

دور القاضي و المتعاقدين في تعديل العقد بهدف المحافظة على العقد

بن لعلی عبدالنور*

جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق سعيد حمدين (الجزائر) benlala.1989@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/02/01 تاريخ القبول: 2022/09/05 تاريخ النشر: 2022/10/08

ملخص:

لقد منح المشرع الجزائري في القانون المدني للقاضي والمتعاقدين الحق في تعديل العقد و المساس به و ذلك بهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية قائمة و ضمان إستمرارها و استقرار المراكز التعاقدية و ضمان الأمن التعاقدية، فعلى الرغم من أن هذا التعديل يظهر في ظاهره أنه وطأ للمبادئ التقليدية كمبدأ القوة الملزمة و تدنيس لمبدأ سلطان الإرادة ، و تطاول على حرمة العقد و هتك بقدروسيته و تنكيس للمبادئ الكلاسيكية للعقد إلا أنه في فحواه تثبيت لإرادة المتعاقدين و ضمان للإستمرار العلاقة التعاقدية قائمة مما يجعل التعديل كتطبيق واضح لفكرة الإبقاء على العقد و ذلك من خلال العمل على تنفيذ العقد و ترسيخه من خلال التعديل فيه.

كلمات مفتاحية: دور المتعاقدين، دور القاضي، ضبط العقد، إنقاذ العقد، المساس بالقوة الملزمة

Abstract: (Do not exceed 150 words)

In the civil law, the Algerian legislator granted the judge and the contracting parties the right to amend the contract and prejudice it, with the aim of preserving the existing contractual relationship and ensuring its continuity and the stability of the contractual centers and ensuring contractual security, although this amendment appears to be a trample of the traditional principles as a principle Binding force and desecration of the principle of dominion of will and encroachment on the sanctity of the contract and violated its sanctity and deviation of the classical principles of the contract, but it is in its content a confirmation of the will of the contracting parties and a guarantee for the continuity of the contractual relationship, which makes the amendment as a clear application of the idea of maintaining the contract through working on the implementation of the contract And consolidate it through modification.

Keywords: The power of the parties, the power of the judge, the modification of the contract, the preservation of the contract, , the violation of binding force

مقدمة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المتطلبات الأساسية التي تبني على أساسها التصرفات القانونية و تبني على أساسها العمليات التعاقدية قاطبة، لكن المغالاة في التعلق بمبدأ سلطان الإرادة و الذي كان مهيمنا في القرن المنصرم يجعل من العقد

* المؤلف المرسل

كيان مقدس يحرم المساس به من طرف القاضي و المشرع و الإرادة المنفردة على حد سواء، مما يجعل من العقد عرضة لخطر الزوال لعدم قابلية معالجته و إنقاذه، لأن مبدأ سلطان الإرادة يفرز متطلبات تحول دون المساس به، و لقد تواتر الفقه و القضاء على تطبيق هذا المبدأ و بصرامة لأمد بعيد ، بحيث وقف الفقه عاجزا أمام هذا المبدأ الكلاسيكي الذي أصابه الجمود لطول فترة من الزمن ، و بقي كعقبة أمام القاضي و المشرع فكان إذا صادفهم عقد فيه خلل معين كان الحل الوحيد هو تطبيق جزاء البطلان أو الفسخ و القضاء على العقد و هدم أسس العلاقة العقدية ، لعدم جواز المساس بالعقد و لشيوع فكرة إعدام العقد بدلا من التعديل فيه مما أعدم معها فكرة الإنقاذ بالتعديل لردح طويل من الزمن.

ولكن مع الغلو في التشبث بأحكام المذهب الفردي ظهرت العديد من المبادئ وولدت العديد من المفاهيم التي تعلقت بمبدأ سلطان الإرادة وأصبحت تبسط نفوذها وهيمنتها على العقود كافة لعل أهمها مبدأ القوة الملزمة للعقد والذي يحرم المساس بالعقد ويحتفظ بقدوسيته بمنأى عن كافة التلاعبات 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 وقانون 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 والبنود اللازمة للعقد والاتفاقات على الأداءات والتي في غالب الأحيان يصيبها الخلل نتيجة اختلال الأداءات بين الأطراف المتعاقدة مما يخلق أزمة في العقد قد تؤدي بالعلاقة العقدية إلى الزوال.

ولكن مع ظهور التطورات الاقتصادية والتكنولوجية 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 وتنسحب 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.

و على الرغم من أن المذهب الحديث يعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة و القوة الملزمة من المبادئ التي تضمن و تحقيق الاستقرار القانوني في العقد إلا أنهما مبادئ تقليدية جامدة لا بد من أن يضاف عليها نوع من المرونة حتى تنصهر و تتكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر ، ولعل أهم ما يترجم هذه المرونة السماح للقاضي و الأطراف التعديل في العقد و مع أن الكثير من الفقهاء يعتبرون بأن تعديل الأطراف أو القاضي للعقد يعتبر انتهاك لمبدأ القوة الملزمة و خروج

