



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

كلية الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية

**الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية العقدية**

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

شرفي عبد القادر

إعداد الطالبة:

خشمون ناهد

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د صايغي مبارك
مشرفا ومقررا	جامعة قسنطينة	أستاذ محاضر	أ.د شرفي عبد القادر
عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة	أستاذة محاضرة	أ.د لعباني وفاء
عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة	أستاذ محاضر	أ.د بلعابد سامي

السنة الجامعية: 2017/2016.

شكر و تقدير:

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم و المعرفة وأعانني على أداء هذا

الواجب ووفقتي لإنجاز هذا العمل.

أتوجه بجزيل الشكر و الإمتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على

إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهني من صعوبات ،وأخص بالذكر الأستاذ

المشرف الأستاذ: شرفي عبد القادر ،الذي وجهني بالنصائح القيمة التي كانت

عوناً لي في إتمام هذا البحث وإلى لجنة المناقشة المتمثلة في الأستاذ: صايغي

مبارك و الأستاذة: لعباني وفاء و الأستاذ: بلعابد سامي.

## إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع:

-إلى من لا رضاء الله إلا برضاهم الوالدين العزيزين الذين لم يبخلو

علي بدعمهم ودعائهم.

-إلى شريك حياتي زوجي الغالي ياسين الذي أمدني بالمساندة و القوة

ولم يتوانى عن بذل كل جهد لتوجيهي وتشجيعي.

-إلى أختي الحبيبة منال و إخوتي الأعزاء وزوجاتهم و أبناءهم.

-إلى أم زوجي الغالية وأختيه فضيلة ويسمينة.

-إلى صديقتي الحبيبة خولة و أمينة وكل زميلات المشوار.

الكلمات المفتاحية بالعربية:

المسؤولية العقدية- تعديل - الإعفاء - التخفيف - التشديد.

الكلمات المفتاحية بالفرنسية:

la responsabilité contractuelle- Modification- la totale Dispense-  
l'allègement -la sévérisation.

الكلمات المفتاحية بالإنجليزية:

the contractual responsibility -Modification- the total exemption -  
lightring -tightning.

مقدمة

تتسم المعاملات المالية بين الأفراد من الناحية العملية بتضارب المصالح المادية مما قد يؤدي بهم للإخلال بالتزاماتهم سواء كانت قانونية أو تعاقدية، لذلك كان لابد من ظهور نظام قانوني يحكم هذه الروابط و يوازن بين مصالح الأطراف فيها، بأن يتحمل الطرف المخل بالتزاماته المسؤولية عن ذلك الإخلال، فالمسؤولية بصورة عامة نشأت لوضع الضوابط للسلوك الإنساني فلو تركت لإرادة الأفراد المطلقة لأصبح الإلتزام رهنا للنزعات الفردية مما يجعلها غير عادلة.

ولهذا ظهرت المسؤولية بمختلف أنواعها، وتعد المسؤولية المدنية من أهمها باعتبارها الإلتزام بتعويض ما يلحق الطرف المتضرر جراء إخلال الطرف الآخر بالإلتزامه ، و يندرج ضمنها نوعين من المسؤولية إحداها مسؤولية عقدية مبنية على الخطأ العقدي المتمثل في مخالفة الإلتزام مصدره العقد و ثانية مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ التقصيري المتمثل في الفعل الضار بالغير و الموجب للتعويض.

ولقد إقتصرت هذه الدراسة ضمن نطاق المسؤولية العقدية بصورة خاصة كونها بمجرد تحقق أركانها من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية بينهما، تنتج المسؤولية العقدية جزاءها على المدين المتمثل في فرض التعويض عليه سواءً كان التعويض عينيا أو كان التعويض بمقابل أو بكليهما معاً إذا اقتضت الضرورة ذلك لجبر الضرر.

لكن بالرغم من هذا الجزاء الذي يتحمله المدين جراء تحقق المسؤولية العقدية، إلا أن القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم هذه المسؤولية تعتبر قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين و ليست قواعد أمرة وفضلا على وجود مبدأ قانوني يتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد أجازت القوانين والتشريعات المدنية لأطراف العقد وضع إتفاقات من شأنها التعديل من قواعد المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، وذلك بالإتفاق على إعفاء المدين من

المسؤولية تماما فيمنع ترتب أثرها في ذمته رغم توفر جميع عناصرها، و إما أن يكون الإتفاق على تعديل درجة أثرها بالتخفيف منها أو حتى بالتشديد من حكمها.

وتكمن أهمية الموضوع الذي سأتناوله بالدراسة من نواحي عديدة كونه يدخل في إطار تدعيم الدراسات العلمية السابقة له، فضلا عن الأهمية القانونية الكبيرة لأثر أعمال مثل هذه الإتفاقات بإعتبارها خروجاً صارخاً عن القواعد التي تقتضيها أحكام المسؤولية المدنية عامة والعقدية خاصة كون الهدف من المسؤولية هي إلزام المدين جبر الضرر الذي تسبب فيه بخطئه، فهذه الإتفاقات تجسد سلطان إرادة الأطراف في العقد بإعتبارها مصدر لهذا التعديل الذي يصل في بعض الأحيان لدرجة إنعدام أثر المسؤولية ككل وفي أحيان أخرى يتم تعديلها بدرجة أقل أو أكبر من أثرها الأصلي، هذا ما قد يؤدي بمثل هذا التعديل لتهديد مبدأ التوازن العقدي فيؤثر على الطرف الضعيف في هذه الرابطة العقدية .

و تعد من الأسباب التي أثارت إهتمامي و دفعتني لمعالجة هذا الموضوع، كونه يكثر في وقتنا الحاضر التعاقد بمثل هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، لما لها من دور مهم تلعبه هذه الإتفاقات في المجال الاقتصادي ، وعليه سيتم تسليط الضوء حول موقف الشريع المدني بالخصوص التشريع الجزائري من مثل هذه الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية من حيث وضعها وضبطها، فضلا على موقف القضاء و الفقه منها .

وكون الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية تعد أهم تجسيد قانوني وعملي لمبدأ سلطان الإرادة هذا ما يستدعي بروز إشكالية مهمة تمس مدى إستقرار العلاقة التعاقدية بوجود مثل هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية، وعليه يتم طرح هذه الإشكالية بصيغة أدق لإمكانية معالجتها وهي كالتالي: ما مدى أعمال مبدأ حرية التعاقد في وضع الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، وهل توجد حدودا لهذا المبدأ من شأنها وضع توافق بين مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين وبين التوازن العقدي؟

وينبثق من هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي تتمثل في:

\* ما دور التشريع والقضاء المدني في تنظيم وضبط نطاق هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية؟

\* هل معيار التمسك بالإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية يقتصر على المتعاقدين باعتبارهم أطراف العلاقة أم يمتد أثرها لأطراف أخرى؟

\* ما أثر الأخذ بمبدأ الجمع والخيرة بين المسؤوليتين على القوة الملزمة للإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية؟

\* فيما تتجلى أوجه التعديل القائمة على المسؤولية العقدية ودرجاتها؟

ومن الصعوبات التي واجهتني في محاولة الإجابة عن هذه الإشكاليات هي نقص الدراسات التي تتناول موضوع التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية، فعلى الرغم من توفر الكتب و الدراسات في مجال المسؤولية المدنية بمجملها أو حتى إقتصارها على المسؤولية العقدية بصفة عامة إلا أن الكتب المتخصصة التي تركز على هذا النوع من الدراسة و جدت فيها نقصا محسوسا خاصة في القانون الجزائري.

و لما يقتضيه موضوع البحث وإمكانية الإلمام بجوانبه اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي في معالجة هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، فضلا على إتباع المنهج المقارن في بعض المواضع التي تحتاج للمقارنة حينما يتطلب الأمر ذلك، كما إعتمدت على المنهج التطبيقي من خلال تدعيم الموضوع ببعض التطبيقات حول جواز هذه الإتفاقات من عدمه في بعض العقود المتداولة في القانون المدني الجزائري وفي بعض القوانين الخاصة و ومن بينها تحديدا القانون التجاري والقانون البحري وقانون الطيران المدني.

في محاولة للإجابة عن هذه الإشكالات إرتأيت معالجة الموضوع بوضع خطة بحث على النحو التالي:

**-تمهيد:** تناولت فيه بعض المفاهيم والأفكار التي تسهل للذهن الدخول في صلب الموضوع وذلك بالتطرق لموقف الفقهي والقانوني من عدم صحة الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية التقصيرية، ثم ننتقل لصحة هذه الإتفاقات المعدلة في مجال المسؤولية العقدية والآراء حولها، وأخيرا نستعرض التفرقة بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية وبعض الأنظمة القانونية المشابهة لها.

**-الفصل الأول:** سأعالج في هذا الفصل نطاق الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية من خلال استعراض القيود التي تضبط حدود هذه الإتفاقات المعدلة، ثم إستخلاص أثر بطلانها على العقد ومدى إمكانية الأخذ بمبدأ الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية أو الخيار بينهما وأثر ذلك على هذه الإتفاقات، وأخيرا نتطرق لمن يجوز لهم من الأشخاص التمسك بهذه الإتفاقات المعدل لقواعد المسؤولية العقدية.

**-الفصل الثاني:** سأتطرق في هذا الفصل لدرجات التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية وهذا بعرض أول درجة لهذا التعديل وهي الإعفاء الكلي من المسؤولية العقدية ، ثم الانتقال للدرجة التالية وهي درجة التخفيف من المسؤولية، وأخيرا لدرجة التشديد، وفي كل هاته الدرجات نتعرض للأوجه المختلفة لكل درجة وأثرها الموضوعي الذي يمس العقد من جهة والأطراف من جهة أخرى مع تدعيمها بموقف التشريع والقضاء من هذه الإتفاقات المعدلة في نماذج من عقود متداولة .

تعمیر

إن الإتفاقات التي تهدف لتعديل قواعد المسؤولية هي تعبير صريح عن مبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup> الذي يخرج المسؤولية من إطارها العام الذي وضع لها فقها وقانونا، وهذا عامة نجده في إطار المسؤولية العقدية باعتبار أن المتعاقدين تحكمهما شريعة يلجأون إليها ألا وهي العقد والذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني<sup>2</sup> بإعتباره اتفاق يلتزم بموجبه شخص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وعليه فإن الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية منسبة فقط في المسؤولية العقدية .

وللإلمام بموضوع البحث القائم حول الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية لأبد من توضيح بعض المواضيع والمفاهيم التي لا مكان لها في صلب الموضوع إلا أنها تهيب لها الذهن وهي كالاتي:

**أولا: عدم صحة الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية التقصيرية.**

**- مفهوم المسؤولية التقصيرية:**

إن المسؤولية التقصيرية هي المسؤولية التي تقوم عند الإخلال بالتزام قانوني، وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود عقد يجمع بين المسؤول عن هذا الضرر وبين

---

<sup>1</sup> سلطان الإرادة هو قدرة طرفي العقد على إنشاء ما يتراضيان عليه من عقود وعلى تحديد الآثار الناجمة عن هذه العقود بالإتفاقات التي يتفقان عليها ، وهذا ما اصطلح عليه بالحرية التعاقدية، فالأصل أن الإرادة حرة، ويبدو مدى هذه الحرية في إمكان الخروج على كل ما تنظمه الأنظمة من قواعد مكملة ، وتقف هذه الحرية عند حد القواعد النظامية الأمرة أو وجود قواعد تتعلق بالنظام العام يتحتم مراعاتها.

<sup>2</sup> - القانون رقم 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، جريدة رسمية عدد 31، سنة 2007 .

المضرور ومثال ذلك مسؤولية سائق سيارة التي يقودها بإهمال أو بدون حذر فيصيب إنسانا أو يتلف مالا للغير<sup>1</sup>.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث من القانون المدني تحت عنوان "العمل المستحق للتعويض" من المادة 124 إلى المادة 140 مكررا 1 مدني، حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة أقسام، تناول فيها الصور التي تكون عليها المسؤولية التقصيرية وهي:

-القسم الأول: المسؤولية عن الأعمال الشخصية (من المادة 124 إلى المادة 133 مدني)  
-وفي القسم الثاني: المسؤولية عن الغير (من المادة 134 إلى المادة 137 مدني)  
-وأخيرا في القسم الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء (من المادة 138 إلى المادة 140 مكررا 1).

وقد تم اعتماد هذا التقسيم لإعتبار أن المسؤولية عن الأعمال الشخصية هي الشريعة العامة التي يقوم عليها الإلتزام، بينما المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء هي مسؤولية استثنائية.<sup>2</sup>

قد نصت المادة 124 من القانون المدني بأنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض." وعليه فإن للمسؤولية التقصيرية أركان ثلاث وهي كالتالي :

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية (العمل غير المشروع - شبه

العقود - والقانون) ،دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر (د ط)، سنة 2004 ، ج 2، ص 12.

<sup>2</sup> علي فيلالي : الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض ، موفم للنشر ،الجزائر ، ط 2 ، سنة 2010 ، ص 48.

### \* الخطأ التقصيري

لقد اختلفت وتعددت الآراء الفقهية في تحديد الخطأ الذي يوجب قيام المسؤولية التقصيرية ، لكن في آخر المطاف نجد أن الخطأ في هذه المسؤولية هو عبارة عن إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال أي بمعنى الانحراف عن السلوك الشخص العادي المألوف ، ويتمثل هذا الإلتزام على ضرورة أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير ، فإذا وقع الانحراف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركا لهذا له إعتبر هذا خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية ، وعليه فقد إستقر أغلب الفقهاء على أن الخطأ هو قيام الشخص بالإخلال بالإلتزام مصدره القانون مع الإدراك بأنه يضر الغير.<sup>1</sup>

ومن هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف وهو بهذا المعنى إخلال بقاعدة قانونية أو واجب قانوني كالإخلال بالنصوص القانونية الأمره فقد يصدر هذا التعدي بقصد مثلا كقيام السائق بدهس غريمه عمدا ، كما قد يقع التعدي نتيجة إهمال أو تقصير من الشخص كتجاوز السائق السرعة المقررة فيدهس شخصا في الطريق، ومعيار هذا الخطأ في القانون المدني الجزائري هو وجوب توافر عنصري الإدراك والانحراف ومعياره موضوعي مجرد لا يرتبط بالفاعل بالذات بل ينظر فيه إلى سلوك الشخص العادي المتوسط في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالشخص المنحرف، ويتحقق عنصر الانحراف بالفعل أو بالتترك<sup>2</sup>، فالخطأ في الإلتزام في مجال المسؤولية التقصيرية يكون دائما ببذل عناية وليس إلتزام بتحقيق نتيجة في حين قد نجد هذا الإلتزام الأخير في المسؤولية العقدية.

