 15-05-2021

الملخص:

خول القانون المدني للأطراف المتعاقدة والقاضي الحق في تعديل العقد بهدف الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة وضمان استمرارها، وعلى الرغم من هذا التعديل ظهر في ظاهره أنه وطأ لإرادة الأطراف المتعاقدة وتناول على حرمة العقد وقديسيته وهتك للمبادئ الكلاسيكية للعقد إلا أنه في فحواه تثبيت لإرادة الأطراف المتعاقدة وضمان للإستمرار العلاقة التعاقدية قائمة مما يجعل التعديل كتطبيق واضح لفكرة الإبقاء على العقد وكتجسيد غير مباشر لمبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال إعدام كافة العناصر أو الشروط التي من شأنها تؤدي إلى عدم بقاء العلاقة التعاقدية قائمة أو تؤثر على تنفيذها.

فالهدف من المساس بالعلاقة التعاقدية معالجة العقد من خلال دفع كافة الأزمات العقدية التي تؤثر على العقد مما يضمن ذلك المحافظة على العقد و الإبقاء عليه بصفة مستمرة وصولاً به إلى التنفيذ النهائي.

الكلمات المفتاحية: تعديل العقد، سلطة الأطراف، سلطة القاضي، الإبقاء على العلاقة التعاقدية.

Abstract: The civil law authorizes the contracting parties and the judge the right to amend the contract with the aim of preserving the contractual relationship and ensuring its continuity, and although this amendment appears on the surface that it is trespassing on the will of the contracting parties and infringes the sanctity and sanctity of the contract and violates the classical principles of the contract. Its content is a confirmation of the will of the contracting parties and a guarantee of continuity of the contractual relationship in place, which makes the amendment a clear application of the idea of maintaining the which and violates the classical principles of the contract. Its content is a confirmation of the will of the contracting parties and a guarantee of continuity of the contractual relationship in place, which makes the amendment a clear application of the idea of maintaining the contact

Key words : Contract amendment, parties' authority, judge's authority, preservation of the contractual relationship.

مقدمة:

يعد مبدأ سلطان الإرادة و الحرية العقدية من المبادئ التقليدية التي شيد على إثرها القانون المدني الفرنسي منذ أن ظهر إلى الوجود في عام 1804، بحيث أصبحت هذه المبادئ أهم أركان مبدأ سلطان الإرادة، ولكن مع الغلو في التشبث بأحكام المذهب الفردي ظهرت العديد من المبادئ وولدت العديد من المفاهيم التي تعلق بمبدأ سلطان الإرادة وأصبحت تبسط نفوذها وهيمنتها على العقود كافة لعل أهمها مبدأ القوة الملزمة للعقد والذي يحرم المساس بالعقد ويحتفظ بقدسيته بمنأى عن كافة التلاعب أو الانتهاكات التي قد تطأه من الغير أو من المتعاقدين أنفسهم.

فلقد أصبح يشكل مبدأ القوة الملزمة للعقد ودون منازع رمزا من رموز مبدأ سلطان الإرادة و قانون العقود على حد سواء وأصبح كضابط يحكم العلاقات التعاقدية في جل مراحلها، وإن هيمنة هذا المبدأ القانوني وتربعه على عرش المنظومة العقدية ما هو سوى نتيجة تأثر القانون المدني الفرنسي بالأفكار الاقتصادية والفلسفية التحررية التي صاحبت نجاح الثورة الفرنسية والذي جاء القانون المدني الفرنسي مترجما لها لتنتقل بعده العدوى لكافة القوانين العربية والقانون الجزائري بعدها.

فتغول مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة أفرز العديد من النتائج لعل أهمها ظهور مبدأ الحرية التعاقدية والذي يخول للأطراف المتعاقدة العديد من الضمانات لعل أهمها حرية الأطراف في وضع الشروط و البنود اللازمة للعقد والاتفاقات على الأداءات والتي في غالب الأحيان يصيبها الخل نتيجة اختلال الأداءات بين الأطراف المتعاقدة مما يخلق أزمة في العقد قد تؤدي بالعلاقة العقدية إلى الزوال .

ولكن مع ظهور التطورات الاقتصادية و التكنولوجية برزت معها مدى قصور القواعد الكلاسيكية التي شيدت على أثرها النظرية العامة للعقد وظهر معها هشاشة المبادئ المقدسة وعدم نجاعتها في الواقع المعاش مما جعل العديد من التشريعات تتخلى عن التقديس الكلي للمذهب الفردي وتتسحب عن المغالاة المطلقة للمبادئ سلطان الإرادة، مما جعل المشرع يخول بعض السلطات للأطراف المتعاقدة والقاضي للتعديل في العقد بهدف الإبقاء عليه من كافة الأخطار التي قد تعصف به.

وعلى الرغم من أن المذهب الحديث يعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة من المبادئ التي تضمن وتحقيق الاستقرار القانوني في العقد إلا أنهما مبادئ تقليدية جامدة لا بد من أن يضاف عليها نوع من المرونة حتى تتصهر وتتكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر، ولعل أهم ما يترجم هذه المرونة السماح للقاضي والأطراف التعديل في العقد ومع أن الكثير من الفقهاء يعتبرون بأن تعديل الأطراف أو القاضي للعقد يعتبر انتهاك لمبدأ القوة الملزمة وخروج صارخ عن أحكام مبدأ سلطان الإرادة و المذهب الفردي إلا أنه في حقيقة الأمر هو تعزيز لهذه المبادئ الكلاسيكية وذلك من خلال المحافظة على العقد

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

وصون إرادة الأطراف المتعاقدة وذلك من خلال أعمال الدور الإيجابي للتعديل العقد والمتمثل في الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة.

فيمكن للأطراف عند إبرامهم للعقد أن يضعوا من الحلول العملية ما يرونها ناجعة للحفاظ على التوازن الاقتصادي بين الأعباء والحقوق لكلا الطرفين بالاتفاق المسبق على إدراج بعض البنود كبندی التقييس وإعادة التفاوض، أو في مرحلة التنفيذ إن طرأت بعض الظروف وأثرت على العقد فللأطراف حرية التعديل دون الخروج عن المبادئ المقررة في تنفيذه . أما إذا لم يتفق الأطراف على التعديل رغم انهيار التوازن الاقتصادي للعقد فللطرف المضرور اللجوء إلى القضاء في أحوال معينة لأجل رفع الضرر لقد أجاز المشرع للقاضي والأطراف بعض الآليات القانونية التي من شأنها التعديل في العقد وإعادة التوازن الاقتصادي فيه، وإعادة رسم ملامح العلاقة التعاقدية فيه وذلك بهدف إعادة إنعاش العلاقة العقدية والمحافظة عليها ودرء كافة سبل زعزعة العدالة التبادلية بين الأطراف، بحيث يهدف التعديل إلى إرساء أسس العدالة التبادلية في العقد مما يضمن تحقيق المساواة التعاقدية¹.

ولقد أشار المشرع إلى العديد من الآليات التي يمكن للقاضي والأطراف على حد سواء الالتجاء لها للتعديل في العلاقة التعاقدية ووضعت هذه الآليات في مواد متفرقة فمنها تقنيات تحمي رضى المتعاقد وتقنيات أخرى تهدف إلى قمع الطرف المحتكر للعلاقة التعاقدية وآليات أخرى تضمن إعادة التوازن الاقتصادي في العقد، ولا تقتصر آليات التعديل على مرحلة معينة في العقد بل هناك آليات تعمل على تعديل العقد في مرحلة نشأته وآليات أخرى تعمل على إنقاذ العقد في مرحلة تنفيذه، ويهدف هذا المقال إلى تبيان أهم الآليات التي من شأنها تعديل العقد سواء في مرحلة التنفيذ أو الملازمة لمرحلة النشأة وذلك نظرا لأهمية الموضوع من الناحية العملية ولمعالجة العقد من كافة الأزمات التي قد تصيبه وتهدد استمرار العلاقة العقدية.

ومما سبق سنطرح الإشكالية التالية: ماهي الآليات التي أقرها المشرع للأطراف المتعاقدة والقاضي للتعديل في العقد بهدف ضمان استمرار العلاقة التعاقدية وما مدى حرية الأطراف في تفعيل هذه السلطة؟ وللإجابة على هذه الإشكالية لنستند إلى المنهج الوصفي التحليلي و للإجابة على الإشكالية نقسم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: فعالية الإرادة في تعديل العلاقة التعاقدية: تجاذب بين الاتفاق و الحدود القانونية

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد: تجسيد لدور الغير في الإبقاء على العقد

¹ 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

المبحث الأول: فعالية الإرادة في تعديل العلاقة التعاقدية: تجاذب بين الإتفاق و الحدود القانونية

يمكن للطرفين المتعاقدين الاتفاق للتعديل في العقد وتصويب بعض الظروف الغير مستقرة في العقد وذلك بهدف إنقاذ العقد والإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة وعلى الرغم من أن المشرع قد منح لأطراف المتعاقدة سلطة التعديل في العقد إلا أن هذه السلطة تبقى محدودة النطاق ومقيدة المعالم مما يجعل الحرية التعاقدية محل التقييد ويظهر أن المشرع أراد المحافظة على قدسية العقد ولو بصفة جزئية، إلا أن هذه الإرادة لا تعد مطلقة وإنما تتجاذب بين الاتفاق والتقييد وتبقى محددة النطاق بالحدود القانونية التي رسمها المشرع فلا يمكن تجاوزها.