صارخ عن أحكام مبدأ سلطان الإرادة و المذهب الفردي إلا أنه في حقيقة الأمر هو تعزيز لهذه المبادئ الكلاسيكية و ذلك من خلال المحافظة على العقد و صون إرادة الأطراف المتعاقدة و ذلك من خلال أعمال الدور الإيجابي للتعديل العقد و المتمثل 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 كبندى 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 اغتيال التوازن الاقتصادي للعقد فللطرف المضروب اللجوء إلى القضاء في أحوال معينة لأجل رفع الضرر فلقد أجاز المشرع للقاضي و الأطراف بعض الآليات القانونية التي من شأنها التعديل في العقد و إعادة التوازن الاقتصادي فيه، و إعادة رسم ملامح العلاقة التعاقدية فيه و ذلك بهدف إعادة إنعاش العلاقة العقدية و المحافظة عليها و درء كافة سبل زعزعة العدالة التبادلية بين الأطراف بحيث يهدف التعديل إلى إرساء أسس العدالة التبادلية في العقد مما يضمن تحقيق المساواة التعاقدية¹.

و لقد أشار المشرع إلى العديد من الآليات التي يمكن للقاضي و الأطراف على حد سواء الإلتجاء لها للتعديل في العلاقة التعاقدية و وضعت هذه الآليات في مواد متفرقة فمنها تقنيات تحمي رضى المتعاقد و تقنيات أخرى تهدف إلى قمع الطرف المحتكر للعلاقة التعاقدية و آليات أخرى تضمن إعادة التوازن الاقتصادي في العقد، و لا تقتصر آليات التعديل على مرحلة معينة في العقد بل هناك آليات تعمل على تعديل العقد في مرحلة نشأته و آليات أخرى تعمل على إنقاذ العقد في مرحلة تنفيذه، و يهدف هذا المقال إلى تبيان أهم الآليات التي من شأنها تعديل العقد سواء في مرحلة التنفيذ أو الملازمة لمرحلة النشأة و ذلك نظرا لأهمية الموضوع من الناحية العملية و لمعالجة العقد من كافة الأزمات التي قد تصيبه و تهدد استمرار العلاقة العقدية. **ومما سبق سنطرح الإشكالية التالية:** ماهي الآليات التي أقرها المشرع للمتعاقدين والقاضي بهدف التعديل في العقد من أجل ضمان استقرار العلاقة التعاقدية وتجسيد الأمن التعاقدي وما مدى حرية المتعاقدين في تجسيد هذه السلطة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية لنستند إلى المنهج الوصفي التحليلي وللإجابة على الإشكالية نقسم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: سعي المتعاقدين للمحافظة على العلاقة التعاقدية

المبحث الثاني: سعي القاضي للمحافظة على العلاقة التعاقدية

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: سعي المتعاقدين للمحافظة على العلاقة التعاقدية

يمكن للطرفين المتعاقدين الاتفاق للتعديل في العقد وتصويب بعض الظروف الغير مستقرة في العقد وذلك بهدف إنقاذ العقد والإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة مما يظهر دور الإرادة في الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة وعلى الرغم من أن المشرع قد منح للأطراف 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 قدوسية 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: البنود الاتفاقية ضمان لبقاء 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 الاحتفاظ 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 وتؤدي إلى زواله وذلك من خلال فرض بعض التعديلات التي تمس عنصر من عناصره ولعل ذلك ما يميز التعديل على الصلح والتجديد.

إن الظروف التي ينشأ فيها العقد يفترض فيها أنها نفسها التي تصاحب تنفيذه، لذا فإن تغير تلك الظروف من شأنه أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد. فيرتب عنه ضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما و عدم 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 و مستلزماته والمقصود منه³.

لذلك يلجأ الأطراف إلى التعديل بوضع حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي قد تعترضهم أثناء مرحلة التنفيذ . و تتمثل 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 لاحقا عند التنفيذ فيطلق عليها "البنود غير التلقائية" كبند إعادة التفاوض⁴.

فتعتبر بند التقييس وبند إعادة التفاوض بنود اتفاقية يلجأ الأطراف المتعاقدة إلى إدراجها في العقد وذلك بهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية وتدارك 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 والعمل على استقرار المعاملات.

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 الرغبة، 1983، ص 61.

⁴ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد ص ، 1977، 29

الفرع الأول: بند التقييس: ضبط للتغيرات الاقتصادية التي تفاجئ العقد

يعتبر بند التقييس من أهم البنود الاتفاقية التي يمكن للأطراف المتعاقدة إدراجها في العقد بهدف التعديل فيه و مواجهة كافة التقلبات الاقتصادية التي قد تواجه العقد في مرحلة تنفيذه فيلجأ المتعاقدان إلى إقحام هذه البنود في العقد و ذلك بهدف حماية التوازن الاقتصادي في العقد من الاختلال و ضبط الجانب المالي في العقد و ذلك 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 و ذلك بتوقع قيمة الأداءات بدلالة معيار اقتصادي أو نقدي مما يجعل العقد مضبوطاً¹

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 الخدمات⁷ ، أو البضائع بدلالة رقم مرجعي ليتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف و غالباً ما يتم تحديده بناء على السلع الأكثر استعمالاً كالعملة الصعبة و الذهب.

