الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق.

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: قانون عقاري

**بعنوان:**

# تعديل العقد أثناء تنفيذه في القانون المدني الجزائري

**من تقديم الطالبة:**

- سارة بن زايط.

**إشراف الأستاذ:**

- بوشنافة جمال

**السنة الدراسية: 2014/2013**

# شكر وتقدير

**قال تعالى"وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم"**

**سورة إبراهيم الأية 07**

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أحمد المولى عز وجل وأثني عليه على توفيقي بإنجاز هذا العمل فالحمد لله رب العالمين أحمده حمد الشاكرين وأشكره شكر الحامدين وأصلي وأسلم على المبعوثين رحمة للعالمين ومن تمام شكر الله تعالى أن أشكر أهل الفضل فضلهم وجهدهم أشكر الأستاذ المشرف"جمال بوشنافة "الذي قدم لي النصائح والتوجيهات التي مهدت لي الطريق لإتمام هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لمن كان لي سند في إتمام هذا العمل ونخص بالذكر أساتذة كلية الحقوق بجامعة الدكتور يحي فارس.

في الأخير أوجه الشكر لكل من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بكلمة محفزة.

# الإهـــــــداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد

صلى الله عليه وسلم

إلى ملاكي في الحياة إلى معنى الحب والتفاني إلى بسمة الحياة وسر الوجود ومن كان دعاؤها سر نجاحي ، وحنانها بلسم جراحي، إلى أغلى الحبايب إلى من سهرت الأنام

إلى السند والدعم الدائم إلى من ضحت من أجلي وكانت شمعتي المنيرة ودرب حياتي

إلى أمي الحبيبة

إلى تاج رأسي وفخر انتسابي إلى قدوتي في هذه الحياة إليك أبي الغالي أقدم لك امتناني وتقديري وثنائي لك مني ألف شكر.

إلى أغلى ما منحتني الحياة، أخواي العزيزان

إلى من أتمنى أن يجمعني الله في الدنيا على طاعته وفي الآخرة على رضاه زوجي المستقبلي

إلى كل من ساعدني على إتمام عملي هذا لهم الشكر الجزيل

**- ســـارة -**

**مقدمــة:**

تعد نظرية العقد مصدرا من المصادر الإرادية للالتزام و تعتبر من أهم النظريات التي جاء بها القانون المدني بأن عالجها ضمن باب مصادر الالتزام، و أقر لها مبدأين كانا نقطة تحول بالنسبة لدور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بأن جعلها هي من تحدد أثرها بما يتماشى مع حاجات الأشخاص وتحقيق أهدافهم المشتركة، أولهما مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على شقين أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية و هو ما يعبر عنه بالرضائية، و ثانيها قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني وهو ما يعبر عنه بالمبدأ المشهور"العقد شريعة التعاقدين" و التي نص عليها المشرع في المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقوله "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" ، ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في تحديد محتوى العقد والالتزامات التعاقدية،أما المبدأ الثاني فيتعلق بالقوة الملزمة للعقد .

واستنادا إلى المبدأ السابق الذكر نجد أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب و أنها كذلك حرة في رسم نطاق العقد وتحديد العقد لآثاره و هي وحدها قادرة على إنهائه فبإمكان المتعاقدين تضمين العقد ما تشاء من بنود وشروط سواء الأمر بالشروط الجزائية أو كيفيات التنفيد أو آجال الإلتزام .....الخ حيث نجد أن الإرادة التشريعية لا تتدخل في هذا التنظيم إلا بواسطة القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، ولا نجد قواعد آمرة إلا نادر.

فحرية الإرادة تبدو واضحة وفقا لهذا المبدأ هذا كأصل عام لكن هناك قيودا كثيرة تحد من قوة هذا المبدأ وهذه القيود منها ما يتعلق بإمكانية تعديل العقد و منها ما يرتبط بضرورة تنفيذ العقد بطريقة تستوجب حسن النية. لأن الفقه الحديث يرى أن على هذا المبدأ أن يتمتع بنوع من المرونة حتى يتكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر، وتترجم هذه المرونة بالسماح بوجود استثناءات يخول فيها للمشرع و الأطراف و القاضي تعديل العقد.

لقد أقر المشرع الجزائري التعديل في أحكام المادة 106 من التقنين المدني، ونجد التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها المجتمعات في العصور الحديثة قد أدت إلى تقييد إرادة الأطراف لأن قداسة العقد لم تعد مطلقة بل تم تقييدها وذلك حفاظا على موازنة مصالح الأطراف حتى لا يطغى الطرف القوي على الطرف الضعيف، وذلك بتدخل المشرع، لمعالجة التفاوت في المراكز الاقتصادية والاجتماعية، وحماية المصلحة العليا للدولة.

كما لا يمكن إنكار أن تدخل المشرع لتعديل العقد ما هو في الحقيقة إلا استثناء على مبدأ سلطان الإرادة، أملته المصلحة العامة.

فيمكن للأطراف عند إبرامهم للعقد أن يضعوا من الحلول العملية ما يرونها ناجعة للحفاظ على التوازن الاقتصادي بين الأعباء و الحقوق لكلا الطرفين بالاتفاق المسبق على إدراج بعض البنود كبندي التقييس و إعادة التفاوض، أو في مرحلة التنفيذ إن طرأت بعض الظروف و أثرت 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.

إذ يجيز المشرع سلطة القاضي في تعديل العقد. فهذه الأخيرة تعتبر من الموضوعات التي تكتسي أهمية خاصة في فقه القانون المدني وقد أثارت ولا زالت تثير الكثير من الجدل و أن قامت باعتباراتها في رأي معارضيها تعد انتقاصا للحرية التعاقدية إذ أنها تشكل قيدا على حرية الأفراد في تعاقداتهم وسببا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المدنية .

وسلطة القاضي في تعديل العقد جاءت وليدة تطور في التشريع و القضاء ، وفقه القانون و فلسفته، وبعد أن سيطر على العقود مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل العقد شريعة المتعاقدين وبحدوث عوامل التطور الاقتصادي و الاجتماعي و السياسي و الأخلاقي جميعها ، فأبرزت هذا المبدأ و مخاطر الأخذ به على إطلاقه، وأظهرت ما يؤدي إليه من خلل في توازن العلاقات القانونية . وكان نتيجة ذلك أن حرصت التشريعات الحديثة على أن تسند إلى القاضي سلطة على العقد فأصبح القاضي يقوم بدور إيجابي في مجال المعاملات كما أصبح للحرية التعاقدية مفهوم أقرب إلى العدالة مما كان عليه قبل ذلك ، وصار القاضي هو صاحب السلطة في حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع، يراقب العقد منذ نشأته حتى انتهائه .

فنجده يتدخل في تنفيذ العقد وهذا لمواجهة الظروف المتغيرة التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي بالنص على نظرية تعارف الفقه على تسميتها " نظرية الظروف الطارئة "وتعديل الشروط

التعسفية فيقوم بمراجعة هذا الاتفاق، وإزالة ما يخالف العدالة و هذا عند ظهور ظرف طارئ عام

غير متوقع يهدد المدين بخسارة فادحة.كما منح القاضي هذه السلطة بموجب نصوص أخرى، وذلك بالنص على حق القاضي في تعديل العقد في حالة ورود شرط جزائي و كذلك حق القاضي في

منح الأجل القضائي لتنفيذ العقد، فحيطة المشرع لمراقبة مضمون العقد تتجسد في منح القاضي سلطة التعديل في هذه الحالات الثلاث.

ولمعالجة هذا الموضوع ارتأينا إتباع المنهج التحليلي والمنهج الوصفي تماشيا مع طبيعة الموضوع.

ولذا فالإشكال يطرح بمناسبة الحالات التي يصعب معها تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة المتفق عليها .

فما هي الآليات المتاحة قانونا لتعديل العقد أثناء التنفيذ لمواجهة الإخلال في الالتزامات التعاقدية؟

إذاً ستقتصر دراستنا من خلال الإشكالية المطروحة أعلاه على البحث في مدى قدرة الأطراف، أو القاضي في تعديل مضمون العقد أثناء تنفيذه، وذلك بغية معالجة الاختلال الاقتصادي للعقد. فسنكتفي بذكر الأطراف و القاضي دون المشرع لان هذا الأخير له الصلاحية في التدخل لتعديل العقد لكن لولا القواعد التي يضعها المشرع لما ابرم الأطراف العقد و فقا لتلك القواعد لأن سلطة التدخل المشرع لتعديل العقد كإستثناء عن الأصل، وذلك تجسيدًا لمبدأ حماية الأطراف ،مثل مبدأ عدم رجعية القوانين من جهة، و مبدأ استمرار القانون القديم من جهة أخرى فتدخله الإستثنائي مرده إلى تقلبات اقتصادية و اجتماعية، يترتب عنها الإخلال بتوازنه الاقتصادي، الأمر الذي أدى في الوقت الحاضر إلى كثرة تدخل القوانين الحديثة في حياة العقد، و ما يترتب عنه من انتهاك للقوّة المُلْزمة له، خاصّة المتعلّقة منها بتعديل مدّة العقد أو اقتصاده، و يتم هذا التدخل وفقا لمبدأ الأثر الفوري، و الأثر الرجعي للنّص الجديد المعدّل للعقد.