المطلب الأول: دور البنود الإتفاقية في إنقاذ العقد: تدارك لزوال العقد

يقصد بدور الإرادة في تعديل العقد ذلك العمل القانوني الذي يتفق بمقتضاه الأطراف المتعاقدة على التغيير في بعض البنود المتواجدة في العقد أثناء فترة التنفيذ وذلك بهدف الإحتفاظ بالرابطة التعاقدية وتحسين العقد فالتعديل هو عبارة عن عملية تحدث أثناء تنفيذ العقد¹ ويكون بمقتضاها فرض بعض التعديلات على العقد بهدف وضع نهاية للكافة التهديدات التي قد تهدد العقد و تؤدي إلى زواله وذلك من خلال فرض بعض التعديلات التي تمس عنصر من عناصره ولعل ذلك ما يميز التعديل على الصلح و التجديد.

إن الظروف التي ينشأ فيها العقد يفترض فيها أنها نفسها التي تصاحب تنفيذه، لذا فان تغير تلك الظروف من شأنه أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد. فيرتب عنه ضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما وعدم تحقق الهدف المنشود منه، باعتباره وسيلة قانونية لتحقيق العمليات الاقتصادية²، الأمر الذي يدفع بالأطراف للبحث عن آليات من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مع الإنقاص من حدة تلك الظروف دون إلحاق ضرر بالمتعاقدين في ظل احترام حرية التعديل وكذا حدود مضمون العقد ومستلزماته والمقصود منه³، لذلك يلجأ الأطراف إلى التعديل بوضع حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي قد تعترضهم أثناء مرحلة التنفيذ.

¹ Yves Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Tome 208, L.G.D.J : Paris, 1989, p. 213

² خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر، ص 67

³ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية، 1983، ص 61.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

وتتمثل هذه الحلول العملية في إدراج بنود لتعديل العقد، فإذا تم الاتفاق عليها أثناء إبرام العقد تسمى "البنود التلقائية" وأهمها بند التقييس، أما إذا تم الاتفاق عليها لاحقاً عند التنفيذ فيطلق عليها "البنود غير التلقائية" كبند إعادة التفاوض¹.

فتعتبر بند التقييس وبند إعادة التفاوض بنود اتفاقية يلجأ الأطراف المتعاقدة إلى إدراجها في العقد وذلك بهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية و تدارك العقد من الزوال، فهذه البنود الاتفاقية التي يدرجها الأطراف المتعاقدة في العقد تعمل بصفة مباشرة على إعادة تعديل بعض البنود في العقد بهدف المحافظة عليه و العمل على استقرار المعاملات.

أ. بند التقييس: قيد لمواجهة التقلبات الاقتصادية

يعتبر بند التقييس من أهم البنود الاتفاقية التي يمكن للأطراف المتعاقدة إدراجها في العقد بهدف التعديل فيه ومواجهة كافة التقلبات الاقتصادية التي قد تواجه العقد في مرحلة تنفيذه فيلجأ المتعاقدين إلى إقحام هذه البنود في العقد وذلك بهدف حماية التوازن الاقتصادي في العقد من الاختلال وضبط الجانب المالي في العقد وذلك من خلال حماية العملة النقدية وتوفير الثقة بين الأطراف مما يسمح لهم الابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضخم، كما أن هذا البند ينصب على العقود المستمرة أو المؤجلة التنفيذ وذلك بتوقع قيمة الأداءات بدلالة معيار اقتصادي أو نقدي مما يجعل العقد مضبوطاً². فبند التقييس هو "البند الذي يغير سعر الدفع بدلالة رقم مرجعي، هذا الرقم هو الذي يشكل قيمة السلعة أو الخدمة"، فهو بذلك آلية تسمح بالتغيير التلقائي لسعر الخدمات³، أو البضائع بدلالة رقم مرجعي ليتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف وغالباً ما يتم تحديده بناءً على السلع الأكثر استعمالاً كالعملة الصعبة والذهب.

فبند التقييس هو عبارة عن آلية اتفاقية يفعلها الأطراف المتعاقدة في العقد في مرحلة التنفيذ لمواجهة كافة التقلبات والتحولات الاقتصادية التي قد تواجه العقد في مرحلة تنفيذه، فبند التقييس زيادة على اعتباره من البنود الاتفاقية التي تعمل على تعديل العقد فإنه كذلك بند يعيد التوازن الاقتصادي للعقد و يضبط

¹ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد ص ، 1977، 29.

² أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 17، ص 412.

³ Farnçois Ameli, Droit Civil, Les obligations, Montchrestien : Paris, 1997, p. 138.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

كافة الإختلالات¹ التوازنية في العقد مما يجعل العقد يواجه كافة التقلبات الاقتصادية التي قد تفرضها التحولات الاقتصادية على العقد في مرحلة تنفيذه.

وفي هذا السياق ترى الأستاذة ماري بيار لامور أن بند التقييس آلية إرادية يلجأ إليها الأطراف المتعاقدة للتعديل في العقد بهدف المحافظة على العقد من كافة الأخطار و التقلبات الاقتصادية. فبند التقييس آلية إرادية إبتكرها الفقه القانوني للمحافظة على العقد و ذلك من خلال فرض تعديلات إرادية على العقد تعصف بكافة التقلبات الاقتصادية الطارئة على العقد ،فبند التقييس عبارة عن آلية تجسد دور الإرادة في إنقاذ العقد بحيث تعمل الإرادة المنشأة للعقد على إنقاذه من كافة التقلبات والتأثيرات المالية التي قد تؤدي به إلى الزوال، وترى الأستاذة فاضل في هذا السياق أن بند التقييس عبارة عن آلية وتقنية تسمح بالتغيير التلقائي للخدمات أو البضائع بدلالة رقم مرجعي²، فالبند التقييس يحد من الخسارة الفادحة والتي تلحق بأحد أطراف العلاقة العقدية نتيجة انهيار أو ارتفاع العملة ،بحيث يكون بند التقييس كأداة لمواجهة هذه التحولات من خلال التعديل فيه.

ب.بند إعادة التفاوض:إعادة هيكلة العقد

يمكن للتحولات الاقتصادية التي تطرأ على المجتمع أن تؤثر بشكل مباشر على العقد وقد تؤدي به إلى الزوال الحتمي نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي فيه مما يؤدي بأطراف العلاقة التعاقدية إلى الإرهاق و عدم الاستطاعة في التنفيذ مما يخلق زعزعة العلاقة التعاقدية وإهدار الجهد والثقة المشروعة واندثار المصلحة الخاصة للمتعاقدين³، ولعل ذلك ما جعل الفكر القانوني يبحث عن الحلول الناجعة لمواجهة كافة الأخطار والأزمات التي تعرقل السير الحسن للعلاقة العقدية.

وبذلك رسي الفكر القانوني على بعض الآليات الاتفاقية والتي من شأنها مواجهة الأزمات الاقتصادية لعل أهمها بند التقييس وبند إعادة التفاوض و الذي يعد إعادة هيكلة للعقد وتعديل فيه بهدف إنقاذه وذلك من خلال التغيير في بعض البنود والشروط وإعادة الاتفاق ولتفاوض عليها في مرحلة التنفيذ فيشكل بند إعادة التفاوض كمراجعة وتدقيق في العقد في مرحلة تنفيذه مما يضمن بقاء العقد والمحافظة عليه.

¹أسيل باقر جاسم،المرجع السابق،ص415.

² Marie pierre lamour. ,le sauvetage du contrat,these du doctorat en droit privé ,université pierre mendés France,faculté de droit de grenoble,2001 p 412.

³م حمد حسنين ،المرجع السابق ، ص 253 .

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

فقد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على إدراج بعض الشروط، إلا أنّ هذه الأخيرة قد لا تحقق الأهداف المرجوة منها¹، وذلك لوجود صعوبة في البحث و الاتفاق على بعض البنود و التي قد تشكل عائقاً في المستقبل، ممّا يؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا ما يدفع الأطراف أثناء تنفيذه إلى اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض.

وينصب هذا النموذج من الشروط على العقود ذات المدى الطويل، أو المستمرة أو دورية التنفيذ التي قد تعترضها ظروف غير متوقعة، و التي غالباً ما تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقد، وتغيير الظروف، ويقتصر هذا الشرط على تبادل المناقشات والاقتراحات و الوصول إلى اتفاق يخدم مصالح الأطراف، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال مرحلة إعادة التفاوض والنتائج المترتبة عنها.