فبند التقييس هو عبارة عن آلية اتفاقية يفعلها الأطراف المتعاقدة في العقد في مرحلة التنفيذ لمواجهة كافة التقلبات والتحويلات 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 ويضبط كافة الاختلالات² التوازنية في العقد مما يجعل العقد يواجه كافة التقلبات الاقتصادية التي قد تفرضها التحويلات 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 والتقلبات الاقتصادية³.

فبند التقييس آلية إرادية ابتكرها 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 و التأثيرات المالية التي قد تؤدي به إلى الزوال ، و ترى الأستاذة فاضل في هذا السياق أن بند التقييس عبارة عن آلية و تقنية تسمح بالتغيير التلقائي للخدمات أو البضائع بدلالة رقم مرجعي ، فالبند التقييس يحد من الخسارة الفادحة و التي تلحق بأحد أطراف العلاقة العقدية نتيجة انهيار أو ارتفاع العملة ، بحيث يكون بند التقييس كأداة لمواجهة هذه التحويلات من خلال التعديل فيه.

الفرع الثاني: بند إعادة التفاوض: إعادة دفع العقد من جديد

¹ أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشروط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 17، ص 412.

² Farnçois Ameli, Droit Civil, Les obligations, Montchrestien : Paris, 1997, p. 138.

³ . أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 415.

يمكن للتحويلات الاقتصادية التي تطرأ على المجتمع أن تؤثر بشكل مباشر على العقد و قد 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 و إهدار الجهد و الثقة المشروعة و اندثار المصلحة الخاصة للمتعاقدین¹، و لعل ذلك ما جعل الفكر القانوني يبحث عن الحلول الناجعة للمواجهة كافة الأخطار و الأزمات التي تعرقل السير الحسن للعلاقة العقدية.

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

فقد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على إدراج بعض الشروط، إلا أن هذه الأخيرة قد لا تحقق الأهداف المرجوة منها²، و ذلك لوجود صعوبة في البحث و الاتفاق على بعض البنود و التي قد تشكل عائقا في المستقبل، مما يؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، و هذا ما يدفع الأطراف أثناء تنفيذه إلى اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض . و ينصب هذا النموذج من الشروط على العقود ذات المدى الطويل، أو المستمرة أو دورية التنفيذ التي قد تعترضها ظروف غير متوقعة، و التي غالبا ما تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقد، و تغيير الظروف، و يقتصر هذا الشرط على تبادل المناقشات و الاقتراحات و الوصول إلى اتفاق يخدم مصالح الأطراف، و هذا ما سنحاول تبينه من خلال مرحلة إعادة التفاوض و النتائج 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، و بالتالي إلى الاختلال في التوازن العقدي³ . إذن فبند إعادة التفاوض هو إلزام الأطراف بمناقشة و تبادل الاقتراحات في ظروف حسنة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، و التي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل.

و بند إعادة التفاوض يضع على عاتق الأطراف مجموعة من الالتزامات الهامة و الضرورية و لعل أهمها إلزام الأطراف باتخاذ جميع التدابير المنصوص عليها في العادات و حسن النية، لأن سير المناقشات و يجب أن يكون نزيبا و جديا، أي و يجب عليهم تقديم اقتراحات عادلة، يقوم بمقتضاها كل طرف بتقديم ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر، و ذلك بتقديم اقتراحات تبين حسن نيته واتجاه إرادته إلى بقاء الرابطة العقدية المشتركة، دون تضحية بمصالحه

¹ . 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.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 253

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 859.

لإعادة التوازن العقدي¹ .

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 ذلك في إطار احترام قانون الأطراف، و كذا احترام سرية المعلومات التي تكون ضرورية لهذه المرحلة² .

إن إلزام الأطراف بالتعاون، و ذلك بتبادل الحد الأقصى للمعلومات، و ذلك حتى تبقى العلاقات قائمة على أسس صلبة، و ذلك لتسهيل تنفيذ العقد و الوصول إلى اتفاق يتماشى و مصالحهم، كما تشترط هذه المرحلة سير المناقشات في آجال معقولة، لأنّه قد ينجم عن تمديدتها إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، و تنشئ هذه الشروط على عاتق الأطراف التزامًا مزدوجًا.

و نشير إلى أن العقد يستمر أثناء إعادة التفاوض في ترتيب جميع آثاره القانونية إلاّ إذا كان هناك شرط واقف³، فيكون الأطراف ملزمون بمناقشة و تبادل الاقتراحات بغية إعادة تنظيم العقد، إذا ما واجهت تنفيذه صعوبات خارجة عن إرادتهم ، أدت إلى الاختلال في التوازن العقدي.

المطلب الثاني: التقييد من حرية الأطراف في المساس بالعقد: تكريس لمبادئ القوة الملزمة

الأصل في العقود الحرية بحيث أن العقد يشكل قانونا للطرفين ولهم كامل الحرية في وضع الشروط ومستلزمات التعاقد بإعتبار 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.⁴

إلاّ 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.

¹ البداوي محمد علي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجامعة المفتوحة طرابلس، 1993 ص 73

² تناغو سمير عبد السيد: نظرية الالتزام ، منشأة المعارف: الإسكندرية ، 1975 ص 89.