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

كما يستقي هذا الموضوع أهميته من حماية المصلحة المشتركة لأطراف العقد ضمن التعديل الاتفاقي، وحماية المصلحة العامة وذلك عن طريق حماية الفئات الضعيفة و كذا حماية المدين عند حدوث ظرف طارئ أو عند التأخر أو عدم تنفيذ الالتزام العقدي في إطار التعديل القضائي.

وبناء على ما سبق تم تقسيمنا لهذا الموضوع إلى فصلين:
تناولنا في الفصل الأول سلطة الأطراف في تعديل العقد أثناء تنفيذه وقسمناه بدوره إلى ثلاث مباحث،

وتناولنا في المبحث الأول منها جاء تحت عنوان سلطة الأطراف في تعديل العقد وفقا لبند التقييس أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه لسلطة الأطراف في تعديل العقد وفقا لبند إعادة التفاوض ، و خصصنا المبحث الأخير فتناولنا فيه سلطة الأطراف في التعديل وأثره على العقد.

وتناولنا بالدراسة في الفصل الثاني سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه و قسمناه إلى ثلاث مباحث، تناولنا في المبحث الأول من هاته المباحث عن سلطة القاضي في تعديل العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة أما الثاني منها فكان حول سلطة القاضي في تعديل العقد وفقا للشّرط الجزائي أما المبحث الثالث فقد خصصناه لسلطة القاضي في تعديل العقد وفقا للأجل القضائي .

# الفصل الأول

# سلطة الأطراف في تعديل العقد أثناء تنفيذه

يقصد بتعديل العقد العمل القانوني الذي بمقتضاه يتفق الأطراف على أن يغيروا أثناء فترة التنفيذ، واحدا أو أكثر من عناصر الاتفاق الذي يربطهم مع الاحتفاظ بالرابطة العقدية.

بهذا التعريف أعتبر التعديل مفهوما قانونيا. له مجال خاص للتطبيق ، و يرى جانب من الفقه أن العملية التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، يكون بمقتضاها إدخال تغيير في أي عنصر من عناصره دون أن توضع نهاية له.

إن الظروف التي ينشأ فيها العقد يفترض فيها أنها نفسها التي تصاحب تنفيذه، لذا فان تغير تلك الظروف من شانه أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد. فيترتب عنه ضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما و عدم تحقق الهدف المنشود منه، باعتباره وسيلة قانونية لتحقيق العمليات الاقتصادية، 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 و كذا حدود مضمون العقد و مستلزماته، لذا وجب تناول هذه النقاط في مبحثين نتعرض إلى البنود التي يضعها المتعاقدين أثناء إبرام العقد لمعالجة مستجدات قد تطرأ عند تنفيذه كمبحث أول ، و في مبحث ثان نتحدث عن سلطة الأطراف في التعديل وأثره على العقد.

**المبحث الأول:سلطة الأطراف في تعديل العقد وفقا لبند التقييس.**

إن للأطراف كامل الحرية في تعديل عقودهم بما يتوافق و مصالحهم المشتركة، ومرد ذلك أنهم الأكثر دراية بالظروف المحيطة بالعقد أو التي قد تطرأ عليه و من شانها أن تحيده عن تحقيق الغرض المقصود منه .

لذلك يلجا الأطراف إلى التعديل بوضع حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي قد تعترضهم أثناء مرحلة التنفيذ ،وهذا ما سنحاول التعرض له في هذا المبحث بالتطرق إليه من خلال مطلبين حيث نتناول المطلب الأول مفهوم بند التقييس ، ونخصص المطلب الثاني للجزاءات المترتبة عن تخلف شروط بند التقييس .

**المطلب الأول : مفهوم بند التقييس**

إن أهم البنود التي يلجأ لها الأطراف في مرحلة الإبرام قصد حماية التوازن الاقتصادي للعقد، خاصة في جانبه المالي هو بند التقييس، إذ يسعى لحماية العملة النقدية وتوفير الثقة بين الأطراف مما يسمح لهم الابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضخم [1]، كما أن هذا البند ينصب على العقود المستمرة أو المؤجلة التنفيذ و ذلك بتوقع قيمة الأداءات بدلالة معيار اقتصادي أو نقدي، وسوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين ، ففي الأول منهما نتطرق إلى تعريف بند التقييس، أما الفرع الثاني فنتناول فيه شروط بند التقييس.

**الفرع الأول: تعريف بند التقييس**

إن بند 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 الخدمات ، أو البضائع بدلالة رقم مرجعي[2] ليتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف،مراعين في ذلك التقلبات الاقتصادية و لا يكون للتقييس كتقنية للحد من المخاطر المتوقعة أثناء إبرام العقد، إلاّ إذا كان الرّقم المرجعي المختار من قبل الأطراف صحيحا و مشروعًا بدافع البحث عن استقرار العلاقة العقدية.

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

---

[1]- أنظر بريك دلال ، حمر العين فيصل، سلطة الأطراف والقاضي في تعديل العقد ، مذكرة نهاية التخرج لنيل لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2005، 2008، ص 05.

[2]- الرقم الالمرجعي« هو رقم ينشأ لقياس التغير النسبي في ظاهرة معينة من وقت إلى آخر أومن مكان إلى آخر، كمؤشرات الأسعار: الأرقام القياسية لأسعار حاجيات المعيشة ، تقيس هذه الأرقام التغيرات التي تطرأ على نفقة المعيشة بسبب تغيرات أسعار الحاجيات الضرورية للحياة و التي يستهلكها السواد الأعظم من السكان»،

كما توجد هناك صعوبة تواجه بند التقييس و ذلك في محاولة معرفة ما إذا كان صحيحًا أم لا، مما يدفع بنا إلى البحث عن شروط صحة بند التقييس و الجزاء المترتب عن عدم توفر شروط صحة بند التقييس

**الفرع الثاني : شروط بند التقييس.**

إن أساس بند التقييس هو الرقم المرجعي ، لذا فالأطراف ملزمون بالاتفاق عليه ، وحتى يكون بند التقييس صحيحا لا بد أن يكون للرقم المرجعي علاقة مباشرة بنشاط أحد أطراف العقد أو بمحله.

هذا ما سنتناوله من خلال فقرتيين على التوالي.

**أولا: علاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد أطراف العقد.**

يراد بعلاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف ربط نسبة التغير الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف مع مراعاة عدة اعتبارات أهمها الزمن.

إن ما جرى عليه العمل و الأكثر انتشارًا أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنّشاط المهني لأحد المتعاقدين، كما أنّه لم يشترط أن يكون الرّقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنّشاط المهني الرئيسي لأحد الأطراف . فالعناصر المهنية التي تمّ أخذها وجب أن تكون أساسية بالنّسبة للنّشاط الرئيسي أولا. و ذلك لارتباطها المباشر به، حتى يمكن اعتبارها فعالة لصحة بند التقييس مثل ثمن بيع محل تجاري (مخبزة و حلويات)، تم تقييسها على سعر الزبدة و الخميرة واللوز ، فالعنصر المهني الذي تم تقييسه وجب أن يكون أساسيًا بالنظر إلى نشاط أحد المتعاقدين.و في حالة تغيير النشاط المهني وجب الأخذ بعين الاعتبار النشاط المهني الممارس أثناء إبرام العقد .

و نحن نرى أن نشاط أحد المتعاقدين لا يجب أن يكون بالضرورة نشاطا مهنيا، بل يمكن أن يكون أيّ نشاط آخر، ما دام يضمن استمرار العلاقة العقدية[1]..

ورغم اختلاف النشاط المهني للأطراف، إلاّ أن لهما الحرية في اختيار نشاط أحدهما و الاكتفاء به كأساس لتوقع بند التقييس، أما فيما يتعلّق بتقدير العلاقة المباشرة بين الرقم المرجعي المختار والنّشاط المهني لأحد الأطراف فتخضع لرقابة قضاة الموضوع.