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قدامة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، سنة 1994، ج 1، ص 242.

<sup>2</sup> فودة عبد الحكم: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، (دط)، سنة 1996، ص 42 .

والركن الثاني في التعدي هو الركن المعنوي والمتمثل في الإدراك فيجب على الشخص أن يكون مدركا لأعمال التعدي التي قام بها سواء صدرت منه بقصد أو كانت بغير قصد<sup>1</sup>، والإدراك مرتبط بقدرة الإنسان على التمييز، و سن التمييز في القانون الجزائري يكون ببلوغ الشخص 13 سنة أي يكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن أفعاله الضارة، وهذا ما قرره المادة 125 من القانون المدني لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا.

### \* ركن الضرر:

إن الضرر هو الأذى الذي يلحق بالشخص المتضرر نتيجة خطأ الغير وهذا الأذى قد يلحق الشخص في جسمه أو ماله و يكون الضرر ماديا إذا ساهم في إنقاص المزايا المالية للحقوق العينية أو الصناعية أو الفكرية، ويعد الضرر ماديا كذلك إذا مس حق من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية الرأي كمنعه من السفر أو حبسه دون وجه حق، في حين يكون الضرر أدبيا فيصيب الأذى الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أي قيام الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، ولقد عرف الإعتراف بالضرر المعنوي تطورا في القانون الجزائري حيث جاء القانون المدني لسنة 1975 خاليا من نص صريح حول التعويض عن الضرر المعنوي حيث وقع المشرع في قصور لما سكت عن النص صراحة به في القانون المدني كونه الشريعة العامة بالرغم من أنه نص عليه في قوانين متفرقة نذكر منها المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها في فقرتها 4 مايلي: "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية...".

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قعادة ، المرجع السابق، ج1ص 242 .

وكذلك كان القضاء الجزائري مستقرا على تعويض مثل هذا الضرر المعنوي سواء قبل صدور القانون المدني عام 1975 أو بعد صدوره<sup>1</sup>، لهذا تدارك المشرع الجزائري هذا السهو ضمن تعديله لهذا القانون المدني في 20 جوان 2005 فأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بالنص عليه في المادة 182 مكرر على مايلي " : يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة". وبهذا وضع حد اليوم لأي تنازع حول مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي شأنه شأن الضرر المادي. وسواء كان الضرر ماديا أو معنويا فلا بد أن يقع على مصلحة مشروعة ولتحقق الضرر الواجب التعويض لابد من توفر شروط معينة:

- أن يكون الضرر محققا: أي لا يطالب بالتعويض من طرف المضرور إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققا ويكون الضرر محققا إذا كان قد حصل فعلا وتجدت آثاره على أرض الواقع، ويشمل الضرر المحقق أيضا الضرر المستقبل طالما وقوعه مستقبلا أمرا محققا وأكيدا فهو الضرر الذي قامت أسبابه إلا أن كل نتائجه أو بعضها تراخت إلى وقت لاحق. ومن المقرر أن المشرع الجزائري في نص المادة 131 من القانون المدني قد سمح للمضرور بأن يطلب من القاضي خلال مدة معينة إذا لم يتيسر لهذا الأخير وقت

---

<sup>1</sup> طبق القضاء الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا ما أتضح في قرار المجلس الأعلى ملف رقم 42308 بتاريخ: 1986/07/08 حيث جاء في حيثياته " :متى كان مقررا أن الضرر ماديا أو معنويا ومن ثمة فإن حكم محكمة الجنايات الذي قضى في دعوى الضحية في حقه وحق أولاده القصر في التعويض عن وفاة ابنه، يعد قضاء منتهكا للقانون .ولما كان ثابتا- في قضية الحال -أن قضاة محكمة الجنايات أسسوا قضائهم على كون الضحية كانت تؤدي نفقة الطرف المدني الذي لم يلحقه لهذا السبب أي ضرر، فإنهم بقضائهم كما فعلوا لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها واقتصروا بذلك على الضرر من جانبه المادي فقط دون اعتبار لجانبه المعنوي، مما جعل قضائهم ناقصا . ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه . " المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 1 ،سنة 1990 ، ص 254.

صدر الحكم تحديد مقدار التعويض بصفة نهائية، بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه.<sup>1</sup>

- **الضرر المباشر:** ويكون كذلك الضرر إذا صدر مباشرة من الخطأ التقصيري للمسؤول سواء كان متوقعا أو غير متوقع، وسواء كان حالا أم مستقبلا ما دام محققا . وتكون العبرة في التعويض في المسؤولية التقصيرية بقدر الضرر الذي يلحق الضحية وليس بقدر خطأ المسؤول أو تقصيره<sup>2</sup> وعليه فإن جسامته الضرر فقط هي التي يكون لها الاعتبار في تحديد التعويض وليس جسامته الخطأ ويدخل في تحديد الضرر، الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور.

### \* ركن العلاقة السببية:

لا تقوم المسؤولية إلا إذا كان ذلك الخطأ الذي يتحقق عندما يقع انحراف عن السلوك المألوف الذي يتطلبه القانون مع الإدراك، هو السبب في حدوث الضرر الذي قد يمس بالنفس أو بالمال أو بمصلحة مشروعة ، أي أن المضرور لا يستطيع مطالبة المخطئ بالتعويض، إلا إذا تمكن من إثبات أن الخطأ هو السبب المباشر في الضرر الذي لحق به .

فالعلاقة السببية هي حلقة الوصل بين الخطأ والضرر كونها هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموما وهي ركن مستقل عن الخطأ<sup>3</sup> ، فبدونها تنتفي المسؤولية على المسؤول إذا أثبت أن السبب الأجنبي هو الدافع وراء وقوع الخطأ وإحداث الضرر، فإذا تمكن من إثبات ذلك وبرأت ذمته و خلت ساحته من المسؤولية من التعويض، ويرجع السبب الأجنبي إلى ثلاثة عوامل هي: القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فعل الغير، وفعل

<sup>1</sup> علي فيلاي: الفعل المستحق التعويض، ص 293.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 310.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، نهضة مصر، ط3، سنة 2011، م 1، ج2، ص 873.

المتضرر نفسه ،وهذا ما سنتطرق إليه في نفي المسؤولية العقدية ، مع ملاحظة أن استطالة المدة بين حدوث الخطأ و وقوع الضرر لا يصح أن يكون سبباً لهدم علاقة السببية.

ويثور التساؤل حول الحالة التي لا ينشأ فيها الضرر عن سبب واحد بل عن أسباب متعددة يكون خطأ المدين أحدها، فبأي الأسباب يعتد في هذه الحالة ؟  
طرح الفقهاء الألمان في هذا السياق عدة نظريات أهمها نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج.

وبموجب النظرية الأولى يعتبر السبب متكافئاً عند إشتراكه في إحداث الضرر، ولمعرفة ما إذا كان السبب متكافئاً أم لا، يكفي أن نتساءل عما إذا كان الضرر واقعا ولو لم يشترك هذا السبب فإذا كان الجواب بالإيجاب فلا يعتد السبب متكافئاً، وإن كان الجواب بالنفي فإنه يعتد متكافئاً.

أما بموجب النظرية الثانية فعند تداخل عدة أسباب في إحداث الضرر يكون لابد من التفرقة بين الأسباب العرضية والتي مصيرها الإهمال والأسباب المنتجة التي لابد من الإعتداد بها، ويكون السبب منتجا إذا كان من طبيعة الحال أن يؤدي قيامه مباشرة إلى وقوع الضرر، أو بعبارة أخرى السبب المنتج هو الذي يؤدي عادة لقيام الضرر.<sup>1</sup>

وعليه إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية وفقا لما سبق فإن المسؤول يكون ملزما بالتعويض عن الضرر المباشر الذي تسبب فيه وهذا ما قصدته المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> أنور سلطان: مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، المكتب القانوني، رام الله، فلسطين، ط 3 ، سنة 2000ص378 - 380 ، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م1، ج2ص 903 ومابعدها .

لقد إنقسم الفقه حول إمكانية تطبيق فكرة الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية إلى إتجاهين نتناولهما فيما يلي:

### - الإتجاه المؤيد:

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى عدم إعتبار جواز تعديل قواعد و أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام بصورة مطلقة، لأن الكثير من الإلتزامات التي يفرضها القانون لاتمس مصلحة المجتمع وإنما تمس مصالح الأفراد المالية وخير مثال على هذه الإلتزامات، إلتزامات الجوار فلا يوجد هناك مانع قانوني من أن يتفق جار مع جاره على أن يتحمل أحدهما ما قد ينشأ من إلتزامات في ذمته مستقبلا في علاقة الجوار أو الإعفاء منها أو تخفيفها .

وقد أكد أصحاب هذا الرأي وجوب التفرقة في هذا الصدد بين الخطأ اليسير الذي تقتصر الإجازة عليه وبين الخطأ العمد الذي يمنع من الإجازة، علما أن الجواز القانوني لهذه الإتفاقات يجب أن ينحصر فقط في الإلتزامات التي تمس الذمة المالية وما يترتب عنها من أضرار دون الأضرار البدنية التي يجب أن تبقى خارج المعاملات المالية، لأنها تتعلق بالنظام العام<sup>1</sup>.

ويذهب جانب من الفقهاء في معرض مناقشتهم لهذه الحالة الى القول أنه"صحيح أن الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على تحديد نطاقها أمر قليل الوقوع في الحياة العملية ،ولكنه محتمل الوقوع في حالات معينة فهناك حالات يستطيع الإنسان أن يقدر مقدما من هم الأشخاص الذين يحتمل أن يصيبهم نشاطه بضرر معين، فيتفق معهم على إعفائه من المسؤولية أو على تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به عند وقوع

<sup>1</sup> فرهاد حاتم حسين : عوارض المسؤولية المدنية،دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،(د ط)،سنة 2014 ص 459 - 460 .

الضرر، ومن أبرز الأمثلة على هذا التصور وضع الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية في حالة مضار الجوار، فليس هناك ما يمنع إنسانا يريد أن ينشأ مصنع يقدر أنه سوف يسبب لجيرانه مضايقات تفوق مضايقات الجوار المعتادة من أن يتفق مع هؤلاء الجيران على أن يتحملوا هذه المضايقات لقاء مبلغ معين من النقود أو أي تعويض آخر.<sup>1</sup>

### - الإتجاه الرفض:

يرى هذا الإتجاه عدم إمكانية مثل هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية التقصيرية وتبريرهم في ذلك هو عدم إمكانية معرفة أطراف المسؤولية من متضرر والمسؤول عن الضرر وهذا فضلا عن أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام كونها وليدة إرادة القانون وليست وليدة الإرادة المشتركة حتى تحدد آثارها وتتمكن من تعديل هذه الآثار لاسيما بالإعفاء أو التخفيف من أحكامها، فمصدرها النصوص القانونية التي لاتجيز مثل هذه الإتفاقات ومن ثم لا يجوز للخاضعين لسلطتها مجرد الإتفاق على التخلص من أحكامها أو التخفيف منها، وتتطوي إجازتها ضمنا على معنى تشجيع الإهمال وإرتكاب الأخطاء المسؤولية التقصيرية.<sup>2</sup>

ويبدو أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني الرفض لتعديل أحكام المسؤولية التقصيرية وعدم الأخذ بهذه الإتفاقات لإعتبارها مخالفة للنظام العام، وقد سار المشرع الجزائري بحسب نص المادة 3/178 من القانون المدني على نفس المنهاج الذي ساروا عليه

<sup>1</sup> حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، شركة تايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، العراق، سنة 1991، م 1، ص 262 - 263.

<sup>2</sup> غني حسون طه: الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، (د ط) سنة 1971، ص 288.

مشرعوا العديد من الدول وذلك بإيرادهم نصا قانوني في تشريعاتهم المدنية يقضي ببطلان كل إتفاق بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع والإجرامي<sup>1</sup>.

فيقع باطلا حسب صراحة هذه النصوص مثل هذه الإتفاقات التي تمس المسؤولية التقصيرية بإتفاق أو شرط يقضي بالتخفيف من هذه المسؤولية سواءا كان التخفيف بإنقاص مقدار التعويض أو تقصير مدة التقادم لدعوى التعويض. ويتسم هذا الحكم الوارد بهذا الصدد بالعمومية فيتسع ليشمل المسؤولية التقصيرية بكل صورها سواءا كانت مسؤولية عن الخطأ الشخصي أم مسؤولية عن فعل الغير أم المسؤولية عن الأشياء، وبغض النظر عن جسامته الضرر ونوعه وذلك لعدم جواز ترك القواعد الأساسية للنظام القانوني لرغبة الأفراد ومشيتهم بإعتبار أن المسؤولية التقصيرية شرعت أصلا لإقامة توازن بين حرية الأفراد في نشاطاتهم وبين حماية حقوق الغير من الأضرار عن طريق وضع مبدأ عدم الإضرار بالغير.<sup>2</sup>

ثانيا: صحة الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية.

### - مفهوم المسؤولية العقدية

بإعتبار العقد شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، والذي عرفه المشرع الجزائري العقد في المادة 54 مدني بأنه: "العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> يقابل هذه المادة في القانون المدني العراقي المادة 2/259، و في القانون المصري في المادة 3/217.

<sup>2</sup> فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص 458-460.