³ F. Ameli :Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997.p79

⁴ عبد الرزاق السنهوري :

الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية ، ص 402..960

الفرع الأول: الحرية التعاقدية تبيح التعديل في العقد

حرية تعديل العقد للمتعاقدین حق كرسه القانون المدني للأطراف المتعاقدة لكن لا يكون التعديل محاولة للطرفین المساس بالعقد وإنما يكون وفق مقتضیات 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.

وما يلاحظ في هذه الحرية المخولة للأطراف أنها عبارة عن إلزام المشرع بتنفيذ المبادئ التقليدية التي شيد على أساسها مبدأ سلطان الإرادة والمتمثلة في الحرية التعاقدية فتعديل العقد من طرف المتعاقدين يحمل روح الحرية التعاقدية في فحواه بحيث أن الطرفين له واسع النظر في العقد وحرية الاختيار¹.

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 محول لأطراف العلاقة التعاقدية و ذلك 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 وتنوع الأسباب والظروف إلى تعديل العقد، باتفاق الأطراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي أو إعادة ضبط بند من بنود العقد وذلك بهدف استقرار المعاملات وبقاء 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، و بالتالي يضمن العلاقات القانونية فيجسد استمرار وبقاء العقد وكذا الابتعاد عن خطر إنجائه

¹ Y. Picod :Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, tome 208, L.G.D.J : Paris 1989

² 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، ص 80.

³ A. Ghozi:La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J: Paris, 1980.

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 المنصوص عنها في القواعد العامة من استغلال و تدليس 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 كله ¹. و يدخل 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 و إنما ذهبت إلى أبعد من ذلك فقط أنعشت بعض المبادئ التقليدية و أعادتها تفعيلها بشكل ملحوظ.

الفرع الثاني: التقييد من الحرية التعاقدية في مجال المساس بالعقد

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 التقهقر والركود ولعل 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 و تعقيد الأمور بين الأطراف المتعاقدة بحيث إذا أبدى أحدهما برغبته في التعديل فيعترض الطرف الآخر بحجة استعمال حقه في بقاء العقد على حاله و درءا 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 و التي من شأنها تطويق الحرية التعاقدية و رسم ملامح التعاون العقدي و التوازن العقدي في العقد.²

فتعتبر أحكام النظام العام والأداب العامة أفضل قيد يمكن للمشرع من خلاله ضبط العلاقات التعاقدية وتطويعها وذلك بهدف المحافظة على العلاقة التعاقدية من خلال التعديل في العقد بشرط أن لا يكون هذا التعديل مخالفا للنظام العام والأداب العامة، كما يشترط فيه أن لا يكون هذا التعديل من شأنه المساس بالمصلحة العامة و المصلحة المشتركة أو يخالفها.²

¹ C. D'HOIR, Laupretre, A.Durrleman, F.Ferrand, A. Mannhein- Ayache,J.J. serret :Droit civil, les obligations, volume II , 2eme édition, L'Hermès : Lyon, 1990.

² محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر، 2004.

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 و الأداب العامة ووجب بذلك بطلانه فالنظام العامة و الأداب 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 التعاقدی و إرساء استقرار المعاملات.

أما القيد الثاني فيتمثل في التعسف في استعمال الحق بحيث أن تعديل العقد حق منحه المشرع للأطراف المتعاقدة حتى يتمكنوا من تحيين 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 اعمال 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، متخذا 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، متجاوزا 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 إلى 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 وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية بحيث بتعاون الطرفين عن طريق تقديم تسهيلات من أجل القيام بالتعديل. بأن تجمعهما الجدوية في إعادة تنظيم الرابطة العقدية وذلك بما تقتضيه متطلبات العقد وحاجاته وفي حالة رفض أحد المتعاقدين للتعديل رغم إمكانيةه، يكون بذلك سيء النية، وسوء النية يفسد كل شيء حتى التعديل و ذلك طبقا لأحكام نص المادة 107 ق م .

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 .

و هذا ما كرسته المحكمة العليا¹ بالزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض و إبطال 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 جزائي و يجب أن يحصل هذا الإتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد أنفق عليه مشافهة".

لكن هذا القيد يؤخذ بتحفظ كبير ذلك أن نص المادة 561 من القانون المدني المذكور ضمن أحكام المفاوضة 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 المفاوضة 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 . كان التعديل إجراءً وقائيا 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 بقائه ، 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، و ذلك في حالتين، حالة

¹ لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990

بقاء الشروط الجوهرية للعقد، و حالة بقاء الشروط الثانوية تعتبر العناصر الجوهرية شروطا عامة مطلوبة لصحة العقد لا يتم إبرام العقد بدونها.

فإذا تم استبدال محل العقد الأصلي بمحل آخر جديد مماثل له دون التأثير على الحل الأصلي، فهذا الاستبدال المماثل هو الذي يحافظ على الرابطة القانونية و غالبا ما نجد ذلك في حالة اتفاق الأطراف على استبدال الحل الأصلي بمحل جديد، و مثال ذلك في حالة استبدال الشيء المبيع بشيء آخر و دون اللجوء إلى مناقشة ثمن الشيء المبيع رغم أن الثمن يعد ركنا من أركان عقد البيع، و هو المبلغ الذي يتعهد بمقتضاه المشتري أن يدفعه للبائع مقابل الشيء المبيع، و هو عبارة عن القيمة التي يقدر المتعاقدان بها المبيع و لا 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، فمثلا التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المستأجر، وهو الكفيل العيني إذا كان قد قدم رهنا رسميا أو حيازيا، أو الكفيل الشخصي إذا لم يكن قد قدم تأمينا عينيا 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 الإيجار الجديد .