فتتضمن بنود إعادة التفاوض إلزام الأطراف بإعادة تنظيم العقد من جديد، إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى تغيير في المسائل الجوهرية للعقد، وبالتالي إلى الاختلال في التوازن العقدي². إذن فبند إعادة التفاوض هو إلزام الأطراف بمناقشة و تبادل الاقتراحات في ظروف حسنة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، ممّا يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل.

وبند إعادة التفاوض يضع على عاتق الأطراف مجموعة من الالتزامات الهامة والضرورية ولعل أهمها إلزام الأطراف باتخاذ جميع التدابير المنصوص عليها في العادات و حسن النية³، لأن سير المناقشات و يجب أن يكون نزيهاً و جدياً، أي و يجب عليهم تقديم اقتراحات عادلة، يقوم بمقتضاها كل طرف بتقديم ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر، وذلك بتقديم اقتراحات تبين حسن نيته واتجاه إرادته إلى بقاء الرابطة العقدية المشتركة، دون تضحية بمصالحه لإعادة التوازن العقدي⁴.

كما أنّ إعادة تفاوض الأطراف و بإرادتهم و بحسن نية هو التزام ببذل عناية، يخول للأطراف الحرية الكاملة في الدخول في المناقشات أو رفض الاستمرار فيها دون تبرير ذلك، إلا أنّ هذه الحرية قد تكون مصدرًا لتعسف أحد المتعاقدين في استعمال حقه في إعادة التفاوض. فيقع على عاتق الطرفين عبء الإعلام بكل المسائل الجوهرية و الثانوية التي قد تصادف تنفيذ العقد، و

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 859.

² البدوي محمد علي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة طرابلس، 1993 ص 73

³ تتاغو سمير عبد السيد: نظرية الالتزام، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1975 ص 89.

⁴ F. Ameli :Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997.p79

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

ذلك في إطار احترام قانون الأطراف، وكذا احترام سرية المعلومات التي تكون ضرورية لهذه المرحلة¹⁴. إن إلزام الأطراف بالتعاون، وذلك بتبادل الحد الأقصى للمعلومات، و ذلك حتى تبقى العلاقات قائمة على أسس صلبة، وذلك لتسهيل تنفيذ العقد و الوصول إلى اتفاق يتماشى ومصالحهم، كما تشترط هذه المرحلة سير المناقشات في آجال معقولة، لأنه قد ينجم عن تمديدها إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، وتنشئ هذه الشروط على عاتق الأطراف التزامًا مزدوجًا.

ونشير إلى أن العقد يستمر أثناء إعادة التفاوض في ترتيب جميع آثاره القانونية إلا إذا كان هناك شرط واقف¹، فيكون الأطراف ملزمون بمناقشة وتبادل الاقتراحات بغية إعادة تنظيم العقد، إذا ما واجهت تنفيذه صعوبات خارجة عن إرادتهم، أدت إلى الاختلال في التوازن العقدي.

المطلب الثاني: حدود الأطراف في تعديل العقد: تنازع بين الحرية و التقييد

الأصل في العقود الحرية بحيث أن العقد يشكل قانونا للطرفين ولهم كامل الحرية في وضع الشروط ومستلزمات التعاقد باعتبار أن العقد نتاج فكري وثمره اندماج إرادة الأطراف المتعاقدة ولعل ذلك ما نصت عليه نص المادة 106 من القانون المدني.

وتعتبر الحرية التعاقدية من أهم المبادئ الكلاسيكية التي يقوم على أساسها مبدأ سلطان الإرادة بحيث يكون للفرد كامل الحرية في العقد الذي أنشأه ولعل هذه الأفكار تعد أهم صرح أنتجه المذهب الفردي الذي ظهر عقب نجاح الثورة الفرنسية.²

إلا أنه عقب التطورات الاقتصادية والتكنولوجية ظهرت نظريات تنادي بضرورة ضبط وتقييد من حرية الأفراد في ضبط العقد مما أفرز العديد من الآليات التي من شأنها تعديل العقد والمحافظة عليه ولكن هذه الآليات توصف بطابع الحدود وتكون مضبوطة المعالم محددة النطاق .

أ. حرية المتعاقدين في تعديل العقد: التزام بالمبادئ التقليدية

حرية تعديل العقد للمتعاقدين حق كرسه القانون المدني للأطراف المتعاقدة لكن لا يكون التعديل محاولة للطرفين المساس بالعقد وإنما يكون وفق مقتضيات ودوافع لعل أسماها المحافظة على العلاقة التعاقدية قائمة في حين طرأت على العقد بعض الظروف التي تؤثر على العقد واستمراره، كما يجب أن يكون هذا التعديل أيضا بقصد إعادة التوازن الاقتصادي له باعتبار ذلك عنصرا أساسيا بالنسبة للأطراف.

¹عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، ص 402.

²Y. Picod :Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, tome 208, L.G.D.J : Paris 1989, 13

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

وما يلاحظ في هذه الحرية المخولة للأطراف أنها عبارة عن إلتزام المشرع بتنفيذ المبادئ التقليدية التي شيد على أساسها مبدأ سلطان الإرادة و المتمثلة في الحرية التعاقدية فتعديل العقد من طرف المتعاقدين يحمل روح الحرية التعاقدية في فحواه بحيث أن الطرفين له واسع النظر في العقد وحرية الإختيار¹.

فيستمد الأطراف حق حرية التعديل من مبدأ سلطان الإرادة المكرس في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بتعديل العقد، لأن هذا الأخير هو ثمرة اتفاق بين إرادتين، فلا يمكن تصور أن يحصل التعديل من جهة واحدة قياسا على حرية الأطراف في إبرام ما يشاءون من تصرفات قانونية بما يتماشى ومصالحهم المشتركة دون المساس بالنظام العام، وكذلك الشكلية إن اشترطها القانون فإن للأطراف كامل الحرية في تعديل عقدهم، بأن تكون إرادتهم جادة للقيام بالتعديل²

فحرية التعديل حق مخول لأطراف العلاقة التعاقدية وذلك بهدف تمكينهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة لمضمون العقد سواء كانت مسائل جوهرية أو ثانوية، لاسيما إذا لم تتحقق مصالح الأطراف من إبرام العقد الأصلي والمتمثل في الوصول إلى الهدف من التعاقد، فهنا تتجه إرادتهم رغم اختلاف وتتنوع الأسباب والظروف إلى تعديل العقد، باتفاق الأطراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي أو إعادة ضبط بند من بنود العقد و ذلك بهدف إستقرار المعاملات و بقاء العلاقة التعاقدية قائمة³.

فالتعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية و حمايتها و ضابط أساسي في إنقاذ العقد، كونه يسمح بالابتعاد عن كافة السبل التي تؤدي إلى إنهاء العقد أو عدم تنفيذه أو زوال الرابطة التعاقدية بحيث أن التعديل يعمل على دفع كافة التهديدات التي تحوم بالعلاقة التعاقدية، وبالتالي يضمن العلاقات القانونية فيجسد استمرار وبقاء العقد وكذا الابتعاد عن خطر إنهائه كالفسخ، ويكرس الأطراف حرية التعديل كلما اقتضت المصلحة المشتركة للمتعاقدين ذلك، ويكون بأن يعبر أحد الطرفين عن رغبته في تعديل العقد لذا يشترط في المتعاقد الذي يبدي إرادته في التعديل بأن تكون هذه الأخيرة صحيحة خالية من عيوب الإرادة

¹عابد فايد عبد الفتاح فايد تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن،دراسة تطبيقية في عقود السفر و السياحة، دار النهضة العربية، القاهرة،2005،ص80.

² A. Ghozi:La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J: Paris, 1980.

³C. 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.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

المنصوص عنها في القواعد العامة من استغلال وتدليس وإكراه، فإن اعترت إرادة الطرف الذي أبدى رغبته في التعديل أحد العيوب المذكورة، فإن التعديل هو من يخضع إلى قواعد الإبطال ولا يمكن أن يشمل ذلك العقد، كله¹، ويدخل حرية الأطراف في تعديل العقد في نطاق تجسيد المبادئ الكلاسيكية للعقد و المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة و تكريس مبدأ الحرية التعاقدية ففكرة إنقاذ العقد لم تستأثر فقط بالمحافظة على العلاقة التعاقدية وإنما ذهبت إلى أبعد من ذلك فقط أنعشت بعض المبادئ التقليدية وإعادة تفعيلها بشكل ملحوظ.

ب. القيود الواردة على المتعاقدين في تعديل العقد: تضيق من نطاق الحرية التعاقدية

بظهور المذهب الاجتماعي والمذهب النفعي بعد ذلك يلاحظ أن العديد من المبادئ التي انتعشت في ظل المذهب الفردي وازدهرت قد بدأت التشريعات تتخلى عنها بصفة جزئية مما أصابها نوع من التفهق والركود و لعل في مقدمتها مبدأ الحرية التعاقدية.

بحيث أن التشريعات الحديثة قد سنت بعض المبادئ التي قيدت من نطاق الحرية التعاقدية وقلصت من هيمنتها المطلقة والغير محدودة في العقود مما جعل حرية الأطراف في تعديل العقد حرية مقيدة بضوابط .