ويبقى للرقم المرجعي المختار على أساس النشاط المهني لأحد المتعاقدين دور في صحّة شروط التقييس، رغم الصعوبات التي تواجهه بمناسبة تغيير النشاط المهني لأحد المتعاقدين من جهة

[1]- أنظر خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، السنة الجامعية، جامعة الجزائر ، 2002/2001، ص 47.

والابتعاد عن تدهور العملة النقدية من جهة أخرى.

**ثانيا:علاقة الرقم المرجعي بمحل العقد.**

يجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بمحل العقد، حيث يلجأ الأطراف إلى اختيار رقم قياسي و ربطه بمحل العقد، و يراد بهذا الأخير بمفهومه الواسع محل الالتزام و سبب العقد [1]. مثلما هو الحال في عقد القرض المتفق عليه لبناء أو شراء منـزل،، يمكن أن يكون الرقم المرجعي هو سعر البناء وهذا الأخير على علاقة مباشرة بمحل العقد،كما يمكن توسيع تطبيقه لحاجات مهنية كأن يكون البناء عبارة عن مطعم .

كما أنه لا يمكن تصور علاقة مباشرة بين الإيجار وأجرة البناء، وعليه فإن بند التقييس يكون صحيحا إذا تحققت العلاقة بين الرقم المرجعي والنشاط المهني لأحد المتعاقدين أو بمحل العقد،

و عليه فإن بند التقييس لكي يكون صحيحا يجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد المتعاقدين، أو بمحل العقد، بشرط أن يكون اتفاق الأطراف على اختيار الأرقام المرجعية مناسبًا لما تقتضيه مصالحهم، بأن تكون صحيحة وفي حالة عدم احترام هذه الشروط تترتب جزاءات نتطرق لها في المطلب الثاني.

**المطلب الثاني :الجزاءات المترتبة عن تخلف شروط بند التقييس .**

إن أهم ما يراد به عند وضع بند التقييس هو ضمان فعاليته عند ظهور أي عقبة إقتصادية خاصة فيما يتعلق بانهيار أو صعود العملة، و ذلك لاستقرار المعاملات و السهر على تحقيق العدالة،، لذا فان اشتراط العلاقة بين الرقم المرجعي ونشاط أحد المتعاقدين أو محل العقد أمر لابد منه، ومن باب أولى أن يكون بند التقييس مشروعا غير مخالف للنظام العام لذلك فان تخلف أي شرط يترتب عنه إما بطلان الرقم المرجعي أو استبداله ، وهو ما سنتطرق إليه من خلال فرعين، سنتناول في الفرع الأول بطلان الرقم المرجعي أما في الفرع الثاني استبدال الرقم المرجعي .

**الفرع الأول : بطلان الرقم المرجعي.**

إذا تبين للأطراف عند تنفيذ العقد أن الرقم المرجعي غير مشروع فان هذا يؤدي إلى بطلان بند التقييس، وهو الجزاء الأكثر انتشارا[2] ونكون أمام البطلان المطلق لبند التقييس إذا كان نظام التقييس يهدف إلى حماية القيمة النقدية، و ذلك لاعتبار المصلحة العامة، وجب تطبيق البطلان المطلق لأنه

[1] - أنظر خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء تنفيذه ،المرجع السابق، ص 48.
[2] - أنظر بريك دلال ، حمر العين فيصل ، سلطة الأطراف والقاضي في تعديل العقد، المرجع السابق ، ص 7.

يتعلق بالنظام العام ، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، كما يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها دون طلب أي طرف، و بالتالي لا يمكن للأطراف التمسك ببنود التقييس غير المشروعة، لأنها عديمة الأثر القانوني، و يسعى بند التقييس إلى حماية المصلحة العامة و ذلك بإقراره جزاء البطلان المطلق.

أما إذا كان العيب بعيدا عن اعتباره ماسا بالنظام العام، وكان القاضي يسعى إلى إبقاء توازن الالتزامات المتبادلة، فنكون أمام البطلان النسبي، لأن السهر على التوازن في الالتزامات المتبادلة يدعم الحماية الخاصة لأطراف العقد، مما يترتب عنه البطلان النسبي، و غالبا ما يتمسك به أحد المتعاقدين لأن القانون يخول له ذلك. مما دفع ببعض الجهات القضائية (قضاة الموضوع) التمسك بالبطلان النسبي بسبب حظر بعض الشروط لكونها لا تتعلق بالنظام العام الموجه و إنما تتعلق بالنظـام العام الحمائي.

ونطبق في الحالتين الأحكام العامة المتعلقة بالبطلان النسبي أو المطلق فيما يخص الطرف المخول له إثارته ومدى سلطة القاضي في إثارته من تلقاء نفسه،و يظهر ذلك من خلال الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه بند التقييس.

لكن هل بطلان بند التقييس يؤدي إلى بطلان العقد بكامله؟

لقد أجاب القضاء الفرنسي عن هذا التساؤل بقوله إن قيام الأطراف بإدراج شرط صريح غير قابل للتجزئة في العقد يترتب عنه بطلان بند التقييس والذي يمس بدوره العقد بكامله لأن رضا الأطراف قد أخذ بعين الاعتبار بند التقييس سببا لالتزامه، لأن الشرط الصريح الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف كان دافع الدائن للتعاقد، فلولاه لما أبرم العقد، و في هذه الحالة نكون أمام البطلان الكلي للعقد، وإلغاء الشرط يستلزم معه إلغاء السبب و لا يكون لبطلان بند التقييس أثرُ على العقد بكامله إلا إذا كان البند جوهريًا و محددًا. [1]

أمـــا إذا اتفق الأطراف على اختيار رقم مرجعي غير مشروع ، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان

العقد بل يكفي حذف الجزء غير المشروع وفقا لنظرية إنقاص العقد طبقا للمادة 104 من القانون المدني الجزائري[2].و التي تنص "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده

[1] - أنظر خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص 50.
[2] - أنظر القانون المدني ، المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"

في حالة سكوت الأطراف عما يحققه بند التقييس غير المشروع من فائدة، فهنا تنتج قرينة حسب الخاصية المحدّدة للشرط، و تهتم بالنظر في الثمن المدرج في العقد، لأن سكوت الأطراف عن بند التقييس غير مشروع لما يجلب لهم من فوائد يشكل تحقيق مصلحة الأطراف بالدرجة الأولى وهي قرينة بسيطة تختص بالنظر في تحديد الثمن المدرج في العقد، كما أن تحقيق مصلحة الأطراف وجب أن لا يتعارض مع المصلحة العامة، لأنه إذا اقتضت هذه الأخيرة بطلان بند التقييس لعدم مشروعيته، فإن ذلك يكون على حساب مصالح الأطراف.

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

**الفرع الثاني : استبدال الرقم المرجعي.**

غالبا ما يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على الاستبدال التلقائي للرقم المرجعي الباطل، و ذلك بتوقعهم لرقم مرجعي آخر احتياطي صحيح يحل محل الرقم المرجعي الذي تم إبطاله، أي أن الرقم المرجعي الاحتياطي يحل محل الرقم المرجعي الباطل بأثر رجعي، و ذلك بامتداده إلى الماضي.

كما تثار الصعوبة في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم لرقم مرجعي احتياطي، فيكون بإمكانهم في هذه الحالة اختيار رقم مرجعي جديد، إلاّ أنه لا ينسحب بأثر رجعي، أي لا يمتد أثره إلى الماضي ليحل محل الرقم المرجعي الباطل، عكس ما هو عليه في حالة الاتفاق المسبق للأطراف على اختيار رقم مرجعي احتياطي.

كما ترد صعوبة أخرى في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق حول اختيار رقم مرجعي جديد، فهل يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالاستبدال ؟

هناك من ينكر إمكانية تدخل القاضي للاستبدال، لأنه لا يملك سلطة الحلول محل الأطراف أي وجب على الأطراف رغم اختيارهم السابق لرقم مرجعي إدراج شروط تتضمن أرقام مرجعية أخرى مقاربة للرقم المرجعي المختار إذا ما تبين أثناء مرحلة التنفيذ أنه غير مشروع، و بالتالي إبعاد تدخل القاضي في استبدال الرقم المرجعي، مما يجسد المحافظة على إرادة المتعاقدين في اختيارهما للرقم المرجعي كأساس لبند التقييس، و بالتالي مراعاة النية المشتركة للأطراف و اقتصاد العقد.