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

فإذا رجعنا إلى التفرقة بين النظام القانوني للعقد المعدل و التجديد، 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 الجزائري¹، فمثلا المشرع الجزائري قد خالف القاعدة التي 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.

¹ محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، 1983

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

و عليه فإن مضمون العقد لم يتعرض للتغيير في الحالتين السابقتين، مما يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل و ختاماً لهذا نخلص إلى القول أن تعديل العقد المهدف منه إعادة تنظيم الرابطة العقدية بما يتماشى و المصلحة المشتركة للطرفين و كذا المستجدات التي من شأنها التأثير على المهدف المرجو منه ، و ذلك بإدراج آليات يتم الاتفاق عليها مسبقاً في العقد أو في مرحلة تنفيذ.

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: سعي القاضي للمحافظة على العلاقة التعاقدية:

يمكن للغير الخارج عن العلاقة التعاقدية والغريب عنها أن يصبح كطرف في العلاقة التعاقدية ويعدل فيها وهو الأمر المستحدث في التشريعات الحديثة بحيث كان هذا الأمر محظوراً في ظل نطاق المذهب الفردي للإصطدامه بالمبادئ التعاقدية العتيقة كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة و التي كانت تحظر كل مساس من شأنه أن يطول قدوسية العقد. أو يهتك بجرمته، ولكن مع زيادة التطورات التكنولوجية والاقتصادية والاجتماعية 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 تقدها لروح من الزمن.

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

فلقد 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 قائماً مما عل العديد من الفقهاء يؤكدون بأن القاضي أصبح كطرف جديد في العقد، وتدخل القاضي للتعديل فالعقد أصبح يظهر جلياً دور الغير في المحافظة على العلاقة التعاقدية عن طريق التعديل.

المطلب الأول: دور القاضي في المحافظة على العقد من خلال إعدام العيوب الملازمة للتكوين

لقد سار التشريع القانوني الحديث على التخلي ولو بشكل ضئيل عن كافة القيود التي صنعها المذهب الفردي والتي عززها مبدأ سلطان الإرادة والتي 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 والمادية 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.

الفرع الأول: دور القاضي في تخلص العقد من عيوب الرضى

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

الغبن هو المظهر المادي للاستغلال، و هو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين و الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة و بذلك خرجت التبرعات و العقود الاحتمالية من نطاق فكرة الغبن²، فهذه الأخيرة بطبيعتها لا يمكن أن يقع الغبن على أحد 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 فاحشا³

وقد تطورت نظرية الغبن المادية لتقترن مع نظرية الاستغلال النفسية، فإلى جانب عدم التعادل في الأداءات قد يقوم عنصر نفسي والمتمثل في استغلال الضعف في نفس المتعاقد وقد يكون طيشا بينا أو هوى جامح. لجر المتعاقد معه للتعاقد مما يخلق في العقد عيوب مادية و نفسية تؤثر بشكل سلبي على استمرار العلاقة التعاقدية و نجد 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، و احتفظ بالتطبيقات

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

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

³ عبد الرحمان الشراوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2002، ص 44.

التقليدية للغبن و ذلك بنص المادة 91 قانون مدني التي تنص على أنه يراعى في تطبيق أحكام المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود و هي واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة و مبعثرة و لا يجوز التوسع فيها فالغبن يؤسس على أساس فكرة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، و هو عيب مادي في العقد بذاته وهو مستقل عن عيوب الرضا المتمثلة في الغلط و الإكراه و التدليس¹ . و درجة الاختلال في التعادل ينظر إليها نظرة مادية، فهي درجة محددة كالخمس أو الربع أو النصف و العقد 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 و إنما كل ما يملك هو إبطال العقد إذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن و لكن كاستثناء يمكن للقاضي رفع الغبن عبر آليات. وقد أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرد و لكن حصر تأثيره على عقود معينة و حالات محددة على سبيل الحصر و هي: 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 584 من القانون المدني²

في جميع هذه الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي الموضوعي لا الشخصي كما هو الحال في الاستغلال، و يكون الجزاء إما إبطال العقد أو تكملة الثمن و يرى العديد من الفقهاء أن القاضي لا يتمتع بأي سلطة في هذا المجال لكن على خلاف ذلك ترى الأستاذة ماري بيار لأمور أن سلطة القاضي تظهر في هذا النطاق في إنفاذه للعقد و الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة.³

فالقاضي له السلطة في تعديل العقد إذا ثبت له بشكل واضح أن المتعاقد معه كان ضحية غبن و تعرض لعب 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 و الإبقاء عليه بدل إبطاله و زواله كليا و ذلك كإحترام للإرادة و الجهد المبذول في إبرام العقد

فاختلال التوازن العقدي في العقد و التفاوت الواضح بين الاداءات المتقابلة في العقد لا تحدد برقم معين يجب أن يصل إليه بل تترك لظروف كل حالة على حدى، و يستقل قاضي الموضوع بتقدير عنصري الاستغلال(المادي و النفسي)دون رقابة من المحكمة العليا⁴.