فتقرير الحرية المطلقة لأطراف العلاقة التعاقدية بالتعديل في العقد من شأنه خلق العديد من الأزمات في العقد وتعقيد الأمور بين الأطراف المتعاقدة بحيث إذا أبدى أحدهما برغبته في التعديل فيعترض الطرف الآخر بحجة استعمال حقه في بقاء العقد على حاله ودرءا لكافة هذه الأزمات التي قد تعصف بالعقد نجد أن المشرع قد قيد التعديل بأربعة قيود وهي: النظام العام، التعسف في استعمال الحق و مبدأ حسن النية و الشكلية والتي من شأنها تطويق الحرية التعاقدية ورسم ملامح التعاون العقدي والتوازن العقدي في العقد².

فتعتبر أحكام النظام العام و الآداب العامة أفضل قيد يمكن للمشرع من خلاله ضبط العلاقات التعاقدية و تطويعها وذلك بهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية من خلال التعديل في العقد بشرط أن لا يكون هذا التعديل مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، ما يشترط فيه أن لا يكون هذا التعديل من شأنه المساس بالمصلحة العامة والمصلحة المشتركة أو يخالفها³.

¹ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر، 2004.

² لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.

³ حمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية، 1983.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

كما يشترط في التعديل أن لا يمس بالشروط الجوهرية في العقد أو يمس بالأركان الأساسية للعقد بحيث كل مساس بجوهر العقد أو الأركان اللازمة للقيام يعتبر مخالف للنظام العام والآداب العامة ووجب بذلك بطلانه، فالنظام العامة والآداب العامة عبارة عن قيد ناجع من شأنه ضبط حرية المتعاقدين الفضاضة و التي قد تضر في غالب الأحيان بالغير فالنظام العام من شأنه ضمان الأمن التعاقدى وإرساء استقرار المعاملات.

أما القيد الثاني فيتمثل في التعسف في استعمال الحق بحيث أن تعديل العقد حق منحه المشرع للأطراف المتعاقدة حتى يتمكنوا من تعيين العقد وفق المستجدات الطارئة عليه أو ضبط بعض الشروط و إعادة الاستقرار للأوضاع الغير مستقرة، و لهذا ليس لأحد الأطراف أن يستعمل حقه على نحو غير مشروع، بحيث يعد ذلك تعسف في استعمال الحق و هو شكل مرفوض باعتباره تعسف في أعمال الحرية التعاقدية ويكون ذلك حسب ما نصت عليه المادة 125 مكرر من ق م - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ومثالنا في ذلك المؤجر الذي يقترح رفع الأجرة رغم علمه المسبق بتجاوزه للدخل الشهري للمستأجر، متخذاً بذلك وسيلة لإنهاء عقد الإيجار، والأمر نفسه بالنسبة للبائع في الترقية العقارية في عقد البيع على التصاميم، حين يرفع السعر إلى أضعاف المبلغ المتفق عليه بحجة وجود أشغال جديدة مما يترتب عنه ضرر للمشتري، متجاوزاً بذلك الاعتبارات العادلة للعقد والمصالح المشتركة للأطراف.

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

وفي هذه الحالة للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس المادة 125 مكرر من القانون المدني باعتبارها صورة من صور الخطأ وإحدى تطبيقات المادة 124 من القانون نفسه.

أما القيد الثالث الذي من شأنه ضبط الحرية التعاقدية مبدأ حسن النية بحيث عند تعديل العقود يتعاون الأطراف المتعاقدة في تعديل العقد وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية بحيث يتعاون الطرفين عن طريق تقديم تسهيلات من أجل القيام بالتعديل. بأن تجمعها الجدية في إعادة تنظيم الرابطة العقدية وذلك بما تقتضيه متطلبات العقد وحاجاته وفي حالة رفض أحد المتعاقدين للتعديل رغم إمكانيته، يكون بذلك سيء النية، وسوء النية يفسد كل شيء حتى التعديل وذلك طبقاً لأحكام نص المادة 107 ق م .

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

أما القيد الرابع فيتمثل في الشكلية بعيدا عن اعتبار الكتابة وسيلة إثبات، فإن الكتابة المقصودة هنا هي تلك التي اعتبرها المشرع ركن انعقاد، كما هو الحال في بيع العقار و التصرفات الواردة على المحل التجاري، فتعديل هذا النوع من العقود يخضع لنفس القواعد التي فرضها المشرع على العقد الأصلي. وهذا ما كرسته المحكمة العليا (1) بالزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07 نوفمبر 1994، و الذي أيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 نوفمبر 1993 الذي قضى بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي، في حين كان لزوما على المفاوض عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة في العقد الأصلي.

ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم هذا خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من القانون المدني الجزائري بقولها " إذا أبرم العقد بأجر جزافي ويجب أن يحصل هذا الإتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد أتفق عليه مشافهة".

لكن هذا القيد يؤخذ بتحفظ كبير ذلك أن نص المادة 561 من القانون المدني المذكور ضمن أحكام المقابلة ولم يرد في الأحكام العامة للعقد، لذا فإن نقطة الاستفهام تبقى عالقة فيما يخص نطاق مجال القيد، خاصة و أن الأمر تكرر في نص المادة 324 مكرر عندما أخضعت جملة من العقود إلى الكتابة الرسمية لتضيف في الأخير مسألة شكل تعديل عقد الشركة الذي يجب أن يكون مطابقا لشكل العقد التأسيسي، فهل يقتصر القيد على عقدي المقابلة و الشركة أم أن الأمر سيان بالنسبة لكافة العقود ؟ لقد ذهب البعض إلى التفرقة بين أمرين بفرض الكتابة عند التعديل إذا تعلق الأمر بمسائل جوهرية إذا كان العقد الأصلي يشترط ذلك. أما إذا كان العقد الأصلي لا يشترط الشكلية في المسائل الثانوية فإن التعديل إذا وقع عليها لا يشترطها أيضا.

والمهم في التعديل هو المحافظة على استمرار و استقرار الرابطة العقدية الأصلية. فالتغيير في محل وسبب العقد يؤدي إلى التغيير في الطبيعة القانونية للتصرف أي التغيير في التكييف القانوني للعقد من عقد إيجار إلى عقد عارية بإلغاء بدلات الإيجار مثلا، فنكون أمام نشأة عقد جديد وليس تعديل في العقد الأصلي.

وعليه فإن حرية التعديل هي حق يمكن الأطراف من تعديل العقد كلما تعرض إلى اختلال في التوازن الاقتصادي أو أصبح بالصيغة التي هو عليها لا يخدم المصلحة المشتركة للطرفين وبغية إعادة تنظيمه. إلا أن هذا الحق ليس مطلقا بل هو مقيد بمبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق والكتابة وعدم الخروج عن العقد الأصلي.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

كان التعديل إجراءً وقائياً يحمي العقد من مخاطر الفسخ و عدم التنفيذ، فإن حرية الأطراف في تغيير عناصر العقد الأصلي سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الحذف يترتب عليه تغيير في مضمون العقد مع بقاءه، مما يدفعنا إلى التساؤل عن مصير العقد الأصلي.

رغم التغييرات التي قد ترد على عناصر العقد، إلا أنها لا تؤثر في جوهر العقد و من ثم استمراره، وذلك في حالتين حالة بقاء الشروط الجوهرية للعقد، و حالة بقاء الشروط الثانوية تعتبر العناصر الجوهرية شروطاً عامة مطلوبة لصحة العقد لا يتم إبرام العقد بدونها.

فإذا تم استبدال محل العقد الأصلي بمحل آخر جديد مماثل له دون التأثير على المحل الأصلي، فهذا الاستبدال المماثل هو الذي يحافظ على الرابطة القانونية و غالباً ما نجد ذلك في حالة اتفاق الأطراف على استبدال المحل الأصلي بمحل جديد، ومثال ذلك في حالة استبدال الشيء المبيع بشيء آخر و دون اللجوء إلى مناقشة ثمن الشيء المبيع رغم أن الثمن يعد ركناً من أركان عقد البيع، وهو المبلغ الذي يتعهد بمقتضاه المشتري أن يدفعه للبائع مقابل الشيء المبيع، وهو عبارة عن القيمة التي يقدر المتعاقدان بها المبيع ولا يشترط أن يكون معادلاً للقيمة الحقيقية أو التجارية و بالتالي نجد أنفسنا أمام نفس الثمن الذي تم الاتفاق عليه أثناء إبرام العقد الأصلي، أي أمام عقد البيع الأصلي نفسه مما يؤدي إلى بقاءه.