و يتم استبدال رقم مرجعي غير مشروع برقم مرجعي مشروع إذا ما كانت للأطراف الرغبة في المحافظة على العقد و اقتصاده بما يتماشى و حاجاتهم ،كما يقوم الأطراف بزيادة في الالتزامات إذا كانت هناك تقلبات في العملة بسبب رقم مرجعي غير موجود، أو توقف عن النشر، أو باطل[1].

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

وعليه فأساس شرط التقييس هو الرقم المرجعي الذي تم اختياره، والاتفاق عليه أثناء إبرام العقد وذلك بتوقع الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية التي قد تعترض تنفيذ العقد مما يؤدي إلى التغير التلقائي للرقم المرجعي.

كما يهدف بند التقييس إلى إعادة تنظيم العقد مع تقلبات الرقم المرجعي و هذا في حالة وجود تضخم، أما في حالة الاستقرار النقدي فتنعدم قيمته، و يكون بند التقييس ذا أثر إيجابي على العقد إذا كان صحيحا بأن يكون له علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد الأطراف أو بمحل العقد، إضافة إلى ذلك وجب أن يكون الرقم المرجعي مشروعًا وموجودًا و فعالاً، كما يجوز للغير (قاضي، محكّم، خبير) التدخل بناء على طلب الأطراف لاستبدال رقم مرجعي غير مشروع برقم مرجعي مشروع أو إبطاله ،كما يضمن بند التقييس للأطراف العدالة العقدية و استقرارها و المحافظة على إرادة الأطراف تجسيدًا لمبدأ سلطان الإرادة.

[1] - أنظر خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 52.

**المبحث الثاني: سلطة الأطراف في تعديل العقد وفقا لبند إعادة التفاوض.**

قد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد على إدراج بعض الشّروط، إلاّ أنّ هذه الأخيرة قد لا تحقق الأهداف المرجوة منها، و ذلك لوجود صعوبة في البحث و الاتفاق على رقم مرجعي، ممّا يؤدّي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، و هذا ما يدفع الأطراف أثناء تنفيذه إلى اللّجوء إلى شروط إعادة التفاوض.

ويسمى كذلك هذا النوع من البند بشروط مراجعة العقد . حيث تهدف هذه الشروط إلى مراجعة بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف .

وينصب هذا النموذج من الشروط على العقـود ذات المدى الطويل، أو المستمرّة أو دورية التنفيذ التي قد تعترضها ظروف غير متوقعة، و التّي غالبا ما تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقـد، وتغيير الظّروف، و يقتصر هذا الشـرط على تبادل المناقشات و الاقتراحات و الوصول إلى اتّفاق يخدم مصالح الأطراف، و هذا ما سنحاول تبيانه من خلال مرحلة إعادة التفاوض و النتائج المترتبة عنها ،وذلك من خلال مطلبين ، في المطلب الأول تناولنا مضمون الإلزام بإعادة التفاوض، أما المطلب الثاني، النتائج المترتبة عن مضمون الإلزام بإعادة التفاوض.

**المطلب الأول:مضمون الالتزام بإعادة التفاوض**

متى وقع الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض، فأن الالتزام الرئيس الذي يفرضه الشرط هو إعادة التفاوض في العقد من قبل الأطراف. فإعادة التفاوض هو الخصيصة الأساسية للنظام القانوني للشرط وهو الأثر المباشر الذي يترتب على إعماله.

هذا ويؤكد القضاء على أن من واجب الأطراف الدخول في مرحلة من المفاوضات عقب وقوع الحدث .

ولتأمين دخول الأطراف في مرحلة التفاوض ، فأن وقوع الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض يفرض على الطرف المضرور إخطار الطرف الآخر بوقوع الحدث وأثره على توازن الاداءات العقدية . ويمثل هذه الأخطار ، في واقع الأمر ، نقطة البدء في عملية التفاوض . وينظم الأطراف عادة في شروطهم التعاقدية المدة الزمنية التي يجب أن يتم خلالها توجيه الإخطار[1].

[1] - أنظر بريك دلال ، حمر العين فيصل ، المرجع السابق ، ص 09.

ورغم الأهمية الكبرى لإعادة التفاوض كالتزام ينجم عن إعمال شرط إعادة التفاوض ويعد الوسيلة التي يتحقق من خلالها الهدف من الشرط المذكور ، وأياً كان الأمر ، فأن المتعاقدين يلتزمون بإعادة التفاوض في العقد وفقاً لمبدأ حسن النية [1] . إذ أن عملية التفاوض ، ذاتها ، تشتمل على عنصرين، الأول مادي ويقصد به القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض ، كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الأطراف . والثاني معنوي أو نفسي ويقصد به إن يتحلى كل طرف من الأطراف المتفاوضة بحسن النية والنزاهة والأمانة طيلة فترة المفاوضات. بعبارة أخرى ، فأن مبدأ حسن النية إنما يجسد العنصر المعنوي لعملية التفاوض. ويتخذ التعبير عن حسن النية ، في الواقع ، أشكالا متعددة تختلف وفقاً لما يستعمله الأطراف من مصطلحات للتعبير عن المبدأ المذكور عند تنظيمهم لشرط إعادة التفاوض ، ولعل أبرز تلك الأشكال ما ستناوله في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع ، تناولنا في الفرع الأول واجب التعاون بين الأطراف أما الفرع الثاني فتناولنا فيه الإلتزام بالإعلام وفي الفرع الثالث فخصصناه للالتزام بالسرية.

**الفرع الأول: واجب التعاون بين الأطراف.**

يلتزم طرفا العقد بالتعاون البناء والمثمر بينهما بهدف الوصول إلى اتفاق . ويعتبر واجب التعاون شكلاً من أشكال حسن النية.

ويعد الالتزام بالتعاون ، على اختلاف صوره ، التزاماً ببذل عناية . فيلتزم كل متعاقد ببذل العناية اللازمة في التعاون مع الطرف الآخر لغرض الوصول بالمفاوضات إلى هدفها المنشود وهو التوصل إلى اتفاق جديد [2].

**الفرع الثاني:الالتزام بالإعلام .**

ويسمى أيضا الالتزام بالأخبار أو الالتزام بالتبصير، أو الالتزام بالإفصاح حيث يلتزم كل متعاقد بأعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض ، وذلك حتى يكون كل منهما على علم ودراية تامين بكل ما يطرأ على العقد من تغير بسبب الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض ، فيتمكن من تقديم العروض الملائمة بغية التوصل إلى اتفاق جديد.

والالتزام بالأعلام يرتبط بالشفافية أي الصدق والصراحة والوضوح في تقديم المعلومات فلا

*1 - يعد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مبدأ مسلما به في الأنظمة القانونية .
2 - أنظر د. وفاء حلمي أبو جميل ، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1993 ، ص 175

يجوز لأحد الأطراف المتفاوضة إخفاء شيء عن الطرف الآخر، أو تركه مخدوعاً في أمر يعلم حقيقته. فإذا كان أحد الأطراف على علم بواقعة معينة وكانت تلك الواقعة مجهولة من الطرف الآخر إلا أنها بالغة الأهمية بالنسبة إليه ، بحيث لو علم بها لتغيرت طبيعة الاقتراحات المقدمة من قبله أثناء التفاوض، فأن على الطرف الذي يعلم بتلك الواقعة إعلام الطرف الآخر بها، وإلا فأنه يعد مخلاً بالإلتزام بالأعلام ، وبالتالي مخلاً بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.

**الفرع الثالث: الالتزام بالسرية.**

تأسيساً على الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض يلتزم الطرفان بالمحافظة على الأسرار التي يطلعان عليها أثناء التفاوض. فمن المتصور أن يطلع الطرفان على مجموعة من الأسرار الخاصة بهما أثناء التفاوض ،ولاشك في إن اطلاع الغير على تلك الأسرار قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر . كذلك ، فأن قيام أحد الطرفين باستغلال تلك الأسرار لحسابه الخاص دون موافقة الطرف الآخر يعد ، أيضا ، إخلالا بالالتزام بالسرية [1].

ويعد الالتزام بالسرية التزاماً بتحقيق نتيجة معينة ، إذ يلتزم المتعاقد بالحفاظ على سرية المعلومات وعدم إفشاءها إلى الغير أو استعمالها لحسابه الخاص وإلا تحققت مسؤوليته .