¹ المرجع السابق، ص 56

² حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، ص 47.

³ ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري و البيئة، المجلد 9، العدد 01، 2021، ص 118، 119

⁴ C. D'Hoir - Laupretre, A. Durrlemann, F. Ferrand, A. Mannheim-Ayache, J.J. Serret, Op.Cit., p. 78

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، و له الاستعانة في ذلك بخبير و هي أضيق نطاقا من حيث التطبيق العملي، بحيث وردت في بعض الحالات الاستثنائية التي وردت في القانون المدني على سبيل الحصر، و التي 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 سببا لتكملة الثمن إلى أربعة أخماس من قيمة العقار، و ذلك متى توافرت شروط الطعن بالغبن¹ النسبة المحددة لكي يقرر جزاء الغبن وهو المذكورة سالفًا، حيث يكتفي القاضي بالتأكد من عدم التعادل الذي مس العقد و الذي جرى تسميته بالغبن الحسابي. من طرف بعض الفقهاء.

بحيث يستوجب في العقد أن 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 هتك لهذه المعادلة وتدمير لها و لذلك جعل المشرع من سلطة القاضي في تعديل العقد آلية فعالة لضمان النزاهة و المساواة في العقد و سلامة الرضى ونزاهة المعاملات مع مراعاة الاستقرار العقدي².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في القضاء على الشروط التعسفية في العقد:

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 المدّعى منها، بالإضافة إلى ترتيب جزاء مدني يتمثل في بطلان الشروط التعسفية التي تتضمنها وثيقة التأمين، وكذا جزاء عقابي ممثّل في الغرامة.²

فلقد فصل مبدأ سلطان الإرادة في العقد بحيث جعله شريعة للمتعاقدين إلا أن إطلاق العنان لهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه الإضرار بالمتعاقد الضعيف و قد 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 و التي 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

¹ F. Ameli :Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997.

² J. Ghestin :traité de droit civil, les obligations, les contrats, L.G.D.J : Paris, 1980

بعض الحلول لإضفاء التوازن العقدي على العلاقة التعاقدية، وحماية الطرف الضعيف لاسيما عندما يظهر الاختلال جليا في العقد مما يرهق الطرف الضعيف.¹

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

إلا أن هناك من الشروط ما لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها ذلك أن إلغائها قد يضر بالعقد و المتعاقد معه و مثاله 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 و المحافظة على العقد ، كما يمكن أن يظهر الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن المادي أو الاستغلال، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي، إما بالإنقاص في التزامات الطرف المذعن المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف القوي الغابن لإزالة الغبن الوارد فيه و 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 طبقا للقانون²

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 أصلا في العقد فيعيد التوازن للعلاقة التعاقدية و يحرر المذعن من التقييد بشرط غير موجود إطلاقا.³

فإن للقاضي التدخل للقضاء على الشرط التعسفي الذي ليس هناك ما يبرره. ورفع فيكون للقاضي وفقا للمادة 110 ق م سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف على خلاف القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين وذلك لأولوية استقرار المعاملات تبيح خرق مبدأ سلطان الإرادة.⁴

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

² محمود زواوي، الشككية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1987 ص، 45

³ ،محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية ، القاهرة ،، 2006 ص15

⁴ بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر 1998

فللقاضي أن يعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان أو يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقتضيه العدالة، و للقاضي تقدير ما إذا كان البند تعسفيا فيعده أو يلغيه أو ليس تعسفيا فيبقي عليه.

المطلب الثاني: دور القاضي في المحافظة على العقد من خلال إقصاء العيوب الملازمة للتنفيذ

لقد أوضحت التشريعات تتراجع وبشكل ملاحظ عن القيود التي فرضها مبدأ سلطان الإرادة والتي بقيت مسيطرة لأمد طويل على العقود، فبهذه الإبقاء على العلاقة التعاقدية خول المشرع للقاضي بعض السلطات والتي من شأنها دفع الإبطال على العقد وتكون للعقد كدرع حماية من كافة العيوب التي قد تلازم العقد في مرحلة التنفيذ.

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 وفعل للمحافظة على العقد وضمان العلاقة التعاقدية قائمة وخالية من كافة الإضطرابات التي قد تهدد استمرارها.

الفرع الأول: سعي القاضي لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية المختلة بفعل الظروف الخارجية

الأصل أن الأخطار والتهديدات تترصد العقود الزمنية التي تكون متراخية التنفيذ و تتطلب مدة زمنية للتنفيذ و لا يسري هذا الحكم على العقود الفورية، فكلما تراخى التنفيذ كان العقد مهدداً للاصطدام بالعقبات التي قد تؤدي إلى زواله و انتهاء العلاقة التعاقدية لذلك نجد بأن العقود الزمنية و المتراخية 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 الاقتصادية¹ و التي تخل توازن العقد و التي تحدث تغيرا فجائيا و غير متوقع يباغت 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 يتهدهده 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 إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه بمشقة و لكن في غير إرهاق و هذه النظرية حديثة، و مع ذلك فالقانون المدني الفرنسي لم يأخذ بها، و ذلك لرفضه لها بسبب تعارضها مع مبدأ

¹ . سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998

² 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

سلطان الإرادة¹. و إذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تستجيب لحاجة ملحة، تقتضيها العدالة، فهي تهدف إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد و قد تبناها المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني. فلقد خول المشرع الجزائري للقاضي بموجب نص المادة 3/107 ق م سلطة التعديل في العقد و إعادة 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 حماية للطرف الضعيف و تبعا للظروف المحيطة بالقضية بهدف تكريس التوازن المالي للعقد و الإبقاء عليه و تماشيا مع متطلبات العدالة و حسن النية و إضفاء الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة².