<sup>3</sup> وتقابلها المادة 1101 قانون مدني فرنسي قديم والتي عدلت وفقا للمرسوم 10 فيفري 2016 ليصبح "العقد هو توافق إرادة بين شخصين أو أكثر لإنشاء، أو تعديل، أو نقل أو إنهاء الالتزامات".

"Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations".

وكون طرفي الرابطة العقدية إلتزاماتهم متقابلة وفقا للمادة 55 مدني جزائري<sup>1</sup>، فإن المسؤولية العقدية تقوم عند الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو التأخر في تنفيذها حسب المادة 182 من القانون المدني، وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند إستحالة التنفيذ العيني لأنه يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالإلتزام الناشئ عنه ممكنا، فلا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بإعمال المسؤولية العقدية إلا إذا إستحال تنفيذ هذا الإلتزام نهائيا ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالإلتزاماته المترتبة عن العقد عينا<sup>2</sup>، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي تسبب بها للدائن نتيجة عدم وفائه العيني بهذه الإلتزامات، فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه<sup>3</sup>.

فقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ، أما إذا لم ينعقد العقد بعد وحدث ضرر لأحد الأطراف في مرحلة المفاوضات فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية. وثانيا أن المدين لم يقم بتنفيذ إلتزامه فيجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسؤول بالإلتزاماته العقدية.

=مشار إليه عند رجواني كمال :مستجدات القانون المدني الفرنسي، "قراءة في مرسوم 10 فيفري 2016 المعدل و لقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات"،موقع الطلبة والباحثين والمهتمين بالقانون المغربي والمقارن،2016/05/20، www.9anonak.com بتاريخ إطلاع 2016/11/02، 10:30.

<sup>1</sup> مقابلة للمادة 1102 مدني فرنسي قبل التعديل في مرسوم 10 فيفري 2016 لتصبح: "كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار الطرف المتعاقد الاخر وتحديد محتوى وشكل العقد ضمن الحدود المنصوص عليها في القانون. " Art. 1102 ” Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. ” المرجع نفسه “

<sup>2</sup> بلحاج العربي:ا لنظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة ،دار هومة ،الجزائر،(د ط)،سنة2014، ج 2 ،ص 264 - 266.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري،مصادر الإلتزام ،التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)،دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر،ط2، 2004 ، ج1،ص327.

و نذكر في هذا الشأن أن هذه الإلتزامات هي من وضع المتعاقدين غير أنه بمقتضى الفقرة 02 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الإلتزام." فيقوم المتضرر بالدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالإلتزامات التي تضمنها العقد صراحة و الإلتزامات التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في نطاق الأحكام القانونية و العرفية و كذا العدالة و طبيعة المعاملة<sup>1</sup> ، وأن يكون عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ المعيب أو التأخر فيه راجعا إلى فعله أي خطئه<sup>2</sup>، فإذا تخلف شرط من الشروط السابقة فلا مجال لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية بل يكون المجال لإعمال أحكام المسؤولية التقصيرية، ولاتقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توافر الخطأ في جانب المدين و أن ينجم عنه ضرر يصيب الدائن و على هذا تكون أركان المسؤولية العقدية ثلاث هي: الخطأ العقدي، الضرر ، و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر .

### \* الخطأ العقدي:

إن الخطأ العقدي<sup>3</sup> هو أول ركن في نشوء المسؤولية العقدية ويقصد به عدم القيام بتنفيذ الإلتزام التعاقدي أو التأخير في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون المتعاقد في عدم

<sup>1</sup> علي فيلالي: العمل المستحق للتعويض ، ص 26.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق، ج2، ص 816.

<sup>3</sup> "الخطأ العقدي في القانون المقارن: لقد استند "دوما" و "بوتيه" و غيرهم من شراح القانون الفرنسي على القانون الروماني، بحيث إعتمدوا على نظرية تدرج الخطأ و التي تقسم الخطأ بحسب درجة خطورته إلى: خطأ جسيم: لا يرتكبه حتى أكثر الناس إهمالاً، و الخطأ اليسير: لا يرتكبه شخص متوسط العناية، و خطأ تافه: و هو الذي لا يرتكبه الشخص الحريص.

فكان المدين لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم إذا كان العقد في مصلحة الدائن وحده مثل عقد الوديعة أو الوكالة بدون أجر، و كان يسأل عن خطئه اليسير إذا كان في مصلحة الطرفين مثل الإيجار، و يسأل عن خطئه التافه إذا كان العقد في مصلحة (المدين) وحده مثل عقد لعارية، غير أن هذه النظرية لم تجد تأييدا في الفقه و التشريع في فرنسا لأنها

تنفيذه للإلتزام أو التأخير فيه متعمداً أو كان نتيجة إهماله.<sup>1</sup>

وتعتبر المادة 176 من القانون المدني الجزائري هي التي تحكم الخطأ العقدي فقد نصت على القاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولاً بمجرد عدم الوفاء بالإلتزامه عينا، ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه و بين الوفاء، أما المادة 172 من القانون المدني الجزائري فهي تختص بتحديد مدى الإلتزام ببذل عناية في الوفاء بالإلتزام فالخطأ العقدي كما سبق و أن أشرنا هو السبب فيما أصاب الدائن من ضرر، و يبقى المدين مسؤولاً بموجب نص المادة 2/172 عن غشه و سوء نيته أو إهماله أو خطئه الجسيم، وقد بينت المحكمة العليا في قرارها رقم 61489، بتاريخ 13/06/1990<sup>2</sup> إلى أوجه الإخلال بالإلتزام العقدي حيث ذهبت إلى أن مجرد الإخلال بالإلتزامات العقد أو التقصير في تنفيذها هو خطأ عقدي، كما أن مجرد عدم الوفاء بالإلتزام في ميعاده المحدد يعتبر في ذاته خطأ تعاقديا و كذلك عدم تنفيذ الإلتزامات على الوجه المتفق عليه في العقد، كما أن مسؤولية الناقل تبقى قائمة على الخسائر أو الأضرار التي تلحق البضاعة منذ تكفله بها حتى تسليمها إلى المرسل إليه و على ذلك فإن الخطأ العقدي هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته .

=قامت على التفسير الخاطئ لنصوص وردت في قانون " جستيان " مما أدى إلى هجرها في القانون الفرنسي حسب المادة 1147 مدني التي قررت أن عدم تنفيذ المدين للإلتزامه أو تأخره فيه هو خطأ عقدي، بغض النظر عن السبب الذي أدى إلى عدم الوفاء.

و يلاحظ أن الفقه الإسلامي قرر مبدأ الإلتزام بالعقود و الوفاء بما جاء فيها من إلتزامات و شروط و هذا لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " فأقر الفقهاء بأنه يجب على المدين قدر المستطاع أن يفي بالإلتزاماته عينا لأن التنفيذ هو الأصل و أن التنفيذ البديل "التعويض" لا يصح شرعا إلا عند تعذر الأصل، أما عند إستحالة التنفيذ بسبب فعل المدين أو خطئه وجب عليه الضمان". بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص827-831.

<sup>1</sup> محمد صبري سعدي: التصرف القانوني العقد، ج1، ص328.

<sup>2</sup> منشور في القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسة القضائية-النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007 مدعم بالإجتهد القضائي -2009، 2010، منشورات بيرتي، ص 137 .

و معيار الإنحراف هنا هو معيار الرجل العادي و هذا المعيار يستفاد من نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري، و هذه الفكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي ضمن طائفة من الناس ينتمي إليها وتكون في نفس الظروف و الملابس التي وقع فيها المدين<sup>1</sup>، و المقصود به أيضا هو "الشخص في نفس طائفة الفاعل متوسط في جميع الصفات فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع الى القمة ولا هو محدود اليقظة فينزل الى الحضيض، فهو الشخص بعد تجريده من ظروفه الشخصية و يفترض احاطته بنفس ظروف الفاعل الخارجية كظرفي الزمان و المكان"<sup>2</sup>.

### \*الضرر:

يعد الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية العقدية ذلك أن وقوع الخطأ من المتعاقد لا يكفي وحده لقيامها و إنما لابد من أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن حسب المادة 176 من القانون المدني الجزائري . وعليه فإن الضرر هو الأذى الذي يصيب الدائن نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه ، والمصلحة المشروعة قد تكون مادية أو أدبية وهي تخضع لنفس أحكام المسؤولية التقصيرية ،ويشترط أن يكون الضرر مباشرا و متوقعا ولايهم أن يكون الضرر واقعا أي حالا أو مؤكدا الوقوع في المستقبل فالمهم أن يكون محققا غير احتمالي.<sup>3</sup>

و الضرر نوعان في المسؤولية العقدية ضرر مادي و ضرر أدبي<sup>4</sup>:

أولاً- الضرر المادي: هو الذي يصيب الدائن في ماله أو جسمه، أي ذلك الأذى الذي

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 836-837.

<sup>2</sup> بن عمارة محمد : المعيار الذاتي و الموضوعي في القانون المدني الجزائري ،مجلة الفقه والقانون ،جامعة تيارت ، الجزائر،أفريل 2013 ،ص12.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي: التصرف القانوني العقد، ج1، ص332.

<sup>4</sup> ويضيف إليه الفقه والقضاء الضرر المرتد وهو نوع عرفه رجال الفقه، وهو يلحق الضرر في العادة بالشخص المصاب على مصالحه المادية أو المعنوي غير أن هذا الضرر لا يقتصر أحيانا على المضرور وحده ،بل قد يرتد أو ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصيا بوقوعه أضرار أخرى ، ويسمى هذا بالضرر المرتد مثال ذلك الضرر

يلحق بالدائن خسارة أو يفوت عليه كسبا، والضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه نقدا.<sup>1</sup> ومثال ذلك الضرر الذي يصيب المؤجر من جراء التلف الذي أحدثه المستأجر في العين المؤجرة، أو الضرر الذي يلحق المسافر جراء إصابته في حادث أثناء مروره في الطريق مما يسبب له عجزا كليا أو جزئيا في قدرته على العمل.<sup>2</sup>

**ثانيا - الضرر الأدبي ( المعنوي):** الضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مادية ومثاله الضرر الذي يصيب الإنسان في عاطفته أو سمعته مثل السب والقذف و غالبا ما نجد مثل هذا النوع من الضرر يقع كثيرا في المسؤولية التقصيرية على خلاف قلة وقوعه في المسؤولية العقدية لأن المتعاقدين عند إبرام العقد يكون هدفهما الحصول على شيء ذي قيمة مالية، غير أنه لا يمنع من أن تكون للدائن مصلحة أدبية في تنفيذ العقد فقد يترتب على إخلال المدين بالتزامه ضرر معنوي مثل ذلك الضرر الذي يصيب الفنان نتيجة فسخ عقد أبرمه مع شخص لم يقيم فنه، أو الضرر الذي يصيب المريض نتيجة إفشاء الطبيب سرا لا يجوز إذاعته للناس.<sup>3</sup>

#### \*الرابطة السببية:

لا يكفي أن يقع خطأ من المدين المتعاقد و بأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية لكن لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في هذا الضرر و هذا

---

=الذي يصيب الأسرة التي يموت عائلهم في حادثة) مادي ومعنوي (على أن القانون الجزائري قد حدد من لهم حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي نتيجة موت شخص آخر وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، غير أن الأخوة والأخوات لا يستحقون التعويض إلا إذا أثبتوا بكفالة مفهوم الضمان الاجتماعي بواسطة وثيقة رسمية أن الضحية كانت تعولهم . علي فيلالي : الفعل المستحق للتعويض ، ص300.

<sup>1</sup> إدريس فاضلي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، قصر الكتاب للنشر و التوزيع، الجزائر،(د ط)،سنة 2006،ص 145.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2،ص 855.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي: التصرف القانوني العقد، ج1، ص 333.

هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر<sup>1</sup>، لم يضع القانون المدني الجزائري نص صريح على ضرورة قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 182مديني على أنه "...بشروط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول." فإن هذه المادة إشارة بصورة غير مباشرة على ضرورة توافر العلاقة السببية فيقع على الدائن عبء إثبات الخطأ العقدي للمدين وكذلك الضرر الذي لحقه، أما العلاقة السببية فهي مفترضة بين عدم تنفيذ الإلتزام و سلوك المدين في نظر المشرع فهو يفترض أن الضرر راجع إلى الخطأ العقدي، و على المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين عدم التنفيذ و سلوكه.

ويكون نفي العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام و سلوك المدين في كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية بإثبات السبب الأجنبي و يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن، والذي سنتناوله بنوع من التفصيل في الفصل الثاني ويدخل في السبب الأجنبي بإختصار:

**\_ القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:** و مثال القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الحرب و الفيضان و الأمر الصادر من الإدارة فيشترط في القوة القاهرة أربعة شروط ، أولها أن تكون القوة القاهرة أمر لا يمكن توقعه وأن تكون أمرا لا يمكنه دفعه و أن تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا وأن لا يكون ثمة خطأ من جانب المدين و إذا كانت القوة القاهرة مانعة من تنفيذ الإلتزام بصفة نهائية فإن المدين تبرء ذمته من إلتزامه، أما إذا كانت مؤقتة فإنها توقف تنفيذ الإلتزام في هذه الفترة فقط.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 864.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 146.

**\_ فعل الدائن:** إذا كان الضرر سببه فعل المضرور (الدائن)، فإن المدين تتنفي مسؤوليته وذلك وفقاً لما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 177 منه ومثال ذلك وقوع المسافر عند محاولته ركوب القطار أثناء سيره أو ضياع الرسالة في نتيجة سوء التعبئة أثناء نقلها.