وتتضمن العقود المنظمة لشرط إعادة التفاوض بنوداً تشير إلى إلزام الطرف المضرور من وقوع الحدث بإبلاغ الطرف الآخر بالحدث ودعوته إلى التفاوض من أجل تعديل بنود العقد وإعادة التوازن الاقتصادي إليه . فإذا قبل المتعاقد الدخول في المفاوضات ، فأن ابرز المسائل الشكلية التي يجب أن يلتزم بها الأطراف في مرحلة المفاوضات هي المدة التي يجب أن يعلن المتعاقد خلالها قبوله إجراء المفاوضات ، والشكل الذي يجب أن يتم من خلاله هذا القبول .

فقد يحدد الأطراف مدة قبول التفاوض على نحو صريح أو ضمني. وان كان الغالب هو التحديد الضمني للمدة، فان أهمية تحديدها يجب أن يظهر خلالها قبول المتعاقد الآخر الدخول في مرحلة التفاوض، لأن أي تأخير وان كان بسيطاً في إجراء المفاوضات اللازمة لتعديل العقد ، إنما ستترتب عليه سلسلة من الإضرار التي يتحملها ليس فقط أطراف العقد الأصلي، بل جميع المتعاقدين معهم والمرتبطين بهم بسبب ذلك العقد .

من جانب آخر، قد يتفق الأطراف على شكل معين يجب أن يتم به القبول. كان يتم القبول بخطاب

[1] - أنظر شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002، ص 84

مسجل أو عادي . وبخلافه، فأن الأمر يتوقف على طبيعة العلاقة بين الأطراف والتعامل السابق بينهما، فإذا كانت العلاقة هادئة ومستقرة ويسودها التفاهم والانسجام وتمتد إلى فترات طويلة من التعامل المستمر ، فالمعتاد أن يكتفي الطرفان ، عندئذ ، بمجرد خطاب عادي. كما يجيز البعض أن يتم القبول شفاهاً ولو عن طريق الاتصال الهاتفي [1]، رغم ما قد يثيره ذلك من صعوبة في الإثبات حسب تقديرنا .

أما إذا كانت العلاقات حديثة أو مضطربة ، فالغالب أن يحرص الأطراف على تحديد شكل القبول وبخلافه ، فأن القبول يجب أن يتم بأي شكل يحقق السرعة المطلوبة في التعامل التجاري الدولي.

التفاوض في العقد إيجابا منه ، فأن الإرادة الضمنية المتبادلة لإعادة التفاوض تحتم القول بأن يفسرإذن فبند إعادة التفاوض هو إلزام الأطراف بمناقشة و تبادل الاقتراحات في ظروف حسنة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، و التي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، ممّا يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل.

و نشير إلى أن العقد يستمر أثناء إعادة التفاوض في ترتيب جميع آثاره القانونية إلاّ إذا كان هناك شرط واقف.

**المطلب الثاني :النتائج المترتبة عن مضمون الإلتزام بإعادة التفاوض.**

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

إلا أن إلزام الأطراف بإعادة التفاوض قد ينجم عنه مجموعة من النتائج ، نعالجها في هذا المطلب من خلال فرعين هما الأول حالة الالتزام بإعادة التفاوض ،أما الفرع الثاني فهو حالة الإخلال بالإلتزام بإعادة التفاوض.

**الفرع الأول : حالة الالتزام بإعادة التفاوض.**

إذا تم احترام شروط مرحلة إعادة التفاوض كما ذكرناه سابقا، و ذلك بتحمّل الأطراف كافة الأعباء الناجمة عن صعوبة تنفيذ العقد، آخذين بعين الاعتبار أهم الالتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد

[1] - أنظر شريف محمد غنام ، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة، المرجع السابق ، ص 386.

من التّعاون لتسهيل عملية التفاوض، و الامتناع عن كل إرادة تسعى إلى فشل المفاوضات[1]، و إعلام كليهما عن كل الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد، و كذا حسن النية و ما تفرضه من الثقة و الإخلاص من الطرفين، و أخذ المناقشات و الاقتراحات بجدية و نزاهة من كليهما.

فالنتيجة تكون حتما إيجابية، وهي المحافظة و الإبقاء على العقد دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين.

**الفرع الثاني: حالة الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض.**

قد يرفض احد الأطراف إعادة التفاوض في العقد. وقد يتم ذلك صراحةً . ويعود السبب في ذلك إلى أن اختلال توازن العقد قد يؤدي إلى تحمل أحد الطرفين ضرراً كبيرا، في حين يكون الطرف الآخر مستفيداً من هذا الاختلال فيرفض إعادة التفاوض في العقد إعمالاً لشرط إعادة التفاوض وأياً كان الآمر، فأن رفض إعادة التفاوض في العقد ، على النحو المتقدم، أو عدم الالتزام بمبدأ حسن النية يعد إخلالا بالإلتزام بإعادة التفاوض . ورغم أن الأطراف هم من يتولى تنظيم شرط إعادة التفاوض ، إلا أن الاطلاع على الشروط التعاقدية يكشف جلياً أن من النادر أن يتولى الأطراف تحديد أو تنظيم الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض.

فقد يلجأ الطرف المضرور إلى الدفع بعدم التنفيذ بهدف إجبار الطرف الأخر على تنفيذ التزامه والدفع بعدم التنفيذ ، هو امتناع مشروع من أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه مؤقتاً لإجبار الطرف الآخر الممتنع عن تنفيذ التزامه على التنفيذ ، فهو وسيلة تهديد يستعملها الدائن لإجبار المدين على تنفيذ التزامه .وهو يشكل أيضا ضمانة للدائن ، إذ يتوقف هذا الأخير عن تنفيذ التزامه لحين قيام المدين بتنفيذ التزامه.

لكل ما تقدم نستخلص ما يلي:

_ عند إخلال أحد المتعاقدين للالتزام بالنـزاهة ،إذا ما تمسك بفائدة قليلة من الإخلال بالتوازن العقدي للمطالبة بتعديل العقد، و نكون أمام نفس النتيجة في حالة رفض التفاوض، و قطع المفاوضات بسوء النية، كرفض الالتقاء أو الرد عن مراسلات الطرف الآخر، فيكون بذلك قد ارتكب خطئاً عقديًا، لأنهم ملزمون بالتمسك بإبداء اقتراحات جديــة، و ذلك في إطار التمسك بقيام بعمل كعرض جدي للمتعاقد الآخر، و لا يجوز لأحدهما استغلال هذه المرحلة لإفشالها.

[1] - أنظر بريك دلال، حمر العين فيصل، المرجع السابق، ص 10.

_ يجوز للطرف المتضرر من رفض التفاوض أو قطع المفاوضات اللجوء إلى العدالة للمطالبة بالتعويض على أساس الضرر الذي لحق به نتيجة فشل المفاوضات بسبب الطرف الآخر، أي الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية العقدية طبقا لأحكام المادة 124 من التقنين المدني الجزائري كما أن العقد يستمر بصفة مبدئية في إحداث آثاره أثناء فشل المفاوضات، في حالة الظروف العادية.

_ أما إذا كانت الظروف التي يتم فيها التفاوض قد أدت إلى ظهور قوة قاهرة، فإنه يتم الوقف لاستحالة التنفيذ في هذه الحالة ،و يعمد الأطراف إلى إدراج بنود الفسخ إلى جانب بنود إعادة التفاوض في العقد، لأنه في حالة فشل المفاوضات، و عدم الوصول إلى اتفاق، يكون لهم حق فسخ العقد، كما ذهبت محكمة استئناف باريس في قرارها إلى فتح طريق جديد في حالة فشل المفاوضات، حيث أيدت إرادة الأطراف، و فرضت عليهم البحث عن اتفاق و ذلك بوضع شرط المحافظة من جهة، و من جهة أخرى فرضت على الأطراف أثناء التفاوض إضافة "ملاحظ" قادر على مساعدتهم للوصول إلى حل مشترك لإعادة تنظيم العقد ، و في حالة فشل هذه المفاوضات الموجهة فإن محكمة الاستئناف تحتفظ بالنظر في الحلول سواء بالإبطال أو فرض صيغة مقترحة.

و بقرارها هذا تكون محكمة الاستئناف قد ابتعدت على الأساس الذي انطلقت منه و هو إرادة الأطراف ، و ذهب بعض الفقهاء إلى التساؤل عما إذا كان تسبيب قرار محكمة الاستئناف مؤسس إذ كيف يمكن للقاضي أن يفرض تعديل اتفاقا باسم الأطراف و حيث أن هناك فشل في المفاوضات .

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

قد تكون الظروف دافعا للجوء الأطراف إلى تعديل العقــد، مما قد يمس بعنصر أو عناصر منه قد تكون جوهرية أو ثانوية، و للأطراف الحرية في تعديل العقد طالما أنه مبني على اتفاقهم، إلاّ أنها مقيدة بقيود تعتبر استثناء عن القاعدة العامة، مما يدفعنا إلى البحث عن مدى الحرية في ذلك، وتأثيره على مصير العقد. [1]

[1] - أنظر خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص 57.