إن استمرار الرابطة العقدية يترتب عليها ضمان عدم المساس بلواحق العقد، سيما إن كانت من عمل الأطراف، فإذا كانت التأمينات المقدمة من قبل الغير فإنها تختفي في حالة التعديل ليس بسبب انقضاء الرابطة القانونية، و لكن لكونها لا تتعلق بالمتعاقدين، فمثلاً التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المستأجر، وهو الكفيل العيني إذا كان قد قدم رهناً رسمياً أو حيازياً، أو الكفيل الشخصي إذا لم يكن قد قدم تأمينا عينياً فلا يمكن أن يحتج عليه بعمل صدر من المستأجر لأن المادة 509 من التقنين المدني الجزائري، قد اشترطت صراحة موافقة الكفيل العيني أو الكفيل الشخصي لانتقال التأمين إلى الايجار الجديد.

أما إذا قام أحد الأطراف بتقديم التأمين فهذا الأخير يبقى مبدئياً إذ أن التعديل يفرض على كل من وافق عليه، وأن الرابطة القانونية التي بمقتضاها يتم تأييد التأمين تبقى قائمة.

فإذا رجعنا إلى التفرقة بين النظام القانوني للعقد المعدل والتجديد، فإن لواحق العقد في الحالة الأولى تستمر تلقائياً، أما في الحالة الثانية، فإنها تختفي بسبب انقضاء العقد أي أن الملحقات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد في حالة التجديد، إلا إذا نص عليها القانون أو تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف طبقاً لأحكام المادة 291 من التقنين المدني الجزائري، فمثلاً المشرع الجزائري قد خالف القاعدة التي

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

تفترض انقضاء التأمينات التي قدمها المستأجر في الإيجار القديم، بانقضاء هذا الإيجار تطبيقاً لفكرة التبعية، فتتقضي التأمينات بانقضاء الدين المضمون، فالمشرع نص على انتقال التأمينات العينية إلى الإيجار الجديد في حالة تجديد الإيجار الضمني طبقاً لأحكام المادة 509 من التقنين المدني الجزائري، مع تقييد انتقال التأمينات العينية التي قدمها المستأجر بقواعد الشهر العقاري.

ويراد بذلك أنه على المؤجر أن يقوم بإجراء قيد جديد للرهن الرسمي أو الرهن الحيازي بحسب مرتبته من تاريخ إجراءه وليس من تاريخ القيد الأول، حتى لا يترتب على انتقال التأمينات على هذا الوجه إضراراً بحقوق الغير الذي شهر حقه في الفترة بين قيد الرهن القديم وإجراء القيد الجديد. أما الملحقات التي تم إدراجها من قبل الأطراف في العقد الأصلي فتبقى مستمرة أثناء تعديله، وذلك بسبب استمرار الرابطة العقدية وعليه فإن مضمون العقد لم يتعرض للتغيير في الحالتين السابقتين، مما يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل.

وختاماً لهذا نخلص إلى القول أن تعديل العقد الهدف منه إعادة تنظيم الرابطة العقدية بما يتماشى والمصلحة المشتركة للطرفين و كذا المستجدات التي من شأنها التأثير على الهدف المرجو منه ، وذلك بإدراج آليات يتم الاتفاق عليها مسبقاً في العقد أو في مرحلة تنفيذه.

كما أن للأطراف الحرية في التعديل مع الحفاظ على المبادئ المقررة بالنسبة للتصرفات القانونية من شكلية و عدم تعسف في استعمال الحق و حسن النية هذا كله دون الخروج عن المضمون الأصلي للعقد.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد: تجسيد لدور الغير في الإبقاء على العقد

يمكن للغير الخارج عن العلاقة التعاقدية و الغريب عنها أن يصبح كطرف في العلاقة التعاقدية و يعدل فيها وهو الأمر المستحدث في التشريعات الحديثة بحيث كان هذا الأمر محضوراً في ظل نطاق المذهب الفردي لاصطدامه بالمبادئ التعاقدية العتيقة كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة والتي كانت تحظر كل مساس من شأنه أن يطول قدسية العقد. أو يهتك حرمة ، ولكن مع زيادة التطورات التكنولوجية والاقتصادية و الاجتماعية تغيرت العديد من المفاهيم والتي أثرت بشكل مباشر على المفاهيم و المعتقدات القانونية بحيث أن التشريعات بدأت في التخلي و لو بشكل جزئي عن بعض المبادئ و التي كانت تعد في وقت ماضي مسلمات لا غنى عنها و ظلت التشريعات تقدسها لردح من الزمن .

ولعل من أهم تلك المسلمات مبدأ القوة الملزمة للعقد و الذي فرض سلطانه على العقود لعقد طويل من الزمن والذي كان يرفض أي تدخل خارج عن العلاقة التعاقدية ورفع من العقد حتى جعله في مناص القانون الذي لا يجوز العبث به.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

فقد أصبح للقاضي في الوقت الحاضر التدخل في العقد والتعديل فيه بهدف المحافظة عليه وذلك عن طريق رخصة تشريعية منحه إياها المشرع بهدف الإبقاء على العقد قائما مما عل العديد من الفقهاء يؤكدون بأن القاضي أصبح كطرف جديد في العقد ، وتدخل القاضي للتعديل فالعقد أصبح يظهر جليا دور الغير في المحافظة على العلاقة التعاقدية عن طريق التعديل.

المطلب الأول: دور الغير في تعديل العلاقة التعاقدية: رفع العيوب الملازمة للعقد منذ تكوين

لقد سار التشريع القانوني الحديث على التخلي ولو بشكل ضئيل عن كافة القيود التي صنعها المذهب الفردي والتي عززها مبدأ سلطان الإرادة و التي دامت تسيطر على العقود لفترة طويلة من الزمن. وبهدف المحافظة على العقد خول المشرع للقاضي بعض السلطات التي يمكنه من خلالها التسلل للعقد والتعديل فيه والقضاء على كافة العيوب التي رافقت تكوينه.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ بوكماش محمد أن سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطة وقائية بحيث تحمي العقد من كافة الاختلالات التي واكبت التكوين¹.

ولذلك يتدخل القاضي للقضاء على كافة العيوب النفسية و المادية التي تضمنها العقد منذ نشأته كما أنه يقوم بضبط أو إلغاء كافة الشروط التعسفية التي تضمنها العقد بهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية وضمان استقرار المعاملات في العقد.

أ. دور القاضي في تخلص العقد من العيوب المادية و النفسية

يمكن للقاضي التدخل في العقد و التعديل فيه بهدف تخلصه من كافة العيوب المادية و النفسية والتي رافقت تكوين العقد و قد تشكل عائقا حقيقيا أمامه في مرحلة التنفيذ و التي قد تؤدي به إلى الإبطال والزوال وإهدار الثقة المشروعة والجهد مما يشكل شرخا يضر بالأمن التعاقدية، وبهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية قائمة منح المشرع القاضي سلطة التدخل في العقد و التعديل فيه بهدف تخلصه من كافة العيوب المتعلقة به سواءا كانت مادية كالغبن أو نفسية كالإستغلال أو كانت عيوب هجينة تجمع بين هذا وذلك، وهذا ما اعتبر العديد من شراح القانون أنه خروج صارخ على نص المادة 106 ق م.

الغبن هو المظهر المادي للاستغلال، وهو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة وبذلك خرجت التبرعات و العقود الاحتمالية من نطاق فكرة الغبن²، فهذه الأخيرة بطبيعتها لا يمكن أن يقع الغبن على أحد

¹ حمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012، ص 90.

² عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 74.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

العاقدين، كما أن عقود التبرع تقوم على إعطاء شيء دون مقابل، لذلك لا يثار عدم التعادل بين الأداءات لقيامها على أساس فكرة التبرع لا المعاوضة، والعبرة بتقدير وجود الغبن هو وقت تكوين العقد، ولا يعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشا¹.

وقد تطورت نظرية الغبن المادية لتقترب مع نظرية الاستغلال النفسية، فإلى جانب عدم التعادل في الأداءات قد يقوم عنصر نفسي و المتمثل في استغلال الضعف في نفس المتعاقد وقد يكون طيشا بينا أو هوى جامح. لجر المتعاقد معه للتعاقد مما يخلق في العقد عيوب مادية ونفسية تؤثر بشكل سلبي على استمرار العلاقة التعاقدية ونجد أن أغلب التشريعات الحديثة أخذت بنظرية الاستغلال إلى جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في حالات محددة ولذلك المشرع الجزائري الذي أخذ بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 من القانون المدني، واحتفظ بالتطبيقات التقليدية للغبن وذلك بنص المادة 91 قانون مدني التي تنص على أنه يراعى في تطبيق أحكام المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وهي واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ومبعثرة ولا يجوز التوسع فيها.