**\_ فعل الغير:** المراد بالغير هو الشخص الأجنبي عن العلاقة التعاقدية والذي لا يكون المدين مسؤولاً عنه و يترتب على فعله الضرر بالدائن نفي العلاقة السببية كونه يعد سبباً أجنبياً إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة، و بالتالي لا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض من المدين لإنتفاء مسؤوليته عن إخلاله بالالتزامه الذي رتبته العقد في ذمته و وذلك بحسب المادة 127 و 176 من القانون المدني الجزائري.<sup>1</sup>

**\_ مساهمة خطأ الغير مع خطأ المسؤول:** إذا اشترك خطأ الغير مع خطأ المدين المتعاقد فهنا تقوم فرضيتين، أحدها أن يكون كل من الخطئين مستقلاً عن الآخر، و الثانية بأن يستغرق أحد الخطئين الخطأ الآخر وتكون هذه الفرضية الثانية في حالة التعمد أو أن يكون الخطأ الثاني نتيجة للخطأ الأول، ففي حالة استغراق خطأ المدين المسؤول خطأ الغير تكون هنا مسؤولية الأول كاملة و لا يعتد بخطأ الغير ، و المهم هنا هو حالة استغراق خطأ الغير خطأ المدين ففي هذه الحالة نكون بصدد السبب الأجنبي و هو خطأ الغير، و بناءً على ذلك تتعدم مسؤولية المدين المتعاقد لإنعدام الرابطة السببية بين خطأ هذا الأخير و بين الضرر و مثال إستغراق خطأ الغير لخطأ المدعى عليه كما لو صدم الغير بسيارته عمداً سيارة المدعى عليه فإنقلبت به و أصيب هذا الغير بضرر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 870.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي: التصرف القانوني العقد، ج1 ص 123.

ف عند توافر أركان المسؤولية العقدية الثلاثة من خطأ والضرر وعلاقة سببية يلتزم المسؤول بالتعويض عن كل ضرر مباشر تسبب فيه بخطئه، غير أنه في أغلب الحالات لا يقر المسؤول بالضرر الذي أحدثه فيلجأ الدائن المضرور لرفع دعوى أمام القضاء مطالباً فيها بالحكم له بالتعويض. وعليه فإن المجال الممكن فيه أعمال هذه الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية يكون ضمن إطار المسؤولية العقدية فقط كون هاته الإتفاقات تكون وليدة الإرادة المشتركة للطرفين لما لها من آثار مختلفة عن المبادئ العامة للمسؤولية فلا بد من أن يكون الطرفان عالمان بهذا التغيير خاصة من قبل الطرف الذي قد لا يستفيد من آثار هذا الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية .

باعتبار أن القاعدة في العقود التبادلية أنه إذا لم يتم تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتق أحد المتعاقدين ، كان للطرف الآخر الحق إما في إجباره على التنفيذ العيني أو في مطالبته بالفسخ مع الإحتفاظ بحقه في التعويض في الحالتين، فالإلتزام بالتعويض الناجم عن المسؤولية بشكل عام يكون هو مناط التعديل الإتفاقي الذي قد يصل به لتعطيل التعويض كلياً، فيفرغ الإلتزام العقدي من قوته الملزمة<sup>1</sup>، ولذلك فإنه بمجرد إنعقاد الإتفاق بين الطرفين على إعفاء أحدهما من المسؤولية يتصل المدين من الخطأ الصادر عنه بسبب عدم تنفيذه الإلتزام أو التأخر في تنفيذه أو الإنقاص منه، وإما يكون الإتفاق على التخفيف من مسؤوليته مع بقائها على عاتقه فيتناقص أثرها في مواجهة فلا يكون ملزماً إلا بدفع تعويض جزئي أو بتخفيف نوع الإلتزام أو درجته المطلوبة، وإما يكون الإتفاق على تشديد المسؤولية على المدين بتحميله أكثر مما كان سيتحمله من تعويض مثلاً لو تم أعمال أحكام المسؤولية العقدية .

<sup>1</sup> إدريس فاضلي ، المرجع السابق، ص 23.

وبالنسبة للتشريعات المدنية نجد جليها قد أوردت نصوصا تجيز هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بشكل صريح ومن بين هذه التشريعات القانون الجزائري الذي أجاز مثل هذه الإتفاقات التي نص عليها في المادة 178 مدني جزائري: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ و القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من مسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.."<sup>1</sup>

وهذا على خلاف المشرع الأردني الذي لم يضمن تقنينه المدني<sup>2</sup> نصا صريحا يجيز هذه الإتفاقات بالخصوص الاتفاق على الإعفاء بصورتيه الشخصية أو عن فعل الغير إلا أنه يقر بصحتها في نصوص متفرقة منها المادة 358 من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه: "إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود .وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم." فاعتبر هذا النص يسمح ضمنا بالقول بجواز الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون الأردني وخصوصا الإتفاق على الإعفاء لما له من أثر بالغ على المسؤولية العقدية ،ولا يجيزها في حالة الغش والخطأ الجسيم ،كما أجاز تحديد مسؤولية البائع بعدم ضمان العيوب الخفية حيث نصت المادة 514 فقرة 4 من القانون المدني الأردني على أنه : "لايكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية:4-إذا باع البائع بشرط

<sup>1</sup>تقابلها في القوانين العربية :المادة 2/217 مدني مصري- المادة 2/259 مدني عراقي .

<sup>2</sup> القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الإطلاع على العيب.<sup>1</sup>

في حين ذهب التشريع المغربي الذي لم يقر بصحة الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بنص صريح بل إستعمل مفهوم المخالفة في نص المادة 232 من قانون الإلتزامات والعقود<sup>2</sup>: "لايجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه". أي أنه أقر صحة الإعفاء من المسؤولية في حدود الخطأ اليسير فقط<sup>3</sup>.

**ثالثا: التفرقة بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية وبعض الأنظمة المشابهة لها.**

من الملاحظ أن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بمختلف درجاتها قد تكون بينها وبين بعض الأنظمة القانونية نوع من التداخل ، فكان لابد لنا من عرض بعض هذه الأنظمة وإظهار التشابه والتباين بينها و بين هذه الإتفاقات .

ولذلك تكون التفرقة في ثلاثة مسائل أولهما بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية وبين التعويض الإتفاقي وفي الثانية التفرقة بين هذه الإتفاقات وبين التأمين من المسؤولية أما الثالثة فبينها وبين تعديل مضمون العقد .

**- التفرقة بين الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية والتعويض الإتفاقي.**

سننتقل إلى الأوجه التي تجمع بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية و التعويض الإتفاقي وإلى أوجه الإختلاف بين هذين النظامين.

<sup>1</sup> أحمد مفلح خوالده: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ،دراسة مقاونة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،

الأردن، ط1 ،سنة2011،ص 203،304.

<sup>2</sup> قانون الإلتزامات والعقود المغربي، سنة 2009.

<sup>3</sup> إدريس فتاحي:الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي و المقارن ، مطبعة الأمنية،

الرباط،المغرب، (دط)،سنة 2004ص 100.

### \*أوجه الشبه بينهما:

إن لهذين النظامين بعض المسائل قد يشتركان فيها تجعلهما متداخلين لحد ما و من أهمها:

-إن كلا من الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية و التعويض الإتفاقي يعبران بصورة عملية عن مبدأ تقليدي ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي مفاده أن الإنسان لايلزم إلا بمحض إرادته في الحدود التي يريدتها و بالكيفية التي يختارها<sup>1</sup>، فيتفقان على إحداث أثر قانوني نابع عن إرادتهما الحرة .

- يعمل كل منهما على تعديل الآثار العامة الناجمة عن المسؤولية العقدية والتي هي أساسا جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو التأخر فيها<sup>2</sup>. فقد أجاز المشرع الجزائري التعويض الإتفاقي في نص المادة 183 من القانون المدني و التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في إتفاق لاحق ...". فهو إذا إتفاق تبعي قد يتحدد بمقتضاه التعويض المستحق للدائن إذا أخل المدين بالإلتزام وترتب على الإخلال ضرر لحق بالدائن وبعد إعداره من طرف الدائن بتنفيذ الإلتزام<sup>3</sup>. وعليه فقد يكون هذا التعويض الذي إتفق عليه يفوق ما كان قد يعوضه المدين عند إعمال أحكام المسؤولية العقدية أو كان بصورة أخف منها و نفس الأمر نراه بالنسبة للإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي هدفها أصلا إما الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف أو التشديد منها .

<sup>1</sup> علي فيلالي: الإلتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر، (د ط) ،سنة 2012 ص 49.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق، ج2، ص 264.

<sup>3</sup> حسني محمد حاد الرب :التعويض الاتفاقي ، عن عدم تنفيذ الإلتزام ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر، (د ط)،سنة 2013 ص 26.

-إضافة إلى كون الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بصورتها التشديد و التخفيف يقع أثرهما غالبا على التعويض الذي يتحملة المدين عند إخلاله بالإلتزام والذي هو الهدف الرئيسي بدوره من وضع التعويض الإتفاقي في العقد .

-فضلا عن أن كلاهما يبطلان بمجرد إثبات الخطأ الجسيم أو حالة الغش،الذي يصدر من المدين خاصة بالنسبة للتعويض الإتفاقي في الحالة التي يكون فيها التعويض المتفق عليه مخفف بشكل كبير عن التعويض اللازم لجبر الضرر ، ونفس الشيء بالنسبة للإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي تبطل بتحقق الخطأ الجسيم أو الغش كمبدأ عام وهذا ما سنراه عند التطرق إليها في الفصل الأول.

### \* أوجه الإختلاف:

بالرغم من أوجه الشبه التي وجدناها بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التعويض الإتفاقي إلا أن هناك بعض النقاط التي قد يختلفان فيها و من بينها:

- إن أول إختلاف ظاهري بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية و التعويض الإتفاقي هو ما يصب عليه كل نظام على حدى فإن التعويض الإتفاقي ومن اسمه يظهر أنه هدفه الأساسي يقع على التعويض فقط الذي يتحصل عليه الدائن من مدينه مهما كان سواء بالزيادة عن التعويض الأصلي أو كان أقل منه، ولا يؤثر ذلك على مسؤولية المدين التي تبقى قائمة في حقه ، في حين نجد أن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية والتي بدورها و من صياغتها تتناول بصفة مباشرة المسؤولية الواقعة على المدين ،فهي تؤثر بصورة رئيسية عليها سواء بالإعفاء منها مطلقا أو التغيير من درجتها بالتشديد أو التخفيف فضلا عن التعويض الذي هو رغم أنه ترجمة للإتفاق المخفف و المشدد من المسؤولية إلا أنه ليس الصورة الوحيدة لهما.

- كما أنه لو إشتراك النظامين في درجتي التخفيف والتشديد في التعويض إلا أنهما في الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية قد تصل إلى حد الإعفاء الكلي منها وبالتالي إنعدام التعويض كليا في حين لانرى ذلك في التعويض الإتفاقي الذي لايتصور قيامه دون تعويض يذكر للدائن.

- كما يظهر الإختلاف أيضا بينهما في سلطة القاضي في تعديل مبلغ التعويض فتجد ذلك ممكنا في التعويض الإتفاقي وذلك إذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه بل وبعد هذا التعديل داخلا في نطاق النظام العام الذي لايمكن مخالفته<sup>1</sup>، بينما لايجوز للقاضي فرض سلطته في التعديل من الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية خاصة بالنسبة للإتفاق المعدل لدرجتها المخفف أو المشدد منها التي لاتمس التعويض لكنه يمكنه استبعاده كليا إذا كان الاتفاق باطلا.

### - التفرقة بين الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية و التأمين من المسؤولية

إن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية والتأمين من المسؤولية هما مفهومان قانونيان قد يوجد بينهما بعض نقاط التشابه وبعض نقاط الإختلاف التي سنراها.

#### \* أوجه الشبه بينهما:

من الملاحظ أن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية و التأمين من المسؤولية قد يشتركان في أمرين:

- أن كلاهما يصلان لنتيجة واحدة ألا وهي تخلص المدين من دفع التعويض جراء إخلاله بالتزامه سواء كان تعاقدية أو تقصيري ، وذلك ما نجده بصورة كلية في الشرط

<sup>1</sup> المادة 184 من القانون المدني الجزائري: "لايكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرضا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

المعفي من المسؤولية العقدية التي لا يتحمل التعويض المدين المتسبب بالضرر ،كذلك الأمر بالنسبة للتأمين من المسؤولية المنصوص عليها في المادة 56 من الأمر 04/06 المتعلق بالتأمينات التي تعرفه على أنه : "يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار الاحقة بالغير"<sup>1</sup>. فالمدين هنا يقوم بإبرام عقد ينقل من خلاله تبعة تعويض ذلك الضرر من كاهله إلى طرف آخر يرضى بذلك وهو المؤمن<sup>2</sup> فيكون تحمل شركة التأمين التعويض بشكل شامل فتعوض مجمل الضرر الذي إرتكبه المؤمن له، كما قد يكون تخلص المدين من التعويض بصورة جزئية مثل إتفاقات التخفيف من المسؤولية التي يتحمل فيها المدين جزء فقط من قيمة التعويض المستحق لجبر الضرر، وهو ما قد نراه في الإتفاق على التأمين من المسؤولية بصورة نسبية فتتحمل شركة التأمين جزء من مبلغ التعويض في حين يتحمل باقي التعويض المدين.

-أما النقطة الأخرى التي يلتقان فيها أن كلاهما لا ينتجان أثارهما القانونية إذا تحقق تدخل المدين بصورة عمدية في إحداث الضرر بسوء نية منه خاصة إذا كان هو المستفيد من تحقق الضرر وللتخلص من التعويض الكلي أو الجزئي، وعليه فبالنسبة للإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في صورتها الشخصية يوجد قيد هام يفرض على الاتفاق بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالتها الخطأ العمدي الذي نشأ عن غش المدين أو الخطأ الجسيم<sup>3</sup>، فلا يعتد بهما ويتحمل المدين هنا التعويض كاملا عن الضرر الذي نجم عن فعله، ونفس الشيء بالنسبة لعدم جواز التأمين من المسؤولية في حالة الخطأ العمد لأن ذلك يجعل حدوث الخطر بيد المؤمن له، وبالتالي فإنه إذا توقف تحقق الخطر

- القانون رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية عدد15، سنة 2006 .