**المبحث الثالث :سلطة الأطراف في التعديل وأثره على العقد.**

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن: " العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ..." و بالتالي فقد أعطى المشرع الجزائري صراحة حرية تعديل العقد للأطراف لجعله يتماشى و التغيرات التي طرأت و حتى يحقق أفضل النتائج المرجوة منه.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه هو هل أن هذه الحرية مطلقة،أم أن لها ضوابط وقيود لا بد من احترامها عند تعديلهم لعقدهم.

وهذا ما سنحاول دراسته في المطلب الأول لننتقل في مطلب ثان إلى أثر هذا التعديل على العقد.

**المطلب الأول: حرية تعديل العقد والقيود الواردة عليها.**

حرية تعديل العقد أمر مكرس فعلا في القانون المدني الجزائري ، لكن ليس المقصود بالتعديل لأجل التعديل فقط بل لابد من مبررات ودوافع ، من بينها المحافظة على العلاقة العقدية في حال وإن طرأت ظروف لا تخدم العقد بالحالة التي هو عليها، كما يجب أن يكون هذا التعديل أيضا بقصد إعادة التوازن الاقتصادي له باعتبار ذلك عنصرا أساسيا بالنسبة للأطراف، لكن ما مدى هذه الحرية؟ هل هي مطلقة و يكفي فيها اتفاق الأطراف على التعديل[1] ،أم أن لها قيودا تحد من سلطتهم عند تعديلهم للعقد، ويقسم هذا المطلب إلى فرعين ، فتناولنا في الفرع الأول حرية الأطراف تعديل العقد وفي الفرع الثاني القيود الواردة على حرية التعديل.

**الفرع الأول: حرية الأطراف في تعديل العقد.**

يستمد 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 بالتعديل .

[1] - أنظر بريك دلال، حمر العين فيصل، المرجع السابق، ص 12.

وحرية التعديل حق مخول لأطراف العقد لتمكينهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة لمضمون العقد. سواءا كانت مسائل جوهرية أو ثانوية، سيما إذا لم تتحقق مصالح الأطراف من إبرام العقد الأصلي، فهنا تتجه إرادتهم رغم اختلاف وتنوع الأسباب والظروف إلى تعديل العقد ، باتفاق الأطراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا[1] حين قضت بأنه ليس للمستخدم الإنفراد بتعديل شروط العقد إذ قضت:

"حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه ووثائق الدعوى أن المطعون ضده رسم بموجب قرار تثبيت رقم 90/805 في منصب سائق آلة الصقل إبتداءا من تاريخ 1990/02/21، وتم تحويله إلى ورشة أخرى كعامل يدوي بسيط إبتداءا من تاريخ 1995/05/29 أين رفض ذلك.

حيث أنه من الثابت فقها و قضاءا أن التغيير في وظيفة العامل لا يتم إلا بناءا على الإرادة المشتركة للطرفين. و من ثمة فإن تطبيق قاضي الموضوع للمادة 63 من القانون 11/90 في محله.

حيث أن المستخدمة لم تثبت أن لها صلاحية التصرف فرديا في تعديل شروط العقد و تنفيذ علاقة العمل بناءا على عقد العمل أو النظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية خاصة و أن الأمر يتعلق بالتنزيل من سائق آلة إلى عامل بسيط مما يجعل الوجه في غير محله."

إن ما انتهت إليه المحكمة العليا هو تأييد الحكم الذي أقر مبد أ عدم جواز تعديل العقد بالإرادة المنفردة فيما يخص علاقة العمل وهذا تطبيقا لنص المادة 63 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل التي تنص على أنه " يمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناءا على الإرادة المشتركة للعامل و المستخدم مع مراعاة أحكام القانون"، وبمفهوم المخالفة للنص فإنه لا يجوز تعديل شروط عقد العمل أو طبيعته إلا باشتراك إرادتي كل من العامل و المستخدم.

و التعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، كونه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه و بالتالي يضمن العلاقات القانونية فيجسد استمرار وبقاء العقد وكذا الابتعاد عن خطر إنهائه كالفسخ مثلا، 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

[1] - أنظر بريك دلال ، حمر العين فيصل ، المرجع السابق، ص 13.

أحد العيوب المذكورة ،فأن التعديل هو من يخضع إلى قواعد الإبطال ولا يمكن أن يشمل ذلك العقد كله.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام المرسوم التشريعي المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، حينما اعتبر السعر تقديري و كيفيات مراجعته من مشتملات بيع العقار على التصاميم، ويقع تحت طائلة البطلان في حالة تخلفه ويقوم المتعامل في الترقية العقارية ببيع بناية أو جزء منها لأحد المشترين قبل إتمام الإنجاز طبقا لأحكام المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه ويلتزم فيه المتعامل في الترقية العقارية بتقديم ضمانات أما المشتري فيلتزم بتقديم تسبيقات وسلف و دفعات مجزئة طبقا للمادة 10 من نفس المرسوم.

أما فيما يتعلق بالسعر التقديري فقد ترك المشرع للأطراف الحرية الكاملة لتحديده، إلا أنه في حالة اعتراض التنفيذ ظروف اقتصادية صعبة كانهيار العملة أو ارتفاع الأسعار خاصة بالنسبة للمواد كثيرة الاستعمال و التي من شانها أن تؤثر على سعر التكلفة، يتدخل الأطراف لتعديل السعر التقديري بإدراج شروط تتضمن كيفية مراجعته، وهذا البند مذكور حرفيا في المادة 10 من المرسوم بنصها - السعر التقديري وكيفية مراجعته إن اقتضى الأمر- وذلك بالاتفاق على اختيار أرقام مرجعية تتناسب وتغيرات تكاليف مواد البناء.

كما أن هذه الفئة من القيود ذات أهمية اقتصادية كبيرة وليس من العدل أن يستأثر البائع بمراجعة السعر التقديري لوحده نظرا لحرفيته.

ولأجل ذلك وجب على المشتري اللجوء إلى أشخاص ذوي خبرة في الميدان لمراجعة السعر مع البائع و يجب على الطرف الآخر الذي عرض عليه التعديل الرد سواءا بالقبول أو الرفض، فإذا كان الرد بالقبول تم التعديل[1] أما إذا كان الرد بالرفض لأسباب واهية نكون أمام حالة تعسف في استعمال الحق، وهذا لا يمنع بأن يكون مقترح التعديل هو من تعسف في استعمال حقه إذا كان اقتراحه للتعديل غير مبرر، وبدافع خدمة مصالحه على حساب مصالح الطرف الآخر، وبهذا يكون قد أخل بأهم مبادئ تنفيذ العقد ألا وهو حسن النية كما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني لذا وجب إلزاما فرض قيود على حرية الأطراف لتعديل عقدهم لتفادي أي تجاوز.

[1] - أنظر بريك دلال ، حمر العين فيصل ، المرجع السابق ، ص 14.

**الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية التعديل.**

سبق القول أن ترك حرية أطراف العقد بدون قيود فيما يخص تعديل العقد ،من شأنه أن يعقد الأمور أكثر ،بأن يبدي أحدهما رغبة في التعديل فيتعرض الآخر بحجة استعماله بحقه، وكما هو معروف في مجال التصرفات القانونية و التي تخضع إلى أربعة مبادئ وهي: النظام العام الذي يشكل الإطار العام للعقد الأصلي الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخرج عنه فما بالك عند التعديل لذا فهو خارج عن دراستنا، أما المبدأ الثاني وهو التعسف في استعمال الحق، وهو أنه ليس لأي شخص أن يستعمل حقه بشكل يخرج عن العادة و بالأوجه التي ذكرتها المادة 128 مكرر من القانون المدني، و المبدأ الثالث هو مبدأ حسن النية و الرابع فهو الشكلية كركن فيها وهذا ما سنتناوله بالدراسة من خلال أربع فقرات على التوالي:

**أولا: الكتابة .**

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] بإلزامية 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 المقاول 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 ..... و يجب 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 المقاولة 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

[1] - أنظر قرار المحكمة العليا في 97/06/18 ،ملف 122 144 المجلة القضائية عدد 1 سنة 1997 ،ص 21 .