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

و لعل أهم المعايير التي يقيد القاضي بها باللجوء إليها للتعديل في العقد معيار مراعاة الظروف المحيطة بالعقد و أن يستشف كامل الظروف المحيطة قبل التعديل في العقد و المساس به و لعل ذلك ما أكدته نص المادة 3/107 ق م، كما أن القاضي يكون بمعيار لا يقل أهمية عن المعيار الأول و هو موازنة القاضي بين مصلحة المتعاقدين فلا يرجح كفة متعاقد على الآخر و لا يحايي متعاقد على حساب الآخر بحيث يوازن بين المصالح المشتركة للمتعاقدين و يضبط التعديل على أساس الخسارة اللاحقة بالطرفين ، و ذلك بهدف إعادة التوازن للعقد و الإبقاء عليه و إرساء المصالح المتوازنة بين طرفيه³.

ويقوم القاضي برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك للمحافظة على العلاقة التعاقدية قائمة ويكون للقاضي السلطة المطلقة في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول والذي يراه مناسبا.

فباعتبار أن نظرية الظروف الطارئة نظرية لا ترد إلا على العقود المتراخية التنفيذ و الملزمة للجانبين و التي تقوم على أساس تعادل الإلتزامات ، فإن إختلال التوازن في الإلتزامات قد يؤدي بها إلى منحى الزوال و بغرض دفع كافة الأخطار عن العقد خول المشرع للقاضي بعض السلطات التي من شأنها دفع أخطار الظروف الطارئة على العقد لعل أهمها إنقاص الإلتزام المرهق و رده 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 الأزمة و رجوع الأوضاع إلى حالها.

المرجع السابق، ص 91، 90¹.

² Jean-paul doucet, les clauses d'indexation et les ordonnances du 30/12/1958 et du 04/02/1959, paris 1965

³ بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، 2007، ص 14.

الفرع الثاني: القاضي يبقي على العقد من خلال التغيير في صفة العقد

لقد نوع المشرع في تحيين الوسائل و السبل و الآليات التي من شأنها إنقاذ العقد و المحافظة على العلاقة التعاقدية من خلال التعديل فيه و إضفاء تغييرات عليه، فلطالما شكل تعديل العقد حلا ناجعا يساعد على استمرار العلاقات التعاقدية التي لحقها عيب في التكوين و لا زمنها في مرحلة التنفيذ فجعل منها عقودا معيبة يهددا للإبطال في كل ثانية و حين .

فلقد أضحي التعديل ضرورة حتمية يتطلبها العقد الناقص في كل حين مما جعل المشرع يضع في يد القاضي العديد من السلطات والتي من شأنها تحافظ على العقد، وما يلاحظ أن السلطات المخولة للقاضي تربو عن تلك التي أقرها المشرع للأطراف ولعل ذلك راجع لصعوبة تفعيل تلك الآليات وأنها 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 ونظرية التحول التي نص عليها المشرع في نص المادة 104 و 105 من ق م.

فيمكن للقاضي التعديل في العقد ولإبقاء على العلاقة التعاقدية من خلال إعمال نظرية الإنقاص بحيث يقوم بحذف كافة الشروط الباطلة من العقد وإلغائها والمحافظة على باقي العقد قائما ولعل ذلك ما نصت عليه المادة 104 ق م والتي 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 وجب أن يكون العقد يتقبل التعديل بحيث يكون العقد قابلا للإنقسام والتجزئة بحيث يمكن للقاضي أن يبتز ويفصل الجزء الباطل عن الجزء الصحيح وأن يعمل خاصية التعديل².

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

كما يرى جانب من الفقه أن الإنتقاص هو عبارة عن رخصة من القاضي للأطراف للإلتفاف على العقد الأصلي و تنفيذه بشكل كلي بحيث يسمح القاضي للأطراف المتعاقدة تنفيذ جزء من العقد دون تنفيذ الجزء الآخر³.

كما أن الانتقاص هو تفعيل لنظرية الأثر الأقوى للعقد بحيث يقوم القاضي بالمحافظة على الشرط الصحيح القوي و إلغاء الشرط الثانوي الضعيف، فالإنقاص آلية قانونية منحها المشرع للقاضي من أجل تخليص العقد من كافة الشروط الباطلة التي تعلقت بالعقد و ذلك بإعمال الأساس الشخصي أو الأساس الموضوعي⁴.

¹ فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004، ص 203، 204.

حفيظ دحمون، المرجع السابق، ص 55.