فالغبن يؤسس على أساس فكرة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، وهو عيب مادي في العقد بذاته وهو مستقل عن عيوب الرضا المتمثلة في الغلط و الاكراه و التدليس² ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها نظرة مادية، فهي درجة محددة كالخمس أو الربع أو النصف فالعقد الذي يختل فيه التوازن العقدي يكون عقد غير عادل و يصطدم بفكرة النظام العام، فطالما اتضح وجود غبن في العقد فالقاضي لا يملك التدخل في تعديله كأصل وإنما كل ما يملك هو ابطال العقد إذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن لكن كاستثناء يمكن للقاضي رفع الغبن عبر آليات، وقد أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرد و لكن حصر تأثيره على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر وهي: حالة بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس المادة 358 من القانون المدني الجزائري، القسمة الرضائية المادة 732 مدني، شرط الأسد المادتين 420، 426 مدني جزائري، أجر الوكيل طبقا للمادة 581 فقرة 2 مدني جزائري، الشرط الجزائري المادة من القانون المدني 584.³

في جميع هذه الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي الموضوعي لا الشخصي كما هو الحال في الاستغلال ، ويكون الجزاء إما إبطال العقد أو تكملة الثمن ويرى العديد من الفقهاء أن القاضي

¹ عبد الرحمان الشرفاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، جامعية عين شمس، مصر، 2002، ص44.

² المرجع السابق، ص56.

³ حفيف دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، ص47.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

لا يتمتع بأي سلطة في هذا المجال لكن على خلاف ذلك ترى الأستاذة ماري بيار لامور أن سلطة القاضي تظهر في هذا النطاق في إنقاذه للعقد والإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة.¹

فالقاضي له السلطة في تعديل العقد إذا ثبت له بشكل واضح أن المتعاقد معه كان ضحية غبن وتعرض لعيب مادي أثناء إبرامه للعقد أو كان ضحية عوامل نفسية مما شكل عيب الاستغلال في العقد بحيث تتمحور سلطة القاضي في غالب الأحيان بإطلاق سلطته للتعديل في العقد والإبقاء عليه بدل إبطاله وزواله كلياً وذلك كاحترام للإرادة والجهد المبذول في إبرام العقد.

فاختلال التوازن العقدي في العقد والتفاوت الواضح بين الآداءات المتقابلة في العقد لا تحدد برقم معين يجب أن يصل إليه بل تترك لظروف كل حالة على حدى، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الاستغلال (المادي والنفسي) دون رقابة من المحكمة العليا.²

على الرغم من أن تقدير الغبن المادي في العقار من خلال تقدير ما إذا كانت قيمة العقار تفوق الثمن الخمس أم لا إلا أن هذه السلطة تخضع لاختصاص القاضي، وله الاستعانة في ذلك بخبير و هي أضيق نطاقاً من حيث التطبيق العملي، بحيث وردت في بعض الحالات الاستثنائية التي وردت في القانون المدني على سبيل الحصر، والتي قضى فيها القاضي بتعديل العقد، ذلك أن المشرع فصل في بعض الحالات ووجه حكم القاضي بطريقة مباشرة في حالات ومن بينها الغبن في بيع العقار باعتباره سبباً لتكملة الثمن إلى أربعة أخماس من قيمة العقار، وذلك متى توافرت شروط الطعن بالغبن³ النسبة المحددة لكي يقرر جزاء الغبن وهو المذكورة سالفاً، حيث يكفي القاضي بالتأكد من عدم التعادل الذي مس العقد والذي جرى تسميته بالغبن الحسابي. من طرف بعض الفقهاء.

بحيث يستوجب في العقد ان المتعاقد يقدم مثلما يأخذ، وأن المساواة في التبادل هي أساس هذه العدالة. فإن نظام الاستغلال أو الغبن الاستغلالي كما يصطلح عليه في بعض التشريعات، يعد هتكاً لهذه المعادلة و تدمير لها ولذلك جعل المشرع من سلطة القاضي في تعديل العقد آلية فعالة لضمان النزاهة والمساواة في العقد وسلامة الرضى ونزاهة المعاملات مع مراعاة الاستقرار العقدي⁴

¹ ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري و البيئية، المجلد 9، العدد 01، 2021، ص 119، 118.

² D'Hoar - Laupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-Ayache, J.J. Serret, Op.Cit., p. 78

³ F. Ameli :Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997

⁴ - J. Ghestin :traité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980

ب. دور القاضي في تخلص العقد من الشروط التعسفية

انتشرت الشروط التعسفية في العقود مما دفع جل التشريعات إلى معالجة هذه الشروط بعد أن حددوا ماهيتها ومن ذلك التشريع الجزائري الذي عرّفها في القانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وبذلك يكون قد قصر نطاقها بعقود الإذعان، كما اعتبر عدم التوازن بين حقوق وواجبات الأطراف معيارا لاعتبار الشرط تعسفيا مع وضع قائمة للشروط التعسفية. ولقد اتبع المشرع أسلوبين لمواجهة الشروط التعسفية، أسلوب تنظيمي قام من خلاله بإنشاء لجنة البنود التعسفية كما منح للحكومة سلطة تحديد الشروط التعسفية، أما الثاني فهو أسلوب قضائي حيث مكّن القاضي من تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعّن منها، بالإضافة إلى ترتيب جزاء مدني يتمثل في بطلان الشروط التعسفية التي تتضمنها وثيقة التأمين، وكذا جزاء عقابي ممثل في الغرامة¹.

فقد فصل مبدأ سلطان الإرادة في العقد بحيث جعله شريعة للمتعاقدين إلا أن إطلاق العنان لهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه الإضرار بالمتعاقد الضعيف وقد يجافي العدالة، و لعل ما أفرزه هذا المبدأ خلق مراكز قانونية غير متساوية بين المتعاقدين مما جعل عقود من فئات جديدة تظهر في الواقع في مقدمتها عقود الإذعان والتي تعتبر أفضل مثال عن الشروط التعسفية في العقود بحيث يمكن للطرف الضعيف التعسف في وضع شروط العقد لذلك تدخل المشرع في رغبة منه في إيجاد بعض الحلول لإضفاء التوازن العقدي على العلاقة التعاقدية، وحماية الطرف الضعيف لاسيما عندما يظهر الاختلال جليا في العقد مما يرهق الطرف الضعيف².

ولقد أقر المشرع للقاضي التدخل في عقود الإذعان وذلك للتعديل في العقد و حماية الطرف المذعن والضعيف وذلك طبقا لنص المادة 110 ق م، ففي حالة إكتشف القاضي أن العقد يحمل شروطا تعسفية فللقاضي التدخل و أعمال سلطته في تعديل العقد وذلك من خلال إزالته لكافة الشروط التعسفية المثقلة للعقد و الطرف المذعن وإلغاء كافة أثارها.

إلا أن هناك من الشروط ما لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها ذلك أن إلغائها قد يضر بالعقد والمتعاقد معه ومثاله الشرط الجوهري أو الثمن في عقد البيع، وإنما يمكن للقاضي متى رأى أن هذه الشروط قد يؤدي إلى هدم العقد برمته، أو أن هذه الشروط تشكل تعسفا جاز له أن يعدلها طبقا لمتطلبات العدالة والمحافظة على العقد، كما يمكن أن يظهر الشرط التعسفي في صورة من

¹ فؤاد معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار اجامعة الجديدة للنشر، 2004،

² محمود زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1987، ص45

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

صور الغبن المادي أو الاستغلال، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي، إما بالانقاص في التزامات الطرف المذعن المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف القوي الغابن لإزالة الغبن الوارد فيهم يتقيد بالشرط و القيود القانونية للتعديل بسبب الغبن، إذ أن القاضي بقيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يستند لأساس آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد والمطالبة بتعديله طبقاً للقانون¹

فكاستثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين وضع المشرع نص المادة 110 ق م كمنطلق السلطة الممنوحة للقاضي للتعديل في العقد و نفس الشروط التعسفية فإن المشرع بموجب نص المادة 110 ق م المشرع فإنه أجاز للقاضي عمال سلطته إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي، متى قد الشرط تعسفي، وأن تعديل هذا الأخير بالتخفيف من الالتزام المقابل هو الوسيلة قضائية لإزالة مظهر التعسف في العقد و أن القاضي بتدخله لتعديل العقد يجعل من الشرط التعسفي وكأنه لم يوجد أصلاً في العقد فيعيد التوازن للعلاقة التعاقدية و يحزر المذعن من التقيد بشرط غير موجود اطلاقاً.²

فإن للقاضي التدخل للقضاء على الشرط التعسفي الذي ليس هناك ما يبرره. ورفع فيكون للقاضي وفقاً للمادة 110 ق م سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف على خلاف القاعدة العامة و هي أن العقد شريعة المتعاقدين وذلك لأولوية استقرار المعاملات تبيح خرق مبدأ سلطان الإرادة³. فللقاضي أن يعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة، وللقاضي تقدير ما إذا كان البند تعسفياً فيعده أو يلغيه أو ليس تعسفياً فيبقي عليه.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد: رفع العيوب الملازمة لمرحلة التنفيذ

لقد أضحيت التشريعات تتراجع و بشكل ملاحظ عن القيود التي فرضها مبدأ سلطان الإرادة والتي بقيت مسيطرة لأمد طويل على العقود، فبهدف الإبقاء على العلاقة التعاقدية حول المشرع للقاضي بعض السلطات والتي من شأنها دفع الإبطال على العقد و تكون للعقد كدرع حماية من كافة العيوب التي قد تلازم العقد في مرحلة التنفيذ.

¹ محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 15.

² بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر 1998

³ سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

ولذلك يمكن للقاضي التدخل في العقد والتعديل فيه سواء عن طريق إعادة التوازن المالي للعقد أو عن طريق إضفاء تحولات جذرية في العقد الأصلي بحيث يكون تدخل القاضي كدور إيجابي وفعال للمحافظة على العقد وضمان العلاقة التعاقدية قائمة وخالية من كافة الإضطرابات التي قد تهدد إستمرارها.

أ. دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد: دفع للظروف الطارئة

الأصل أن الأخطار و التهديدات تترصد العقود الزمنية التي تكون مترخية التنفيذ وتتطلب مدة زمنية للتنفيذ ولا يسري هذا الحكم على العقود الفورية، فكلما تراخى التنفيذ كان العقد مهددا للإضطدام بالعقبات التي قد تؤدي إلى زواله وانتهاء العلاقة التعاقدية لذلك نجد بأن العقود الزمنية و المترخية التنفيذ تكون مجالا خصبا لإعمال سلطة القاضي في تعديل العقد.

فالقاضي هو سلطة في إعادة التوازن المالي للعقد إذا إختل هذا التوازن بفعل الظروف الطارئة أو إختل هذا التوازن بفعل الشرط الجزائي، ففي الفترة التي يتراخى فيها العقد في التنفيذ قد يطرأ بعض الظروف الإقتصادية¹ والتي تخل توازن العقد والتي تحدث تغيرا فجائيا وغير متوقع بباغت العقد أثناء مرحلة تنفيذه فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا مثل ارتفاع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشا بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف هنا الحادث الطارئ إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا يكون قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، و إذا جعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة لما كان له أثر، لكن الفرض المقدم أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلا ومن جهة أخرى صار مرهقا يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف و لا يبق الالتزام كما هو لأنه مرهق²، لكن يتدخل القاضي لرد الالتزام الى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه بمشقة ولكن في غير إرهاق و هذه النظرية حديثة، ومع ذلك فالقانون المدني الفرنسي لم يأخذ بها، وذلك لرفضه لها بسبب تعارضها مع مبدأ سلطان الإرادة³. وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تستجيب لحاجة ملحة، تقتضيها العدالة، فهي تهدف إلى منح القاضي سلطة تعديل العقود تبنهاها المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني فلقد حول المشرع الجزائري للقاضي بموجب نص المادة 3/107 ق م سلطة التعديل في العقد وإعادة

¹ الفزاري حسبو: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، ص 88.1979.

² المرجع السابق، ص 90، 91.

³ Jean-paul doucet, les clauses d'indexation et les ordonnances du 30/12/1958 et du 04/02/1959, paris 1965

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

التوازن المالي للعلاقة التعاقدية بهدف ضمان البقاء للعقد و يكون ذلك متى توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة و يستند القاضي في تعديل العقد رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لحماية للطرف الضعيف وتبعا للظروف المحيطة بالقضية بهدف تكريس التوازن المالي للعقد و الإبقاء عليه وتماشيا مع متطلبات العدالة وحسن النية وإضفاء الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة¹.

غير أن ما يمكن ملاحظته في هذا السياق أن المشرع لم يترك سلطة مطلقة للقاضي في هذا المجال و إنما ضبطها بضوابط ومعايير وقيدها بقيود و لعل ذلك كرامة من المشرع في عدم الاطلاق العنان للسلطات القاضي في العقد من جهة والمحافظة على خصوصية قدسية العقد من جهة أخرى.

ولعل يستشف كامل الظروف المحيطة قبل التعديل في العقد المساس به ولعل ذلك ما أكدته نص المادة 3/107 ق م، كما أن القاضي يكون بمعيار لا يقل أهمية عن المعيار الأول وهو موازنة القاضي بين مصلحة المتعاقدين فلا يرجح كفة متعاقد على الآخر ولا يحابي متعاقد على حساب الآخر بحيث يوازن بين المصالح المشتركة للمتعاقدين ويضبط التعديل على أساس الخسارة اللاحقة للطرفين ، وذلك بهدف إعادة التوازن للعقد والإبقاء عليه وإرساء المصالح المتوازنة بين طرفيه².

يقوم القاضي برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك للمحافظة على العلاقة التعاقدية قائمة و يكون للقاضي السلطة المطلقة في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و الذي يراه مناسباً.

فباعتبار أن نظرية الظروف الطارئة نظرية لا ترد إلا على العقود المتراخية التنفيذ والملزومة للجانبين والتي تقوم على أساس تعادل الإلتزامات³، فإن إختلال التوازن في الإلتزامات قد يؤدي بها إلى منحى الزوال وبغرض دفع كافة الاخطار عن العقد خول المشرع للقاضي بعض السلطات التي من شأنها دفع أخطار الظروف الطارئة على العقد لعل أهمها إنقاص الإلتزام المرهق ورده إلى الحد المقبول كما يمكن للقاضي زيادة الإلتزامات المقابلة للطرف الذي لم يتضرر بفعل الظروف الطارئة ، كما يمكن للقاضي أيضا أن يقوم بوقف تنفيذ العقد توقيفا مؤقتا إلى حين إنتهاء الازمة ورجوع الأوضاع إلى حالها.

ب. دور القاضي في الإبقاء على العقد: تغيير شكل العقد

لقد نوع المشرع في تحيين الوسائل و السبل و الأليات التي من شأنها إنقاذ العقد و المحافظة على العلاقة التعاقدية من خلال التعديل فيه وإضفاء تغييرات عليه، فطالما شكل تعديل العقد حلا ناجعا

¹ بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، 2007، ص 14 .

² فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004 ، ص 203 ، 204.

³ حفيظ دحمون، المرجع السابق، ص 55.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

يساعد على استمرار العلاقات التعاقدية التي لحقها عيب في التكوين ولا زمنها في مرحلة التنفيذ فجعل منها عقودا معينة يهددا للإبطال في كل ثانية وحين .

فلقد أضحي التعديل ضرورة حتمية يتطلبها العقد الناقص في كل حين مما جعل المشرع يضع في يد القاضي العديد من السلطات و التي من شأنها تحافظ على العقد، وما يلاحظ أن السلطات المخولة للقاضي تربو عن تلك التي أقرها المشرع للأطراف و لعل ذلك راجع لصعوبة تفعيل تلك الآليات و أنها آليات معقدة تحتاج إلى فهم ودراية لتطبيقها وهو الأمر الذي يفتقده الكثير من المتعاقدين¹.

ولعل من أهم الآليات التي يمكن للقاضي من خلالها إنقاذ العقد عن طريق تعديله نظرية الإنقاص و نظرية التحول التي نص عليها المشرع في نص المادة 104 و 105 من ق م.

فيمكن للقاضي التعديل في العقد و لإبقاء على العلاقة التعاقدية من خلال أعمال نظرية الإنقاص بحيث يقوم بحذف كافة الشروط الباطلة من العقد وإلغائها و المحافظة على باقي العقد قائما و لعل ذلك ما نصت عليه المادة 104 ق م و التي تنص: "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"

ولكن لتطبيق نظرية الإنقاص و يجب أن يكون العقد يتقبل التعديل بحيث يكون العقد قابلا للانقسام والتجزئة بحيث يمكن للقاضي أن يبتز ويفصل الجزء الباطل عن الجزء الصحيح وأن يفعل خاصية التعديل².

كما يستوجب أن يكون الشرط الباطل شرطا ثانويا ولا يكون جوهريا هو اللازم للتعاقد بحيث إذا كان الشرط جوهريا لا يمكن أعمال التعديل فيه و بذلك يبطل العقد كله، فلا يكون التعديل إلا من خلال بتر القاضي للشروط الثانوية في العقد.

كما يرى جانب من الفقه أن الإنقاص هو عبارة عن رخصة من القاضي للأطراف للإلتفاف على العقد الأصلي وتنفيذه بشكل كلي بحيث يسمح القاضي للأطراف المتعاقدة بتنفيذ جزء من العقد دون تنفيذ الجزء الأخر³.

كما أن الانتقاص هو تفعيل لنظرية الأثر الأقوى للعقد بحيث يقوم القاضي بالمحافظة على الشرط الصحيح القوي وإلغاء الشرط الثانوي الضعيف، فالإنقاص آلية قانونية منحها المشرع للقاضي من أجل

¹ Marie Pierre Lamour. ,le sauvetage du contrat

² مونية بوشعرة، إنقاص العقد، مذكرة ماجيستر، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، ص 44.

³ المرجع السابق، ص 90

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

تخليص العقد من كافة الشروط الباطلة التي تعلقت بالعقد و ذلك بإعمال الأساس الشخصي أو الأساس الموضوعي¹.