<sup>2</sup> النعيمات موسى : النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، سنة 2006ص 35 .

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي : التصرف القانوني العقد، ج1، ص 337.

على محض إرادة أحد المتعاقدين فإن ذلك يؤدي إلى انعدام فرضية الاحتمال لدى المدين ونتيجة لذلك ينعدم عنصر من عناصر الخطر الذي يقوم عليه عقد التأمين فيقع هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام محله.<sup>1</sup> فلا بد إذن من أن يتدخل في تحقيق الخطر عامل آخر خارجي كعامل المصادفة ولا يكون ناتج عن إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما مثل نشوب الحروب، أو بفعل الطبيعة مثل الزلازل والفيضانات، أو بإرادة الغير مثل السرقة.<sup>2</sup>

### \* أوجه الأختلاف:

بالنظر للاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية ونظام التأمين من المسؤولية بوجه عام نجد أن هناك عدة إختلافات بينهما في بعض النقاط نذكر أهمها :

- أن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية خاصة الاتفاقات المعفية هدفها الأساسي هو نفي المسؤولية العقدية على المدين المسؤول عن الضرر الذي ألحقه بالدائن في العقد بالإخلاله بالتزامه، أما فيما يخص نظام التأمين من المسؤولية إذ هو على خلاف ذلك بإعتباره لا ينفي المسؤولية بل يؤكد أحكامها، فالمدين هنا يقوم بمجرد نقل عبء المسؤولية عن كاهله ليضعها على كاهل شركة التأمين التي بدورها تتولى تسديد مبلغ التعويض الذي هو أصلا مقرر كجزء لإخلال المدين بالتزاماته في العقد.

- إضافة إلى ذلك فإن التأمين من المسؤولية لا يتحمل فيه المؤمن له تبعة ضرره أي بأن يدفع مبلغ التعويض للمضرور لكن ومن جهة أخرى نرى أن المضرور في هذا النظام القانوني لا يضيع حقه في هذا التعويض فتتحمله شركة التأمين، ولهذا نجد أن التأمين

<sup>1</sup> حسن قاسم محمد: محاضرات في عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الاسكندرية. (د.ط). سنة 1999. ص 125.

<sup>2</sup> بشوع علاوة: التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات في الجزائر. رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة. الجزائر. سنة 2006، ص 276.

من المسؤولية يتسع لكل من المسؤوليتين العقدية و التقصيرية، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الذي لا يعطي المضرور حقه يجعل الدائن هو من يتحمل ذلك الضرر فهذا الإتفاق لا يجوز إلا في إطار إرادي وفي حدود المسؤولية العقدية لأن المسؤولية التقصيرية تعد من النظام العام<sup>1</sup>، وكون العقد شريعة المتعاقدين و أن الدائن المضرور في العقد اتفق بمحض إرادته على عدم تحمل المدين التعويض عن الضرر الناتج عن فعله فهو بذلك تنازل عنه وتحمل الضرر وحده.

- كذلك الحال بالنسبة للتقادم فنرى أن التقادم في الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية هي نفسها بالنسبة لجميع العقود 15 سنة حسب نص المادة 308 من القانون المدني الجزائري:"يتقادم الإلتزام بانقضاء ، خمسة عشر سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ..."، أما فيما يتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية فالتقادم فيها يكون بـ3 سنوات وذلك ماجاء في المادة 624 من القانون المدني الجزائري على أنه:"تسقط بالتقادم ، الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى".

### - التفرقة بين الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية ومضمون العقد:

باعتبار أن للعقد قوة ملزمة لايمكن تعديل أحكامه أو بنوده بإرادة أحد الطرفين أو من طرف الغير فمضمون العقد والإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية من الأنظمة التي قد يوجد بينها بعض التداخل وبعض الإختلافات التي تميز بينهما.

<sup>1</sup> العطار عبد الناصر : مصادر الإلتزام ،دار النهضة العربية،مصر، ط1، سنة 1990 ،ص 291 .

\* أوجه الشبه بينهما:

سنعرض للتداخل بين الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية و تعديل مضمون العقد والتي تظهر بالصورة التالية:

- باعتبار أن الإرادة المشتركة لأطراف العقد هي أساس وضع مجمل الإلتزامات التعاقدية فإن إتفاقات تحديد مضمون الإلتزام حذفاً أو تخفيفاً منه تعتبر صحيحة لأن الشخص في الأصل حر في إلزام نفسه بتصرف قانوني فيكون بالأحرى حر في وضع حدود إلتزماته التي تنشأ عن هذا التصرف<sup>1</sup>، وهذا مانراه جليا كذلك في الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي هي كما سبق ذكره تعبير صريح عن سلطان الإرادة فكلاهما يخضع للحرية التعاقدية .

- كما أن الحرية التعاقدية فيهما ليست مطلقة فكلاهما يخضعان لحدود مقيدة لإرادة المتعاقدين فلا يجب مخالفة النظام العام و الأداب العامة سواء في الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية أو في حالة التعديل من مضمون العقد بدرجاتهما، فهذا يعرضهما للبطلان فنجد أن التعديل في مضمون العقد لا بد أن لا يمس إلتزام خاضع لقواعد أمرة كونها من النظام العام ومن أمثلتها المادة 378 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد نشأ عن فعله و لو وقع الإلتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك"، وعليه فالتعديل الذي قد يطرأ على مضمون العقد لا يكون سوى في القواعد التكميلية والتي لم يمانع المشرع على مخالفتها كما جاء مثلا في نص المادة 368 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

<sup>1</sup> إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص 34.

### \* أوجه الاختلاف:

تعرف الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية وإتفاقات تحديد مضمون العقد إختلافات تجعل كل منهما مميزا عن الآخر وهذا ما يظهر لنا في مايلي:

- باعتبار ما ذكرناه سابقا حول الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية والتي تهدف بصفة واضحة لأن تترجم إرادة المتعاقدين بخلاف ما تقضي به الأحكام العامة للمسؤولية العقدية حيث تتعلق بالمسؤولية مباشرة، في حين نجد أن إتفاقات تحديد مضمون العقد تقع أساسا على الإلتزام نفسه والذي هو محور قيام العقد وحرية التعاقد.

- نجد أن إتفاقات تحديد مضمون العقد بحذف الإلتزام الناشئ عنه أو تخفيفه تختلف كليا عن إتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية حيث أن المدين في هذه الإتفاقات الأخيرة لا يلتزم بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم تنفيذه للإلتزام، أما إذا إتفق على حذف إلتزام ناشئ عن العقد أو تخفيفه فإن العاقد لا يكون أصلا ملتزما بهذا الإلتزام.

- تكون ذمة المدين في التعديل مضمون العقد بريئة من الإلتزام لأن الاتفاق أعفاه كليا أو خفف منه وفي حين ألقاه على عاتق الطرف الآخر ومن ثم لا تتعدد المسؤولية من أساسها، بينما الاتفاق المعفي من المسؤولية لا ينتج نفس الأثر حيث يؤدي إلى إعفاء المدين من مسؤوليته مالم يصدر عنه غش أو خطأ جسيم فلا يستفيد في هذه الحالة من الإتفاق<sup>1</sup> فالمدين في شرط الإعفاء من المسؤولية لم يتخلص من عبء تنفيذ الإلتزام وإنما نفى عن نفسه الإخلال المتعمد و الخطأ الجسيم.

---

<sup>1</sup> - A bdel -Salam Ali muzaghi :le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre Public nouveau ,Thèse doctorat, L G D J , paris,France 1981. page 56-57.

# الفصل الأول

نطاق الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية

الأصل هو حرية الأفراد في تعديل قواعد المسؤولية العقدية غير أن ذلك يجب أن يتم في حدود مضمون أحكام القانون و مقتضيات النظام العام والآداب العامة وهذا ما يعد قيوداً على حرية الأفراد في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، فلو تعدى الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية أحد هذه القيود تعرض العقد لجزاء البطلان، إضافة إلى ذلك فإن الفعل الواحد قد يترتب عليه مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية، وهو ما يستلزم البحث عما إذا كان يمكن للمضروب الجمع بين أحكام المسؤوليتين أو الخيار بينهما و أثر ذلك على الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية، كما أن هناك أشخاص معينين هم الذين يمكن لهم دون غيرهم التمسك بالإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية.

لذا نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في الأول القيود الواردة على الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية، ونعقد الثاني لأثر بطلان هذا الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية على العقد ولمدى إمكانية الجمع بين المسؤوليتين أو الخيار بينهما، ونخصص الثالث لمن يجوز لهم من الأشخاص التمسك بالإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية.

## المبحث الأول

## القيود الواردة على الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية

بما أن المسؤولية العقدية وأحكامها ليست من النظام العام وأن حرية التعاقد في تحديد بنود العقد وتعديل أحكام المسؤولية الناشئة عنه عن طريق إتفاقات تعديل المسؤولية وليدة الإرادة المشتركة لأطرافه فهي تعد أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة، لكن بالرغم من ذلك فإن هذا الحق مقيد بمجموعة من الضوابط والإستثناءات التي تحد من هذه الحرية في العلاقة التعاقدية التي تستند لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولهذا سنعالج في هذا المبحث هذه القيود العامة التي ترد على الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية من خلال ثلاث مطالب كالتالي:

نتناول في المطلب الأول عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، وفي المطلب الثاني الخطأ الجسيم وحالة الغش، أما المطلب الثالث فنتطرق لمخالفة الالتزام الرئيسي للعقد.

## المطلب الأول

## عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة

باعتبار أن حرية التعاقد هي أساس قيام العقود، إلا أن هنالك إعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية وتجعل أحد المتعاقدين غير متمتع بها تمام التمتع، ومن ثم كان لابد من وضع قيود على مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية لتتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام، وهذا ما يقصد به موضوعية الإرادة التعاقدية ويظهر هذا من خلال فكرة النظام العام والآداب العامة.

وعليه فإن النظام العام و الآداب العامة تعد من أبرز القيود الجوهرية الواردة على مبدأ حرية التعاقد بصورة عامة و على الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية بصورة خاصة وذلك للأثر الكبير الذي تنتجه هذه الإتفاقات في العلاقة التعاقدية من تغير في قواعد المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات الموجودة في العقد، خاصة على الطرف الغير مستفيد منها فإن المشرع وضع قيد عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة كونه أفضل حماية لمصلحة الطرف الضعيف في العقد الذي يتضمن مثل هذه الإتفاقات بل وحتى حماية للمصلحة العامة .

وعليه سنتطرق لمفهوم النظام والآداب العامة في فرع أول، ثم نتطرق إلى إسقاط أثر مخالفتها على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في فرع ثاني.

## الفرع الأول

### مفهوم النظام العام والآداب العامة

#### الفقرة الأولى: النظام العام.

إنّ المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين لم يتحمل عناء تعريف النظام العام وترك ذلك لكل من الفقه والقضاء، فعرفه جانب من الفقه<sup>1</sup> بأنه: "يتمثل في مجموعة القواعد، التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها بإتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الإتفاقات لهم مصالح فردية فإنّ المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة".

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، م1، ج1 ص399.

وعليه فالنظام العام يؤثر بصورة مباشرة على صحة الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية فقد قام جدل فقهي تمخضه عنه آراء متباينة، حيث ذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى أن كل شرط إتفاقي لتعديل المسؤولية العقدية يشكل خرقاً لمبادئ النظام العام، كما أن قاعدة قلب عبء الإثبات التي تبناها القضاء الفرنسي تجد تبريرها، كون الاتفاق على الإعفاء من النتائج التي يقترفها المتعاقد، يقع مجافياً لمبادئ الأخلاق.

بينما ذهب رأي آخر<sup>2</sup> إلى أن النظام العام يتعارض مع بعض أنواع الإتفاقات كتلك المتعلقة بتعديل أحكام المسؤولية التقصيرية لأن مصدرها هو القانون لا إرادة الأطراف كما تبطل الإتفاقات التي تتضمن إعفاء من المسؤولية عن الإضرار التي تلحق الأشخاص حيث يرى أصحاب هذا الرأي بطلان هذه الإتفاقات ولو حتى تعلق الأمر بخطأ بسيط لأن الإنسان مع كل الحقوق اللصيقة بشخصه فقد وضع في كل زمان خارج نطاق الأموال وفوقها وفي مكان أسمى بعيداً عن دائرة التعامل.

كما ذهب رأي فقهي آخر إلى عدم وجود أي تعارض ما بين مقتضيات النظام العام والإتفاق المعدل للمسؤولية خاصة الإتفاق المعفي منها و أن الإختلاف المزعوم كما يقول "كاربونييه" ناتج عن الفهم السيء لآثار هذه الإتفاقات وذلك إعتقاداً منهم بأنها تمنح المدين الحق في أن يتصرف بسوء نية، في حين نجد أنه بفضل الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية يحرص المدين على تنفيذ إلتزامه بنوع من الحذر والعناية وبكيفية لا يعتمد من

<sup>1</sup> Robino pierre: Les coventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine

R.T.DC paris ,France 1951.page 9.

مشار إليه عند إدريس فتاحي ، المرجع السابق،ص26

<sup>2</sup> Esmein paul: Les clauses de non responsabilité.paris,France 1926 Page365.

مشار إليه عند المرجع نفسه، ص 27.

خلالها الإساءة أو الإضرار وكل مافي الأمر أن الاتفاق يتيح للمدين أن يكون في منأى عن كل مساءلة في حالة إقترافه خطأ غير عمدي.<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية: الآداب العامة.