العقد التأسيسي، فهل يقتصر القيد على عقدي المقاولة و الشركة أم أن الأمر سيان بالنسبة لكافة العقود؟

**ثانيا: التعسف في استعمال الحق.**

إن تعديل العقد حق منحه المشرع لأطرافه حتى يحينوا عقدهم بالشكل الذي يتماشى والمستجدات التي طرأت، و لهذا ليس لأحد الأطراف أن يستعمل حقه على نحو غير مشروع، ويكون ذلك حسب ما نصت عليه المادة 125 مكرر من القانون المدني الجزائري بقولها:

" يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمى إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- 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[1].

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.

[1] - أنظر بريك دلال، حمر العين فيصل، المرجع السابق، ص 16.

**ثالثا: حسن النية**

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وحسن النية مبدأ قانوني يقتضي من المتعاقد أن يجتاز في تنفيذ العقد موجبات الأمانة و النزاهة في التعامل. وكذا تعاون الأطراف في تنفيذ العقد. [1]

أما عند التعديل فتكون حسن النية بتعاون الطرفين عن طريق تقديم تسهيلات من أجل القيام بالتعديل. بأن تجمعهما 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.

**رابعا: أن يبقي التعديل على العقد الأصلي.**

إن التعديل الذي يمس العقد دون أن يخلق عقدا آخر أمر لا بد من توافره فالتعديل الذي يغير مراكز المتعاقدين أو يزيل الالتزامات و الحقوق الأصلية للعقد مع خلق التزامات جديدة لا يعتبر تعديلا بل هو عقد جديد له سبب ومحل ، وبالطبع إرادة غير التي كانت في العقد الأول.

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. [2]

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 و الكتابة. وعدم الخروج عن العقد الأصلي.

[1] - أنظر محمود زواوي ،الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ،رسالة ماجستير،جامعة الجزائر،معهد الحقوق و العلوم الإدارية 1987 ،ص45 .
[2] - أنظر خديجة فاضل ، المرجع السابق ،ص 67 .

**المطلب الثاني :أثر حرية التعديل على مصير العقد.**

إذا 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 ، ويتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول: الإبقاء على الشروط الجوهرية، أما الفرع الثاني فهو الإبقاء على الشروط الثانوية للعقد.

**الفرع الأول : الإبقاء على الشروط الجوهرية.**

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

تعتبر العناصر الجوهرية شروطا عامة مطلوبة لصحة العقد لا يتم إبرام العقد بدونها.

و غالبا ما نجد ذلك في حالة اتفاق الأطراف على استبدال المحل 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 يقدّر المتعاقدان بها المبيع و لا يشترط أن يكون معادلاً للقيمة الحقيقية أو التجارية.[1]

و بالتالي نجد أنفسنا أمام نفس الثمن الذي تم الاتفاق عليه أثناء إبرام العقد الأصلي، أي أمام عقد البيع الأصلي نفسه مما يؤدي إلى بقائه.

**الفرع الثاني : الإبقاء على الشروط الثانوية للعقد.**

إن استمرار الرابطة العقدية يترتب عليها ضمان عدم المساس بملحقات العقد، سيما إن كانت من عمل الأطراف.

فإذا كانت التأمينات المقدمة من قبل الغير فإنها تختفي في حالة التعديل ليس بسبب انقضاء

[1] - أنظر زهدي يكن، **عقد البيع**، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية شركة الطبع و النشر اللبنانية:بيروت، بدون تاريخ، ص208، ص 209.

الرابطة القانونية، ولكن لكونها لا تتعلق بالمتعاقدين[1]، 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 مبدئيًا 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 تلقائيا، أما في الحالة الثانية، فإنها تختفي بسبب انقضاء العقد.

أي أن الملحقات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد في حالة التجديد، إلاّ إذا نص عليها القانون أو تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف طبقا لأحكام المادة 291 من التقنين المدني الجزائري[2]، فمثلا المشرع الجزائري قد خالف القاعدة التي تفترض انقضاء التأمينات التي قدمها المستأجر في الإيجار القديم، بانقضاء هذا الإيجار تطبيقا لفكرة التبعية، فتنقضي التأمينات بانقضاء الدين المضمون، فالمشرع نص على انتقال التأمينات العينية إلى الإيجار الجديد في حالة تجديد الإيجار الضمني طبقا لأحكام المادة 509 من التقنين المدني الجزائري[3]، 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 إضرارا بحقوق الغير الذي شهر حقه في الفترة بين قيد الرهن القديم وإجراء القيد الجديد[4].

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

---

[1] - أنظر خديجة فاضل، المرجع السابق ، ص67.

[2] - أنظر المادة 291 ق.م.ج "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه و إنشاء التزام جديد مكانه، و لا تنتقل التأمينات التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك."

[3] القانون المدني ، المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[4] - أنظر سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف: الإسكندرية ،1975، ص 304

و عليه فإن مضمون العقد لم يتعرض للتغيير في الحالتين السابقتين، مما يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل.

و نخلص إلى القول أن تعديل العقد 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.

وكخاتمة لفصلنا نرى أن حرية تعديل العقد أمر مكرس فعلا في القانون المدني الجزائري، ويكون ذلك باستخدام الأطراف لآليات يتم إدراجها في العقد، و تتمثل هذه الآليات في شروط يتم الاتفاق عليها في العقد مسبقا أو لاحقا، بتوقع الظروف التي قد تعترض تنفيذ العقــد، و يكون الهدف من استخدام هذه الشروط هو تفادي الأزمات الاقتصاديـة و الاجتماعية و ضمان تنفيذ العقد.

وحرية التعديل حق مخول لأطراف العقد لتمكينهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة لمضمون العقد. سواءا كانت مسائل جوهرية أو ثانوية، سيما إذا لم تتحقق مصالح الأطراف من إبرام العقد الأصلي، فهنا تتجه إرادتهم رغم اختلاف وتنوع الأسباب والظروف إلى تعديل العقد ، باتفاق الأطراف على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد الأصلي.

و التعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، كونه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه و بالتالي يضمن العلاقات القانونية فيجسد استمرار وبقاء العقد وكذا الابتعاد عن خطر إنهائه كالفسخ مثلا، 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 ،فأن التعديل هو من يخضع إلى قواعد الإبطال ولا يمكن أن يشمل ذلك العقد كله.

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 و الكتابة. وعدم الخروج عن العقد الأصلي.

وإذا كان التعديل إجراءً وقائيا يحمي العقد من مخاطر الفسخ و عدم التنفيذ، فإن حرية الأطراف في تغيير شرط أو عدة شروط منه، فتكون في هذه الحالة إما استمرار العقد الأصلي في حالة بقاء الشروط الجوهرية، أو ظهور فئة قانونية جديدة من العقود في حالة تغييرها، و مع ذلك يبقى التعديل الوسيلة المرغوب فيها من قبل الأطراف لضمان استمرارية العقد و السهر على سرعة التنفيذ بما يتماشى و مصالحهم و دعمًا لمبدأ سلطان الإرادة.

## خاتمة:

من خلال استعراضنا لهذا الموضوع ا لذي يثير عدة نقاط ذات طبيعة استثنائية لكونه يشكل اعتداءا على مبدأ ذو قيمة عالمية يسيطر على العلاقات التعاقدية هو مبدأ سلطان الإرادة، نخلص إلى القول أنه لا يمكن اعتبار الرابطة العقدية قاعدة مطلقة غير قابلة للمساس، بل بالعكس تكون في بعض الأحيان محل إعادة تنظيم بالتغيير في عناصر العقد أو شروطه.

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

في مرحلة أولى تطرقنا إلى سلطة الأطراف في تعديل العقد، و بما أن هذا الأخير يعتبر تصرف قانوني يقتصر على تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد دون المساس بالعناصر الأساسية ، وبما ان التعديل وسيلة للتعاون بين الأطراف من جهة و بقاء العقد مواجهةً للظروف المتوقعة أو غير المتوقعة من جهة أخرى، وذلك باستخدام آليات تتمثل في البنود وهذه الأخيرة المتمثلة في بند التقييس وبند إعادة التفاوض، فالغرض من البند الأول أساسا هو تفادي اثر انهيار العملة على التزامات المتعاقدين وذلك عن طريق اختيار رقم مرجعي على علاقة مباشرة إما بنشاط أحد أطراف العقد أو بمحله، أما البند الثاني فيتعلق بإعادة التفاوض وهو التزام بتحقيق نتيجة الغرض منه الجلوس مرة أخرى، و مناقشة بعض شروط العقد التي لم تصبح ملائمة له بالحالة التي هي عليها، وبعدها تكلمنا عن مدى حرية الأطراف في التعديل أثناء مرحلة التنفيذ، بحيث أنه في بعض الحالات يصبح العقد أقل فعالية، خاصة قي العقود المستمرة ليتخذ الأطراف من ذلك مبررا لتعديل عقدهم لكن دون الخروج عن المبادئ المقررة في مجال العقود من ذلك الكتابة باعتبارها ركن انعقاد، وعدم التعسف في استعمال الحق، ومبدأ حسن النية في التنفيذ وعدم الخروج عن مضمون العقد.