ويرد الإنقاص على كافة العقود التي تكون قابلة للتجزئة الانقسام فيه ولعل أحسن مثال يضرب على نظرية الإنقاص إنقاص المدة في عقد الإيجار، أو إبطال شرط عدم أخذ العطلة في عقد العمل. فالإنقاص آلية مزدوجة وآلية هجينة تجمع بين الرخصة التشريعية وإرادة الطرفين وسلطة القاضي في تعديل العقد بهدف إنقاذه من كافة الشروط والأجزاء الباطلة التي تعلقت به منذ التكوين مما يضمن استمرار العلاقة التعاقدية قائمة وتدفع البطلان عن العقد، بحيث يبقى الجزء السليم صحيحا معافى و يستمر.

كما أنه يمكن للقاضي إعمال آلية أخرى في تعديل العقد و الإبقاء عليه و ذلك من خلال تحويله، ونظرية التحويل التي نص عليها المشرع في نص المادة 105 ق م والتي تنص: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"

فمن خلال نص المادة يتبين أن المشرع سمح للقاضي بالتدخل في العقد وأن يقوم بتحويله إلى عقد آخر بحيث يتحول العقد الأصلي الباطل إلى عقد فرعي صحيح وذلك بهدف المحافظة عليه واستمرار العلاقة التعاقدية قائمة .

ولكن يشترط في تعديل العقد عن طريق تحويله توفر شرط أساسي و هو أن يحمل العقد الباطل في طبياته العقد الصحيح حتى يتمكن القاضي من التعديل والإبقاء على العقد و ما يلاحظ في نظرية التحويل أن القاضي يقوم بالتغيير من صفة العقد فينتقل العقد من صفة إلى صفة أخرى ومثاله أن يتحول عقد البيع القائم على ثم تافه إلى عقد هبة و لكن بشرط أن يحمل هذا العقد الأصلي في طبياته أركان العقد الصحيح .

فتحول يظهر سلطة القاضي من خلال تعديله للعقد وإعماله لفكرة العقود المستترة بحيث يبحث القاضي عن إرادة الأطراف المتعاقدة ويكشف عليها بموجب حكم قضائي كاشف فيحكم بتعديل العقد وتحويله حتى يبقى مستمرا وتبقى العلاقة التعاقدية قائمة ولا تندثر².

¹ أحمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 11، الجزء الثالث، ص 209.

² المرجع السابق، ص 210.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

فالتحول يحمل خاصية التعديل في العقود بحيث يمكنه من قلب صفة العقد من طبيعة إلى طبيعة أخرى مخالفة تماما لما أنشأ عليه العقد.

فالتحول آلية تعمل على تعديل العقد و ذلك كاستجابة حتمية للمتطلبات الجديدة في القانون الحديث بحيث تضمن هذه الآلية المحافظة على العقد و استقرار المعاملات و درء البطلان عن العقد و ضمان تجسيد مصالح الأطراف المتعاقدة و ضمان الهدف الاقتصادي المتوخى من خلال التعاقد. ولعل أهم المعايير التي يستند إليها القاضي للتعديل العقد والحكم بتحوله معيارين مهمين فالمعيار الأول والمتمثل في البحث والتدقيق في الإرادة الافتراضية للمتعاقدين والمعيار الثاني والمتمثل في التدقيق في الغرض الاقتصادي الذي يرمي المتعاقدان إلى تجسيده.

خاتمة :

أن تعديل العقد الهدف منه إعادة تنظيم الرابطة العقدية بما يتماشى والمصلحة المشتركة للطرفين وكذا المستجدات التي من شأنها التأثير على الهدف المرجو منه ، وذلك بإدراج آليات يتم الاتفاق عليها مسبقا في العقد أو في مرحلة تنفيذه كما أن للأطراف الحرية في التعديل مع الحفاظ على المبادئ المقررة بالنسبة للتصرفات القانونية من شكلية وعدم تعسف في استعمال الحق وحسن النية هذا كله دون الخروج عن المضمون الأصلي للعقد.

كما يعد موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد من المواضيع الهامة بحيث يمس العديد من جوانب القانون المدني فتطرق لهذا الموضوع يفتح أمامنا زاوية ازدواجية بحيث أن سلطة القاضي تكون نابعة من التأثير بإرادة المتعاقدين من جهة وبذلك يجد القاضي نفسه ملزما بالبحث عن الوسائل الناجعة للمحافظة على الرابطة التعاقدية، ومن جهة أخرى نجد أن القاضي يكون مرتبطا بالمحافظة على التوازن العقدي واستقرار المعاملات و حماية الثقة المشروعة.

فعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي تكتسبها الإرادة في العقود و الحرية التعاقدية التي يتمتع بها الأطراف المتعاقدة إلا أن المشرع قد حد من تلك الطلاقة بمنح القاضي سلطات يستخدمها لحماية العقد من الزوال و لحماية الطرف الضعيف.

النتائج

1. ينشأ العقد بموجب الإتفاق وكذلك يمكن للإتفاق التعديل في العقد و ذلك بهدف الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة والمحافظة عليها
2. لقد أوجد الفكر القانوني للأطراف المتعاقدة آليات من شأنها دفع كافة الاضطرابات الاقتصادية التي تواجه المتعاقدين أهمها بند التقبيس و بند إعادة التفاوض و الذي يعد كرسكلة للعقد.

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

3. لقد منح المشرع للأطراف الحرية في تعديل العقد لكن هذه الحرية مقيدة وليست حرية مطلقة.
4. رغم أن المشرع أقر مبدأ القوة الملزمة و مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية إلا أنه ولا اعتبارات العدالة والمحافظة على العقد حول للقاضي التدخل والتعديل في العقد.
5. أن تدخل القاضي في العقد من شأنه إشاعة الأمن التعاقدية بحيث يصبح المتعاقد يبرم العقد وهو مرتاح لعلم بوجود سلطة تحمي حقوقه من تعسفات الطرف القوي.
6. أن التخلي عن القيود التي فرضها مبدأ سلطان الإرادة والمذهب الفردي تم التخلي عنها لاعتبارات سامية لعل أسماها تحقيق الهدف من التعاقد والمحافظة على العقد.
7. أن المشرع من خلال منحه للقاضي سلطة التعديل في العقد يكون المشرع بذلك قد تنازل وخول بعض السلطات التشريعية للقاضي.

الاقتراحات:

لما سبق من النتائج نقترح على المشرع أن يعمد إلى رفع بعض القيود الواردة على سلطة الأطراف والقاضي خصوصا وأن التعديل يصب في إطار إعادة التوازن للعقد وحماية والمحافظة عليه وتحقيق المصالح المشتركة للمتعاقدين.

كما نقترح على المشرع إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة 107 ق م والتي تشير بجعل أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام و بعدم جواز الإتفاق على مخالفتها لما في ذلك من إجحاف و تجاهل لاتفاق الطرفين المتعاقدين على تعديل أحكام المسؤولية العقدية وهو ما يخالف تماما حكم النظرية .

كما نقترح على المشرع تبويب سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد و جمع كافة المواد المتناثرة في القانون المدني وترتيبها للفت الانتباه حول أهمية التعديل في المحافظة على العقد.

- قائمة المراجع:

أولا : المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- 1- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية، 1983
- 2- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد ، 1977
- 3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، 1967.

- 4- البداوي محمد علي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة طرابلس، 1993
- 5- تناغو سمير عبد السيد: نظرية الالتزام ، منشأة المعارف: الإسكندرية ،1975
- 6- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول ،دار النشر للجامعات المصرية ،1967
- 7- عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر و السياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
- 8- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة ،الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر، 2004
- 9- لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990
- 10- فؤاد معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار اجامعة الجديدة للنشر ، 2004
- 11- محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2006
- 12- بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر 1998
- 13- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان ،دار النهضة العربية، القاهرة، 1998
- 2- المقالات:**
- 1- أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 17
- 2- ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري و البيئة، المجلد 9، العدد 2021، 01
- 3- رسائل لدكتوراه ومذكرات الماجستير:
- 1- لفزاري حسبو: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979
- 2- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ ،رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر

- 3- حمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012
- 4- عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016
- 5- حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2012
- 6- حمود زاوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1987
- 7- لفزاري حسبو: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة: الإسكندرية، 1979.
- 9- ونية بوشعرة، إنقاص العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015
- 10- أحمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 11، الجزء الثالث

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

1. Ghozi: La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J: Paris
2. Ghozi: La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J: Paris, 1980.
3. D'Hoir - Laupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-Ayache, J.J. Serret, Op.Cit., p. 78
4. 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.
5. F. Ameli : Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien : paris, 1997
6. F. Ameli : Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien : paris, 1997 J. Ghestin : traité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980
7. Farnçois Ameli, Droit Civil, Les obligations, Montchrestien : Paris, 1997
8. 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
9. Jean-paul doucet, les clauses d'indexation et les ordonnances du 30/12/1958 et du 04/02/195, paris 1965
10. Marie pierre lamour. ,le sauvetage du contrat, these du doctorat en droit privé , université pierre mendés France, faculté de droit de grenoble, 2001

المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف و سلطة القاضي

11. Y. Picod :Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, tome 208, L.G.D.J : Paris 1989
12. Yves Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Tome 208, L.G.D.J Paris, 1989, p. 213