³ Marie pierre lamour. ,le sauvetage du contrat

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

ويرد الإنقاص على كافة العقود التي تكون قابلة للتجزئة والإنقسام 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 إستمرار العلاقة التعاقدية قائمة وتدفع البطلان عن العقد، بحيث يبقى الجزء السليم صحيحا معافى ويستمر.

كما أنه يمكن للقاضي أعمال آلية أخرى في تعديل العقد والإبقاء عليه وذلك من خلال تحويله، ونظرية التحويل التي نص عليها المشرع في نص المادة 105 ق م والتي تنص: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فان 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 وإستمرار العلاقة التعاقدية قائمة.

ولكن يشترط في تعديل العقد عن طريق تحويله توفر شرط أساسي وهو أن يحمل العقد الباطل في طياته العقد الصحيح حتى يتمكن القاضي من التعديل والإبقاء على العقد وما 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 ثمن تافه إلى عقد هبة ولكن بشرط أن يحمل هذا العقد الأصلي في طياته أركان العقد الصحيح¹.

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 و لا تندثر².

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 وذلك كإستجابة حتمية للمتطلبات الجديدة في القانون الحديث بحيث تضمن هذه الألية 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 و الحكم بتحويله معايير مهمين فالمعيار الأول و المتمثل في البحث و التدقيق في الإرادة الافتراضية للمتعاقدين و المعيار الثاني و المتمثل في التدقيق في الغرض الاقتصادي الذي يرمي المتعاقدين إلى تجسيده.

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

المرجع السابق، ص 90²

إن السلطة المخولة للمتعاقدین و القاضي للتعديل في العقد يكون الهدف منه إعادة تنظيم الرابطة العقدية بما يتماشى و المصلحة المشتركة للطرفين و كذا المستجدات التي من شأنها التأثير على الهدف المرجو منه ، و ذلك 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 و عدم تعسف في استعمال الحق و حسن 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 إزدواجية بحيث أن سلطة القاضي تكون نابعة من التأثير بإرادة المتعاقدين من جهة و بذلك يجد القاضي نفسه ملزما بالبحث عن الوسائل الناجعة للمحافظة على الرابطة التعاقدية، و من جهة أخرى نجد أن القاضي يكون مرتبطا بالمحافظة على التوازن العقدي و استقرار المعاملات و حماية الثقة المشروعة.

فعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي تكتسبها الإرادة في العقود والحرية التعاقدية التي يتمتع بها الأطراف المتعاقدة إلا أن المشرع قد حد من تلك الطلاقة بمنح القاضي سلطات يستخدمها للحماية العقد من الزوال ولحماية الطرف الضعيف ومن خلال دراستنا لما سبق نتوصل إلى النتائج التالية:

-ينشأ العقد بموجب الاتفاق وكذلك يمكن للاتفاق التعديل في العقد وذلك بمهدف الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة والمحافظة عليها من خلال أعمال آليات مختلفة

-لقد أوحى الفكر القانوني للأطراف المتعاقدة آليات من شأنها دفع كافة الاضطرابات الاقتصادية التي تواجه المتعاقدين أهمها بند التقييس وبند إعادة التفاوض والذي يعد كرسكلة للعقد.

-لقد منح المشرع للأطراف الحرية في تعديل العقد لكن هذه الحرية مقيدة وليست حرية مطلقة.

-رغم أن المشرع أقر مبدأ القوة الملزمة ومبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية إلا أنه ولاعتبارات العدالة والمحافظة على العقد خول للقاضي التدخل والتعديل في العقد.

-أن تدخل القاضي في العقد من شأنه إشاعة الأمن التعاقدي بحيث يصبح المتعاقد يبرم العقد وهو مرتاح لعلم بوجود سلطة تحمي حقوقه من تعسفات الطرف القوي كما أن التخلي عن القيود التي فرضها مبدأ سلطان الإرادة والمذهب الفردي تم التخلي عنها لإعتبارها سامية لعل أسماها تحقيق الهدف من التعاقد والمحافظة على العقد.

-أن المشرع من خلال منحه للقاضي سلطة التعديل في العقد يكون المشرع بذلك قد تنازل وخول بعض السلطات التشريعية للقاضي.

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

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

كما نقترح على المشرع تبويب سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد وجمع كافة المواد المتناثرة في القانون المدني وترتيبها للفت الإنتباه حول أهمية التعديل في المحافظة على العقد.

قائمة المراجع:

• الكتب:

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

* تناغو سمير عبد السيد: نظرية الالتزام، منشأة المعارف: الإسكندرية، 1975.

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

* 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،

* عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1967.

* عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، 1967.

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

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

* فؤاد معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

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

* محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، 1983.

* محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

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

المقالات:

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

* ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري مجلة القانون العقاري و البيئة، المجلد 9، العدد

الأطروحات:

*خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر
 *محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012،
 *عبيد نجا، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016،
 *حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2012،
 *محمود زواوي، الشككية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1987

*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، 1979.
 *مونية بوشعرة، إنقاص العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015
 *أحمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد 11، الجزء الثالث،

. المراجع باللغة الأجنبية:

*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

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

*Farnçois Ameli, Droit Civil, Les obligations, Montchrestien : Paris, 1997

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

* Ameli :Droit civil, les obligations, éditions Montchrestien :paris, 1997

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

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

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

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

*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.

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

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

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