أما فيما يخص الآداب العامة فهي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وزمن معين كما تعتبر أيضا جملة المبادئ الخلقية التي يبعثها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع الواحد وتدخل من ثم في فكرة النظام العام، وتعتبر الشق الأخلاقي أو الأدبي منه<sup>2</sup>. وبالنسبة لأثر الآداب العامة على الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية فقد ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية باطل ولا يجب الإعتراف بصحته لكونه منافي لقواعد الأخلاق الحميدة، وبالتالي يجب التصريح بإبعاها سواءا تعلق الأمر بمجال المسؤولية العقدية أو بنطاق المسؤولية التقصيرية.<sup>3</sup> ومن جهة أخرى إتجه جانب آخر من الفقه إلى إعتبار أنه مادام الضحية يجد امتيازاً خاصاً له في قبوله تحمل الخطر فلا ضرورة لتقوم الأخلاق بمناهضة مثل هذه الإتفاقات التي تعفيه من المسؤولية، مؤكداً أن بطلان هذا الإتفاق لا يكون إلا في حالة الإعفاء من الخطأ الجسيم أو الغش، فلماذا يتم التصريح بصحة إتفاق الإعفاء من المسؤولية في

<sup>1</sup>Jean Carbonnier: Droit civil tome 4 Les obligations 6 éd, P U F,paris,France

مشار إليه عند إدريس فتاحي ، المرجع السابق ،ص28. <sup>1</sup>.1969.page268.

<sup>2</sup>jacques Saiget : LE Contrat immoral,Thèse doctora ,Paris,France 1939,page50.

مشار إليه عند بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ج1،ص540.

<sup>3</sup> Esmein paul: Les clauses de non responsabilité.paris,France 1926 Page 331

مشار إليه عند إدريس فتاحي ، المرجع السابق ،ص28 .

مواجهة الخطأ اليسير، وعليه فلو فرضنا أن القاعدة هي إعتبار الاتفاق مناهضا للأخلاق فإن جوازه في مواجهة الخطأ اليسير يعد أيضا مسا بقواعد الأخلاق وحسن الآداب<sup>1</sup>، و فضلا عن ما سبق نجد أن المشرع اتخذ من النظام العام والآداب معيارا للترقية بين القواعد الآمرة وغيرها من القواعد التكميلية، ومن ثم فهي تستخدم في هذا المجال لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، وهذا ماسنراه في تطبيقاتها في الفرع التالي .

### الفرع الثاني

#### تطبيقات النظام العام والآداب العامة في الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية

لقد أورد المشرع الجزائري نصوصا آمرة تمنع كل تصرف أو إتفاق بين المتعاقدين سواء كان بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد من المسؤولية العقدية يخالف أحكام النظام العام والآداب العامة، فيفرض جزاء تلك المخالفة بأن يجعل التصرف أو الإتفاق في حكم البطلان المطلق ونذكر على سبيل المثال : نص المشرع الجزائري استبعاد الإتفاقات التعسفية في العقود الإذعان أو الإعفاء منها وذلك في نص المادة 110 من القانون المدني التي جاء فيها أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الإتفاقات أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

كما يقع باطلا كل إتفاق بالتنازل مقدما عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه لتعلق ذلك بالمصلحة العامة ذلك بحسب المادة 322 من القانون المدني، وكذا كل إتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة المادة 1/434 من القانون المدني: "إذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة كل منهم

<sup>1</sup> – Rupert Georges:La règle moral danne les obligations civiles.4 éd ،L G D J

مشار إليه عند إدريس فتاحي ، المرجع السابق ،ص32 . . 243. ,paris,France. 1949,

بنسبة نصيبه في خسائر الشركة مالم يوجد اتفاق يقضي بنسبة أخرى، ويقع باطلا كل إتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة".

كذلك الأمر ببطلان كل إتفاق خاص بمقامرة أو رهان محظور وذلك حسب المادة 1/612 من القانون المدني: "يحضر القمار والرهان" لتعلق ذلك بعقود الغرر الممنوعة قانونا، لذا فكل اتفاق يتم في هذا الإطار يعد باطلا بطلانا مطلقا كونه مخالفا للآداب العامة، لكن تم إستثناء من هذا المنع الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي.<sup>1</sup>

وكذلك الأمر في الإتفاقات المعفية من المسؤولية عن تعويض الضرر الجسدي<sup>2</sup> بحيث عرف بأن: "الضرر الجسدي أو الضرر البدني في البداية وقبل بأنه كل شيء في كل إصابة تلحق الجسم كالجروح الخطيرة والتي قد تؤدي إلى الوفاة، وهذه الإصابات تستوجب تعويض الضحية، لأصح أن نقول تعويض وليس إصلاح بالنسبة للأضرار الجسمانية لأنه من الصعب إصلاح الضرر الجسماني إذ من غير الممكن أن نحیی الميت أو نصلح للمضروب رجل أو يد بترت"<sup>3</sup>، فالمبدأ عدم جواز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية إلا بالنسبة إلى الأضرار الواقعة على الأموال وليست على الأشخاص لأن الأضرار البدنية وسلامة الإنسان في جسمه وكيانه الأدبي وشرفه و

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص 539-542.

<sup>2</sup> بحماوي الشريف: التعويض عن الأضرار الجسمانية، بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية و الأساس الحديث، رسالة مجستار، جامعة تلمسان، الجزائر، سنة، 2007 ص 03.

<sup>3</sup> Philippe Simler : Droit civil les obligations, 6ème édition Dalloz, Paris, France 1996, page 559.

"Le dommage corporel est d'abord et avant tout l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne : les blessures plus ou moins graves et à plus forte raison la mort. Ces dommages appellent, bien entendu, l'indemnisation de la victime. Mieux vaut dire indemnisation que réparation, car on ne ressuscite pas les morts ; et il est malaisé c'est le moins qu'on puisse dire. de rendre à l'amputé son bras ou sa jambe."

إعتبره، يجب أن تكون خارج نطاق هذه الإتفاقات لأن النظام العام لايجز صحة هذا الإتفاق<sup>1</sup>، ويقول الفقيه الفرنسي "جوسران" في هذا الصدد بأن: "حياتنا وصحتنا وسلامة أجسامنا البدنية أشياء فوق مجال الإتفاقات ،أنها الأموال التي تبقى خارج التجارة، وأنه سيكون مخالفا للنظام العام إذا إستطعنا ان نخول الغير حق قتلنا أو جرحنا بدون عقاب أو بسعر منخفض ،حتى ولو كان خارج نطاق الخطأ الجسيم أو القصدي (الغش)"<sup>2</sup>.  
فلا يجوز للناقل أن يعفي نفسه من مسؤوليته الناتجة عن الحوادث التي تصيب المسافرين في سلامتهم ولا يستطيع الطبيب أن يشترط عدم مسؤوليته مقدما عن الضرر الذي يصيب المريض أثناء العلاج، أو من جراء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسرا<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### الخطأ الجسيم والغش

إن لأطراف العقد الحق في الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية المترتبة على الخطأ الشخصي، لكن يكون مثل هذا الإتفاق في حالتي الغش والخطأ الجسيم غير جائز وعليه فإن فكرة الخطأ الجسيم والغش تحتل مكاناً بارزاً في نطاق المسؤولية المدنية في مرحلة لاحقة على صدور القانون المدني الفرنسي وذلك على يد القضاء الفرنسي ذاته حيث استقر القضاء هناك على معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فيما يتعلق بتحديد المسؤولية أو التخفيف أو الإعفاء منهاو كذلك في مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين

<sup>1</sup> بلقاسم أعراب: شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1984 ، ص110.

<sup>2</sup> سعدي البرزيجي: شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي ، ص109 ؛نقلا عن إدريس فتاحي، المرجع السابق ،ص440.

<sup>3</sup> سعد نبيل إبراهيم : النظرية العامة للإلتزمات، ، مصادر الإلتزام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر، (د ط)، سنة2004، ج 1،ص307 .

جراء قيام المسؤولية العقدية<sup>1</sup>، إلا أنه من الملاحظ أن فكرة الخطأ الجسيم في مجال المسؤولية العقدية والذي هو انحراف شديد في السلوك مقروناً بتوقع الفاعل أو إمكانية توقعه احتمال حصول الضرر لو بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي، أكثر وضوحاً منها في المسؤولية التقصيرية، كونه يؤدي هذا الانحراف الشديد في السلوك المتعاقد إلى زعزعة الرابطة العقدية حيث يعتبر من قبيل الأمور غير المتوقعة عند التعاقد، فالذي يتوقعه المتعاقدان هو تنفيذ الالتزامات بحسن نية في هذه المرحلة، فإذا اخل احدهما بالتزامه فإنما يخل بأمر توقعه عند التعاقد وهو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه على نحو معيب، أما إذا تجاوز المتعاقد ذلك فإنه يكون قد أساء بسلوكه إلى درجة غير متوقعة بحيث يعد سلوكه استهتاراً واضحاً بمبدأ حسن النية<sup>2</sup> في تنفيذ العقد<sup>3</sup>، وعليه لا بد لنا من بيان مفهوم الخطأ الجسيم ثم مفهوم الغش وإظهار مدى التداخل القانوني بينهما وعرض بعض التطبيقات القانونية لهما في تعديل المسؤولية.

<sup>1</sup> دسوقي محمد إبراهيم : الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية ، معهد الإدارة العامة للبحوث ، الرياض، السعودية،(دط)، سنة 1995ص65.

<sup>2</sup> مبدأ حسن النية : يتمثل في أنه الإطار العام والروح التي يجب أن تسود تفسير العقد وتنفيذه ، فإذا تعددت معاني عبارات العقد أو طرق تنفيذه فعلى المنفذ أن يختار المعنى والطريق الذي تقتضيه الأمانة والإستقامة والعدالة ، كما أنها تكفل حماية للشخص أو تمنحه حقا الحماية ما لم تكن لتسمح به القواعد العامة ، وبالتالي فان حسن النية يقتضي في مجال العقود من المتعاقدين أن يختار في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل.

<sup>3</sup> وليد حكم أحمد مهنا : فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة مؤتة،الأردن ،سنة2006 ،ص 10.

## الفرع الأول

## مفهوم الخطأ الجسيم والغش

سنتطرق إذا للمفهوم الخطأ الجسيم والغش كقيدتين قانونيين وضعهما المشرع على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية.

## الفقرة الأولى: الخطأ الجسيم

بالرغم من صعوبة إستنباط تعريف جامع و مانع للخطأ فان رجال القانون حاولوا ذلك جاهدين حتى كثرت التعاريف واختلفت باختلاف النزعات الفردية لديهم والتطور الاجتماعي و الاقتصادي للمجتمع الذي يعيشون فيه، فمنهم من حاول تضيق دائرته ليحد من قيام المسؤولية، ومنهم من ذهب عكس ذلك فعمل على توسيعها لمساعدة المضرور للوصول الى التعويض بأسهل السبل الممكنة، و نستعرض فيما يلي اكثر تعاريف الخطأ شيوعا لنصل في النهاية الى اقربها الى المنطق القانوني السليم، فتعود جذور فكرة الخطأ الجسيم إلى القانون الروماني، حيث عرف الخطأ الجسيم بأنه: "الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية أو الخطأ الذي ينم عن عدم فهم ما يدركه كل الناس"<sup>1</sup>، وكانوا يساؤون الخطأ الجسيم بالغش من حيث الحكم، وأرادوا من هذه المساواة الحيلولة دون أن يتظاهر مرتكب الغش بالغباء تخلصاً من جزاء الغش<sup>2</sup>، وانتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم حيث كانت لها منزلتها في نظرية تدرج الخطأ<sup>3</sup>

<sup>1</sup> سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، موسوعة الفقه والقضاء، القاهرة، مصر، (دط)، سنة 1982 ص 465.

<sup>2</sup> دسوقي محمد إبراهيم: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، (د ط) ،سنة 1998، ص42.

<sup>3</sup> فرقت نظرية تدرج الخطأ بين ثلاثة أنواع من الخطأ بالنسبة للأخطاء غير العمدية التي يرتكبها الشخص من حيث الخطورة وهي: خطأ جسيم وهذا الخطأ لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ اقرب إلى العمد ويلحق به، وخطأ يسير لا يرتكبه شخص معتاد، وخطأ تافه لا يرتكبه حازم حريص، أي لا يمكن تحاشيه ببذل عناية فائقة، وبهذا لا يسأل المدين في العقد إلا عن خطئه الجسيم إذا كان العقد في مصلحة الدائن وحده ويسأل عن خطئه اليسير إذا كان

والتي تم القضاء عليها و إستبعادها كلياً في تقنين "نابليون"<sup>1</sup>، فبدأ الفقه في فرنسا يبحث عن مخرج جديد لتبرير رفضه لإتفاق الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة فإعتبر أن الخطأ الجسيم يساوي الغش من ثمة يجب أن نطبق عليه ما طبقناه على الغش من أحكام ومعنى ذلك أن مرتكب الخطأ دائماً ما يتقنع بقناع الغباء فهو من جهة يعترف بخطئه ومن جهة أخرى يتذرع بحسن نيته، الأمر الذي يؤدي للتهرب من التطبيق النهائي لحكم الغش، لكن وبالرغم مما سبق فإن الخطأ الجسيم في الواقع مهما بلغت درجة جسامته فإنه يبقى دائماً في حدود الخطأ المجرد من نية إحداث الضرر، وبالتالي فإن كل المساعي التي ترمي إلى المساواة بينه وبين الغش فضلاً على أنه من الصعب إثبات هذا الأخير تعد مساعي فاشلة، وعليه فإن الخطأ الجسيم مهما كان لايعني أن مرتكبه يرغب في تحقيق الضرر للطرف الآخر، فهو خطأ غير عمدي كالإهمال وعدم الحيطه، غير أنه يتميز عنهما من حيث درجة الجسامة فقط<sup>2</sup>.

اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداء بالظروف الشخصية أو الذاتية لمرتكب الخطأ، فالمدين مثلاً في حالة الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية يكون قد ارتكب خطأ جسيم إذا تصرف حتمياً بهذا الإتفاق لما يخالف عنايته

---

=العقد في مصلحة الطرفين، ويسأل المدين حتى عن الخطأ التافه إذا كان العقد لمصلحته منفرداً. لكن هذه النظرية تعرضت لنقد حاد من قبل الفقهاء الفرنسيين لهذا نبذ واضعو التقنين المدني الفرنسي فكرة تدرج الخطأ التي كانت سائدة في القانون الفرنسي القديم، فلم يفرقوا بين خطأ جسيم وخطأ يسير إذ جعلوا حكمهما واحداً وهو الالتزام بتعويض كل ضرر ناجم عن خطأ بغض النظر عن درجته، وبذلك خبت فكرة الخطأ الجسيم ظاهرياً، وهجرت نظرية تدرج الخطأ وحل محلها فكرة وحدة الخطأ والتي تعتمد معياراً واحداً هو معيار الرجل المعتاد.