وفي مرحلة ثانية تناولنا التعديل القضائي، حيث أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد أثناء التنفيذ وذلك في ثلاث حالات، فقد يعترض تنفيذ العقد ظروفا استثنائية، عامة و غير متوقعة، تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، وهنا يجوز للقاضي طبقا للمادة 3/107 من القانون المدني أن ينقص من التزامات الطرف المضرور أو أن يوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال تلك الظروف الطارئة، و في حالة اتفاق الأطراف مسبقا على تعويض يستحقه الدائن عند إخلال مدينه بالتزاماته أو تأخره في التنفيذ، أو ما يسمى بالشرط الجزائي، يتدخل القاضي طبقا لأحكام المواد 184 و 185 لتعديله

بالإنقاص إذا كان التقدير للشرط الجزائي مبالغا فيه أو في حالة تنفيذ المدين للالتزام جزئيا، وبالزيادة في حالة استخدام المدين لغش أو خطأ جسيم، كما يتدخل القاضي لتعديل العقد في نطاق المدة المتفق عليها للوفاء بالالتزام، و ذلك بمنح المدين المعسر أجلا لتنفيذ التزامه طبقا للمادة 210 من القانون المدني.

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

كما لاحظنا أن تدخل الأطراف لتعديل العقد يضمن مرونة العلاقات العقدية ، إلا أن تدخل القاضي يشكل انتهاك للقوة الملزمة للعقد و مساساً بمبدأ سلطان الإرادة لدى أنصار هذا المبدأ، إلا أن الواقع أنّ تدخّله قد وُجد لحماية مصـالح الأطراف و القضاء على كل ظلم قد يلحق الطرف الضعيف ويسهل تنفيذ العقد.

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

و التعديل وسيلة لحماية العقد من مخاطر الفسخ، و مخاطر عدم التنفيذ، وما يترتب عنهما من عدم الاستقرار في المعاملات بين الأفراد. كما أنه وسيلة إيجابية للقضـــاء على الاختلال في التوازن العقــدي، قد يستخدمه الأطراف أو القاضي، كلما اقتضت اعتبارات الواقع ذلك، و تتمثل إيجابيته في أهمية العملية في المحافظة على بقاء العقد، رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة، لأن التعديل يسعى إلى تحقيق المصلحة الاقتصادية بما تقتضيه مبادئ العدالة، لكن يجب على المشرع تحديد طريقة التعديل بجعلها أكثر فعالية .

كما أن التعديل يبقى كاستثناء على قاعدة (( العقد شريعة المتعاقدين )) ولا يجوز أن يكون التعديل قاعدة عامة لأنه يشكل خرقاً لعدة مبادئ قانونية منها مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد، فالتعديل هو وسيلة ايجابية للقضاء على الاختلال في التوازن العقدي، بحماية العقد من مخاطر الفسخ و عدم التنفيذ و الإبقاء عليه ولهذا نفضل حصر التعديل كاستثناء في نظرية الالتزام.

## قائمة المراجع

### أولا: الكتب.


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

2. بلحاج العربي ، النظرية العام للإلتزام في القانون المدني رالجزائري ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 2005 .

3. تناغو سمير عبد السيد:نظرية الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية ،1975.
4. د،وفاء حلمي أبو جميل ، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1993.

5. رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام، دار الجامعية الجديدة، الأزرطية، ط 2006.

6. عبد الرزاق أحمد السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1960.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الأوصاف،الحوالة، الانقضاء،دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة.
8. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة: بغداد،1977.

9. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1990.

10. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004 .

11. محمد حسين منصور ، الوجيز في نظرية الإلتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية ، 1983.

12. زهدي يكن:عقد البيع، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصريــة ، شركة الطبــع والنشر اللبنانية: بيروت، بدون سنة.

**ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية**

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، 1979.

2. نجاري عبد الله:الشرط الجزائي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1983.

3. محمود زواوي: الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري،رسالة ماجيستير، جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1987.

4. عبد الحميد بن شنيتي، دورا لقاضي في تعديل العقد رسالة دكتوراه جامعة لجزائر،1998

5. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، السنة الجامعية، جامعة الجزائر ، 2002/2001.

6. شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002.

7. بريك دلال ، حمر العين فيصل، سلطة الأطراف والقاضي في تعديل العقد ، مذكرة نهاية التخرج لنيل لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2005، 2008.

8. سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، السنة الثالثة، الجزائر، سنة 2005-2008.

**ثالثا: المجلات القضائية.**

1. قرار صادر بتاريخ 1993/10/10، ملف رقم 99624 للغرفة المدنية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994.

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

**رابعا : القوانين.**

1. القانون المدني ، المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

# الفهرس

شكر وتقدير
إهداء
المقدمة ..... 03
الفصل الأول:سلطة الأطراف في تعديل العقد أثناء تنفيذه..... 08
المبحث الأول :سلطة الأطراف في تعديل العقد وفقا لبند التقييس..... 09
المطب الأول : مفهوم بند التقييس..... 09
الفرع الأول: تعريف بند التقييس..... 09
الفرع الثاني : شروط بند التقييس..... 10
المطلب الثاني :الجزاءات المترتبة عن تخلف شروط بند التقييس ..... 11
الفرع الأول : بطلان الرقم المرجعي..... 12
الفرع الثاني : استبدال الرقم المرجعي..... 13
المبحث الثاني :سلطة الأطراف في تعديل العقد وفقا لبند إعادة التفاوض..... 15
المطلب الأول :مضمون الالتزام بإعادة التفاوض..... 15
الفرع الأول: واجب التعاون بين الأطراف..... 16
الفرع الثاني:الالتزام بالإعلام ..... 16
الفرع الثالث: الالتزام بالسرية..... 17
المطلب الثاني : النتائج المترتبة عن مضمون الإلتزام بإعادة التفاوض..... 18
الفرع الأول : حالة التزام بإعادة التفاوض..... 18
الفرع الثاني : حالة إخلال بالتزام بإعادة التفاوض..... 19
المبحث الثالث : سلطة الأطراف في التعديل وأثره على العقد..... 21
المطلب الأول: حرية تعديل العقد والقيود الواردة عليها..... 21
الفرع الأول: حرية الأطراف في تعديل العقد..... 21
الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية التعديل..... 24
المطلب الثاني : أثر حرية التعديل على مصير العقد..... 27
الفرع الأول : الإبقاء على الشروط الجوهرية..... 27
الفرع الثاني : الإبقاء على الشروط الثانوية للعقد..... 27

الفصل الثاني : سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه..... 32
المبحث الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة ..... 33
المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة..... 33
الفرع الأول : تعريف نظرية الظروف الطارئة..... 33
الفرع الثاني : شروط نظرية الظروف الطارئة..... 34
الشرط الأول :أن يكون الالتزام التعاقدي متراخيا في تنفيده..... 34
الشرط الثاني: أن يكون الظرف الطارئ حادثا وعامل وغير متوقع ..... 35
الشرط الثالث: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا..... 36
المطلب الثاني : القيود الواردة على سلطة القاضي بمناسبة نظريّة الظّروف الطّارئة..... 37
الفرع الأول : مراعاة القاضي الظّروف المحيطة بالقضيّة..... 38
الفرع الثاني : الموازنة بين مصلحة المتعاقدين..... 38
الفرع الثالث: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..... 38
المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل العقد وفقا للشّرط الجزائي..... 42
المطلب الأول :مفهوم الشرط الجزائي ..... 42
الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي..... 43
الفرع الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي..... 44
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي..... 46
الفرع الأول : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي..... 46
الفرع الثاني : سلطة في زيادة الشرط الجزائي..... 48
المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد وفقا للأجل القضائي ..... 52
المطلب الأول :مفهوم الأجل القضائي..... 52
الفرع الأول : تعريف الأجل القضائي..... 52
الفرع الثاني: شروط منح الأجل القضائي..... 53
المطلب الثاني :مدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي..... 55
الفرع الأول: سلطة القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ..... 56
الفرع الثاني: سلطة القاضي بمناسبة دعوى الفسخ..... 57
الخـاتـــمة..... 62

قائمة المراجع..... 65
الفهرس..... 69