<sup>1</sup>الدريس فتاحي، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup>وليد حكم أحمد مهنا، المرجع السابق، ص13.

المعتادة، لكن هذه النظرة الذاتية تصطدم مع النظرة الموضوعية لمعيار الخطأ كون ما يعتبر خطأ جسيماً عند شخص يعتبر يسيراً عند شخص آخر<sup>1</sup>.

وظهر معيار آخر نادى بالمعيار المجرد الذي يقضي بأننا نكون بصدد خطأ جسيم إذا ابتعد مرتكبوه كثيراً عن المسلك الذي يتوقع من الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية للمسؤول وينتمي إلى نفس مهنته خاصة إذا كان الخطأ مهني<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: الغش.

يعرف الغش بأنه عمل يعمد إليه الشخص بقصد إحداث ضرر يمس حقوق شخص آخر ويتضمن الغش بهذا المفهوم معنى سوء النية فيشوب سبب نشوء الحق واستعماله ويجعله على غير مشروع، لأن الحق قد فقد ميزته الخلقية والاجتماعية وانصرف إلى إلحاق الضرر بالمجتمع<sup>3</sup>.

ويعد الغش<sup>4</sup> - في نظرية الإلتزام التعاقدية - مرادفاً لإصطلاح سوء النية، لأنه يقع ضمن تقسيمات الأخطاء العمدية، بل هو بالأحرى من أقصى درجات الخطأ العمدي وهو بهذا المعنى يحتوي على ركنين أحدهما موضوعي يتمثل في العمل أو الإمتناع عن العمل الذي ينطوي على نية الغش، والثاني يتمثل في الركن المعنوي الرغبة الكامنة وراء هذا العمل أو الإمتناع عنه المتضمن التضليل بقصد إلحاق الضرر بالغير، وهنا يكمن

<sup>1</sup> أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص 42.

<sup>3</sup> عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، القاهرة، مصر، (د ط)، سنة 1954، ج 2، ص 304.

<sup>4</sup> يرى بعض الفقهاء أن الغش في المسؤولية العقدية ذو مضمون أوسع مما عليه في المسؤولية التصويرية، حيث يربط طرفي دعوى المسؤولية برابطة عقدية، فإن مجرد المسلك السلبي من المدين ولو لم يكن متجاوزاً يشير إلى سوء نية ويكفي بذاته إذا كان من شأنه أن يضع عقبة أمام تنفيذ العقد لأنه يعد خطأ عمدياً؛ فالإرادة هي دائماً القاسم المشترك، في تصرف إرادي من المدين يظهر نية عدم التنفيذ يؤدي إلى الخروج الإرادي من الدائرة التعاقدية وهذا هو مبدأ الغش، في حين إعتبر بعض الفقهاء أن هذا الرأي لا يصح إلا في حالات نادرة كما هو الحال في دعوى عدم نفاذ التصرف لأن سوء النية لا يمكن أن يفترض بالأصل حسن نية". انظر دسوقي محمد إبراهيم: تقدير التعويض، ص 358.

الفارق بين الغش والخطأ الجسيم من حيث نطاق العقد ففي حين يحتوي الغش على إرادة الإخلال بالإلتزام التعاقدي عن طريق الإتيان بعمل أومتناع عن عمل يتجسد فيه معنى الغش والخديعة مع إدراكه للضرر الذي ينتج عنها للطرف الآخر أي بسوء نية، نجد أنه لا يتوفر في الخطأ الجسيم سوء النية السابقة في حالة الغش ويعد في نهاية المطاف خطأ غير عمدي كسائر الأخطاء الغير عمدية الأخرى.

فعندما يضع الطرفان توقيعهما على وثيقة تعاقدية تتضمن مثلاً الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية فإنهما يكونان ملزمين بالإتفاق مع ضرورة علمهما الصحيح بوجوده، ولكن بشرط عدم وجود غش في ذلك وقد طبق هذا المبدأ في القضاء الإنجليزي وذلك في قضية *curtis v. chemical cleaning and Dyeing* في سنة 1951 عندما سلمت إمراة بدلة زفافها البيضاء المصنوعة من الحرير لعامل في محل لتنظيف الملابس لغرض تنظيفها، وكانت البدلة مزركشة بالخرز و القطع اللامعة. فسلمها عامل المحل إستمارة وطلب منها التوقيع عليها فسألته عن مضمون الإستمارة فأخبرها بأنها تتضمن شرطاً يعفي المحل من المسؤولية عن تلف الخرز والقطع اللامعة، فوضعت توقيعها على الإستمارة ولكن الإستمارة كانت تحوي في الحقيقة شرطاً يعفي المحل من المسؤولية عن أي ضرر أيا كان سببه. وعندما جاءت لتسلم البدلة وجدتتها مبقعة، فطالببت بالتعويض فتمسك صاحب المحل بالشرط. فقررت المحكمة أن العامل عندما دلس أثر الشرط على المدعية فلا يمكن التمسك به في مواجهتها، وفي هذه الحالة نتحول من إعمال المعيار الموضوعي إلى المعيار الشخصي، إذ تعدت المحكمة بما قام في ذهن المتعاقد الذي وضع توقيعها على المستند، وذلك لأن الطرف الآخر قد تسبب في خلق إعتقاد لديه بوجود بنود في المستند تختلف عن تلك الموجودة فيه واقعا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Chris Turner ,Contract Law ,2<sup>nd</sup> edition ,hodder education ,London ,2007 ,page103.

يكمن الهدف من عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في حالتي الخطأ الجسيم والغش كون قيام المدين بإدراجه لهذا الإتفاق في مضمون العقد فهو يعفي نفسه من المسؤولية مسبقاً فيرتكب خطأ جسيماً أو غشاً وهو عالم في بداية الأمر أنه لايسأل قانوناً عن هذا الإخلال وبهذا يكون إلتزامه معلقاً على شرط إرادي محض إذا شاء نفعه وإذا لم يشأ لم ينفذه، ولهذا يمنع المدين المرتكب لهذين القيدتين التحايل على القانون، وفي صدد نفسه أكد الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنه: "لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذه التزمه العقدي لكان التزمه معلقاً على شرط إرادي محض وهذا لايجوز"<sup>1</sup> ، فهذا الإستثناء الذي وضعه المشرع يعد بمثابة وضع حد لهذه الذريعة.<sup>2</sup>

ومن خلال ماسبق من التعرض لمفهومي الخطأ الجسيم والغش وجدت أن من الراجح ماذهب إليه بعض الفقهاء إلى أنه كان من الأفضل للمشرع المدني الجزائري أن يقتصر عدم جواز تعديل المسؤولية العقدية إلا في حالة حدوث خطأ جسيم من طرف المدين والذي يأخذ صورة من صور الخطأ الغير عمدي دون حاجة لذكر حالة الغش كقيد والذي يعد أعلى درجات الخطأ العمدي ، فلو قمنا بمساءلة المدين الذي يرتكب خطأ جسيماً ، ولم نعتد جراه بالشرط الذي أورده في العقد بإعفاءه من المسؤولية العقدية مثلاً فمن باب أولى أن تطاله يد القانون وأن يسأل المدين الذي يرتكب غشاً بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر ، لأن خطئه أشد وطأة وقوة من الخطأ الجسيم.<sup>3</sup>

مشار إليه عند وليد خالد عطية وعلي حسين منهل: تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دراسة في القانون الإنكليزي، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط 1، سنة 2016، ص 24.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، م1، ج2 ، ص 756 .

<sup>2</sup> فرهاد حاتم حسين ، المرجع السابق، ص 436.

<sup>3</sup> محمد سليمان الأحمد: الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، مكتب التفسير للنشر و الإعلان ، أربيل العراق، ط1 ، سنة 2008، ص 57 و فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص 437.

## الفرع الثاني

## تطبيقات حول الخطأ الجسيم والغش في الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية

ليس التشريع المدني الجزائري هو التشريع الوحيد الذي حكم ببطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الخطأ الجسيم، بل هناك تشريعات كثيرة قد سلكت هذا السبيل وأبطلت الشرط الرامي إلى الإعفاء من الأخطاء الشخصية الجسيمة<sup>1</sup>.

فقد نص المشرع في المادة 172 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال، يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم."

كذلك اعتبر المشرع الجزائري في المادة 178 من القانون المدني أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية المسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

لهذا فإن ارتكاب المدين للغش أو الخطأ الجسيم يؤدي إلى بطلان الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف فلو اشترط البائع عدم مسؤوليته إذا ما تخلف عن تسليم المبيع

<sup>1</sup>نذكر هذه التشريعات - التشريع المصري في المادة 217 من القانون المدني، - التشريع السويسري في المادة 100 من قانون الإلتزامات، التشريع السوري في المادة 218 فقرة 02 من القانون المدني.

إن التشريع الألماني على خلاف التشريعات الآتفة لم يمنع شرط الإعفاء من المسؤولية إلا في حالة الخطأ العمد.

بالشكل المطلوب أو تعذر عليه التسليم فلا يحق للمشتري المطالبة بالتعويض، غير أنه لا يحق للبائع إذا حدثت ظروف اقتصادية جعلت تنفيذ التزامه أكثر صعوبة أو أقل إفادة مما كان يتوقع، أن يتحلل من التزامه محتميا بشرط الإعفاء لأن هذا يعد خطأ جسيما، فلا يجوز للمدين أن يعفي نفسه من مسؤوليته عن غشه أو خطئه الجسيم، في حين يجوز أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وهذا يدل على أن الشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي أضيق نطاقا من المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير<sup>1</sup>.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 185 مدني على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم"، وعليه فيطبق الأمر نفسه بالنسبة للاتفاق على التشديد من مسؤولية المدين كأن يتفق الطرفان على أن يسأل المدين عن الخطأ التافه، فلا يمكنه التمسك بأنه لم يقم بخطأ تافه إذا كان قد صدر عنه غش. وعلى العموم سوف نتطرق لتطبيقات أعمال النظام العام والآداب العامة والخطأ الجسيم والغش وكذا إستبعاد التعويض الضرر الجسدي كقيود على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية من خلال الفصل الثاني من خلال أمثلة مفصلة.

<sup>1</sup> أحمد مفلح خوالده، المرجع السابق، ص 165.

### المطلب الثالث

#### عدم مخالفة الالتزام الرئيسي في العقد

إن الإلتزام الجوهري يشكل قيذا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فضلا على القيود العامة التقليدية السابقة الذكر، لما يترتب عليها من حد لحرية وضع الشروط في العقد فالحرية العقدية تكون محدودة في مواجهته بإعتباره يمثل قيذا أيضا على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية وبالخصوص على الإتفاقات المعفية أو المخففة منها لقدرة هذا القيد الذاتية على إستبعاد تلك الإتفاقات المعدلة للمسؤولية التي تتعارض معه<sup>1</sup>.  
وعليه لابد لنا من تحديد فكرة الإلتزام الجوهري في العقد، إضافة إلى مدى أثر الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية عند مساسها بهذا الإلتزام الجوهري.

### الفرع الأول

#### مفهوم الإلتزام الجوهري في العقد

لا ينعقد العقد بين طرفيه إلا بعد الإتفاق على جميع النقاط الأساسية فهناك نقاط جوهرية يكفي الاتفاق عليها لينعقد العقد أما النقاط الأخرى فهي مسائل ثانوية لا يشترط الاتفاق عليها لكي يبرم العقد، إن معيار التميز بين الإلتزام الرئيسي في العقد وبين الإلتزام الثانوي، هو كون الإلتزام الرئيسي يكون بطبيعة العقد وماهيته أي الأخذ بالمعيار الموضوعي للإلتزام الجوهري الذي لا يتصور وجود العقد بدونه على النحو الذي أراده القانون لدرجة أن العقد قد يفقد تسميته القانونية التي تميزه عن غيره إذا تم إعفاء الأطراف منه،<sup>2</sup> وعن طريقه يمكن معرفة ملامح الرابطة التي يهدف كل من الطرفان المتعاقدان

<sup>1</sup> صالح ناصر العتيبي : فكرة الجوهريّة في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر، (د ط) ، سنة 2009 ، ص 295.

<sup>2</sup> مجاهد أسامة أبو الحسن : فكرة الإلتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، القاهرة، دار النهضة العربية، مصر، (د ط) ، سنة 2003، ص 26.

الدخول فيها<sup>1</sup>، ومن الالتزامات التي تعد رئيسية بطبيعتها إلتزام المشتري بدفع ثمن المبيع لأنه لا يمكن تصور قيام مثل هذا العقد بدون هذا الإلتزام الجوهري وإلا انقلب عقد البيع إلى عقد هبة.

أما الإلتزام الرئيسي المقرر بإرادة المتعاقدين فهو ينصب على ما تهدف إليه إرادة الأطراف إلى اعتباره رئيسياً، أي الأخذ بالمعيار الشخصي في تحديد المسائل الجوهرية بحيث تعد المسألة جوهرية حتى وإن كانت ثانوية بحسب المعيار الموضوعي إذا كانت إرادة أحد الطرفين أو كلاهما تتجه لتجعلها جوهرية فعلى سبيل المثال قد يكون جوهرياً بالنسبة للبائع أو للمشتري أو لكليهما معا أن يتم التسليم في مكان معين أو في زمان معين أو أن يتم الوفاء بالثمن بطريقة معينة أو في وقت محدد<sup>2</sup>، وقد اعتبرت الدائرة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 ماي 1978 على أن: " محكمة الإستئناف، قدرت بموجب سلطتها أن بعض المسائل التفصيلية عادة كتاريخ دفع الثمن أو تاريخ التسليم، كان في الحالة الراهنة معتبرا من قبل البائعة كعناصر مكونة لرضاها، وقد تمكنت من الإستنتاج من ذلك كله أن عقد البيع لم يتكون."<sup>3</sup>

إذن فإن الفكرة الجوهرية في مسائل العقد تقوم على إعتبار أن مسألة أو عنصراً معيناً يكون ضرورياً لقيام عقد معين، بحيث يشكل عدم وجوده مانعاً من قيام العقد، ولا يهم بعد ذلك إذا تم قياس المسألة أو العنصر بمعيار موضوعي أو شخصي مادام أن وجود هذه المسألة ضروري لقيام العقد.

<sup>1</sup> مصطفى محمد جمال: السعي إلى التعاقد، مظاهره وآثاره القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، (دط)، سنة

2000، ص 91.

<sup>2</sup> صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص 73-76.

<sup>3</sup> Jacques Ghestin: Traité de droit civil, la formation du contrat, 3<sup>e</sup> édition, L.G.D.J 1993, page

326.

مشار إليه عند المرجع نفسه، ص 76.

أما المسائل التفصيلية أو الثانوية فلا تمنع إنعقاد العقد مادامت لم تكن محل تمسك أحد الطرفين بها أو كليهما، فهي لم تتحول إلى مسألة جوهرية وفقا للمعيار الشخصي وتؤكد ذلك ماجاء في المادة 65 من القانون المدني الجزائري التي نصت على مايلي: "إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، إعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ."

فالعبرة الموجودة في المادة "... ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها" تفيد بمفهوم المخالفة أن أحد الطرفين إذا اشترط ذلك لم يقيم العقد، وهذا دليل على أن تلك المسألة التفصيلية أو الثانوية قد تحولت لمسألة جوهرية وفقا للمعيار الشخصي<sup>1</sup>، فلم تحدد هذه المادة معيارا معينا في قياس المسائل الجوهرية ولأثر هذا الأمر على الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية أثر نراه في الفرع التالي.

<sup>1</sup> صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق ، ص 74 .

## الفرع الثاني

### أثر مخالفة الاتفاق المعدل للمسؤولية للإلتزام الجوهري للعقد.

يرجع جواز الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية إلى الإرادة التي أنشأت الإلتزام فيكون لهذه الإرادة التي حددت مضمون الإلتزام أن تحدد ما يترتب على الإخلال بتنفيذه.

وعليه فإنه لايجوز الاتفاق على الإعفاء من الإلتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد أو المناقضة لمقتضى العقد لأن ذلك قد يحول العقد إلى عقد آخر أو يفرغه من ماهيته ويجعله عقدا باطلا وبالتالي بطلان الإتفاق بوصفه جزءا لا يتجزء من العقد، ومثال ذلك إتفاق البائع مع المشتري على حذف إلتزامه بنقل ملكية المبيع، فتكون جميع الإتفاقات المعدلة للمسؤولية باطلة إذا كانت تهدف إلى عدم مسؤولية المدين عند إخلاله بتنفيذ إلتزامه بالتسليم والسبب في ذلك أن هذا الإلتزام يعد جوهريا في عقد البيع ولا يقتصر الأمر على ذلك بل يشمل البطلان أيضا الاشتراط على عدم مسؤولية البائع عن الإلتزام الجوهري المرتبط به وهو إلتزامه بضمان التعرض، أما بالنسبة لإلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير فلا يعد البائع مسؤولا إلا عن التعرض القانوني دون التعرض المادي<sup>1</sup>، كما سنرى في الفصل الثاني.

<sup>1</sup> يقصد بالتعرض القانوني ، هو كل فعل يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها الحق المبيع بحسب الحالة التي كان عليها وقت ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.

أما التعرض المادي، فيقصد به كل فعل يقوم به البائع يترتب عليه حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع، حرمانا كلياً أو جزئياً دون أن يستند فيه إلى إدعاء حق".

\*ويقول الدكتور محمد عيد المنعم حيشي بشأن المقصود بالتعرض فيما يتعلق بالمنافع التعرض يقصد به في فقه القانون المدني بالنسبة للمنافع": إحداه الفعل أو التصرف الذي من شأنه الإخلال بها على خلاف مقتضى العقد الوارد فيها، سواء كان ذلك صادرا عن مالك العين المنتفع بها، أو كان من أجنبي ، وسواء كانت الوسيلة التي يسلكها المتعرض تتم بمقتضى القيام بأعمال يطلق عليها فقه القانون أعمالا مادية، أو بمقتضى إعطاء الغير حقا يتعارض مع حق المنتفع في الانتفاع بالشيء المؤجر أو المعار ويطلقون عليه تعرضا قانونيا، ويبسطون فكرة =التعرض حتى تشمل

و نفس الحكم في عقد العارية حيث يشكل التزاما جوهريا فيها إلتزام المستعير برد الشيء المعار، فلا يجوز مثل هذه الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية للمستعير المساس به وإلا كان في ذلك تغيير في مفهوم عقد العارية.

وأخيرا إن الإلتزام الجوهري يشكل قيда على مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عليه من حرية فرض شروط العقد، فالحرية التعاقدية تكون محدودة في مواجهته بحيث يجب ألا تصل إلى درجة الإعفاء من أي مسؤولية عن عدم تنفيذه وإلا أفرغ العقد من مضمونه مما يوحي بسوء نية المتعاقد كونه يقوم بإبرام عقد يولد إلتزامات جوهرية ثم يضع في نفس العقد إتفاقات تتعارض مع مقتضيات العقد، فيما لانجد ذلك إذا كان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية يمس تنفيذ الإلتزامات الثانوية فلا يؤدي إلى ذلك كما سبق ذكره، إذ مازال المدين ملتزما بتنفيذ إلتزامه الجوهري الذي يعبر عن جوهر العقد ومضمونه فتتحقق للعقد منفعته الأساسية.<sup>1</sup>

إدعاء الأجنبي على العين - محل المنفعة - حقا يتعارض مع صاحب الحق في استئانها ، ويعرف ذلك بالتعرض القانوني."نقلا عن هشام طه محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، دار الجامعة الحديثة، مصر(دط)، سنة 2010 ،نقلا عن وليد تركي ،المرجع السابق،ص 11،12.

<sup>1</sup>حسام الدين محمد كامل الأهواني: النظرية العامة للإلتزام ، القاهرة، مصر ،ط 3 ،سنة 2000 ، م 1، ج 1 ، ص 305

## المبحث الثاني

## أثر بطلان الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية ومدى إمكانية الجمع أو الخيار بين المسؤوليتين

بعد التطرق للقيود التي تحد الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية والتي تعرض العقد بمجرد تجاوز هاته الإتفاقات لأي قيد من القيود السابقة لجزء البطلان بنوعيه، ومن المواضيع أيضا التي إهتم بها الفقه و القضاء المعاصرين منذ بداية القرن العشرين إلى الآن هي إمكانية أن يتوفر في الفعل الواحد شروط المسؤولية العقدية وفي نفس الفعل شروط المسؤولية التقصيرية ومثال ذلك خطأ المستأجر الذي يتلف به العين المؤجرة وخطأ أمين النقل الذي يتسبب في إصابة الراكب، فنتحقق من خلالها قيام أحكام المسؤوليتين<sup>1</sup>، وهنا طرح مبدأي الجمع والخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية مما يضعنا أمام إشكاليتين: الأولى أثر بطلان الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية على كامل العقد أجزء منه، أما الثانية فتتعلق بجواز الجمع بين المسؤوليتين من عدمه، أو الخيار بينهما و أثر ذلك على فعالية الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية.

وهذا ماسنعالجه في ثلاث مطالب، نتناول في الأول لأثر بطلان الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية العقد، أما المطلب الثاني فنرى مبدأ الجمع بين المسؤوليتين أما في المطلب الثالث سأستعرض مبدأ الخيار بين المسؤوليتين.

<sup>1</sup> سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المنشورات الحقوقية، بيروت لبنان، ط 5، سنة 1992، م 1، ج 1 ص 69 .

## المطلب الأول

## أثر بطلان الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية على العقد

قد تتجه إرادة المتعاقدين لوضع إتفاقات من شأنها تعديل المسؤولية العقدية فقد يكون التعديل بالتشديد أو التخفيف أو حتى بالإعفاء سواء أوردتها المتعاقدين في أصل العقد أم ألقوها به في إتفاق منفصل عنه ،ومن هنا فان مبدأ القوة الملزمة للعقد يقضي عدم جواز تجزئة العقد ، فالعقد هو ارتباط ارادتين لذا فان كل متعاقد يلتزم بأثار العقد ضمن الحدود المتفق عليها من جانبهما، فالمتعاقد يجب أن ينفذ العقد بأكمله دون تجزئة ولكن إذا كان العقد في جزء منه باطل أو فيه شرط باطل مخالف للنظام العام أو للآداب العامة أو مخالف للقانون تثار هنا بعض الإشكاليات حول مدى أثر بطلان الشرط المعدل للمسؤولية على العقد ،فهل يؤدي ذلك إلى بطلان كامل العقد أو يقتصر بطلانه على الشرط دون العقد ،وماذا لو كان البطلان يمس كامل الشرط أو أنه يمس جزء فقط منه؟سنحاول معالجة كل هذه الإشكاليات في الفرعين التاليين:

## الفرع الأول

## البطلان الكلي للشرط المعدل للمسؤولية العقدية

إذا مس البطلان كامل الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية فإن الإتفاق وحده في هذه الحالة هو الذي يبطل، ما لم يكن هذا الإتفاق يمس إلتزاما جوهريا في نية المتعاقدين أي كان هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل الإتفاق والتصرف معا وذلك بحسب المادة 236 مدني جزائري التي جاء فيها: "لايقبل الإلتزام الإنقسام:-إذا ورد على محل لا يقبل الإنقسام بطبيعته-إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الإلتزام لا ينقسم،أو إذا إنصرفت نيتهم إلى ذلك."

وفي ذلك ما نصت عليه المادة 104 مدني جزائري على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".  
وعليه ووفقاً للمادتين فإن العقد يبطل كله في الحالتين السابقتين، لأن إبقاء العقد مع مجرد إبطال هذا الشق منه أو ذلك الاتفاق الذي لا يقبل الإنقسام يعد تعارض مع ما إتجهت إليه إرادة المتعاقدين التي تفرض احترامها<sup>1</sup>. وذلك راجع لكون الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية إذا كان يمثل أهمية خاصة لدى المتعاقد فإنه يكون بمثابة السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، إلا أن الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية عادة لا يكون بأهمية الشرط الباعث على التعاقد، إلا أنه من الممكن تصوره بمثل هذه الدرجة من الأهمية فإذا كان الاتفاق المعدل للمسؤولية الباطل يعد جوهرياً في نظر المتعاقدين بحيث لا ينعقد العقد بدونه فعندها لا يجوز تجزئة العقد ويحكم بالبطلان الكلي دون إنقاص العقد، لأن الشرط الباطل أو الجزء الباطل يدخل ضمن جملة التعاقد، ويكون ذلك إذا رفض المتعاقد إبرام العقد مع أحد الأشخاص لأنه رفض تضمينه مثل هذا الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية ويتعاقد مع شخص آخر لأنه قبل به ومثال ذلك أن يرفض المودع في عقد الوديعة أن يودع الوديعة عند أحد الأشخاص لأن هذا الأخير رفض ضمانها بغير تعدد أو تقصير، فيما يقبل مودع لديه آخر بهذا الشرط فيتعاقد المودع مع الشخص الثاني.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: التصرف القانوني العقد، ج1، ص 276 .

<sup>2</sup> أحمد سليم فريز نصره: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2006، ص58.

ويعتد بالإنقاص العقد في موضوعنا إذا كان الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية باطلا لتعديده على القيود السابقة وكذلك لمخالفة القانون كالإتفاق الذي نصت عليه المادة 622 قانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ...-الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول ..."

وكذلك الإتفاق الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه وفقا للمادة 556 من القانون المدني الجزائري، أو الإتفاق الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يتعمد البائع إخفاء معيب في المبيع غشا منه المادة 384 قانون المدني الجزائري<sup>1</sup>، وكان العقد قابلا للتقسيم فيستبعد الشرط المعدل ويحتفظ بباقي العقد .

<sup>1</sup>علي فيلاي: النظرية العامة للعقد، ص355.

## الفرع الثاني

## البطلان الجزئي للشرط المعدل للمسؤولية العقدية

وإذا كنا أمام تجزئة للعقد المتضمن شرطاً باطلاً أو مقترن بشرط مخالف للنظام العام والآداب العامة، فيجب أن يتضمن الجزء المتبقي الصحيح من العقد الأركان اللازمة لوجوده، أي يجب أن لا يؤدي قطع بعض الأجزاء من آثار العقد إلى تغيير في وصفه القانوني أي أن لا يؤدي إلى تغيير في نوعه وطبيعته.

وعليه فإنه عند تعرض الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية للبطلان في العقد، نكون بصدد فرضيتين، أولهما أن الاتفاق المعدل للمسؤولية يكون بطلانه بطلاناً جزئياً أي يمكن إعمال فكرة الإنقاص في هذا الاتفاق نفسه وليس إعمال الإنقاص مع كامل العقد فينظر هنا لإتجاه إرادة الطرفين عند وضع الاتفاق المعدل المعفي للمسؤولية العقدية، كما لو نص الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تضم الأضرار الجسدية والمادية معاً أو أن يكون الإعفاء من كل مسؤولية تنشأ عن العقد، ففي هذه الحالة الأخيرة مثلاً جاء الاتفاق على الإعفاء عاماً أي يشمل الخطأ اليسير والخطأ التافه والخطأ الجسيم والخطأ العمدي ففي هذه الفرضية يمكن إستبعاد ما يبطل و يتم الإحتفاظ بالباقي الصحيح من التصرفات القانونية، لذلك البطلان في هذه الحالة يجب أن يقتصر على آثار الاتفاق في حدود المسؤولية الناتجة عن الخطئين الجسيم و العمد فقط.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أبو الليل إبراهيم الدسوقي: (مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 2، سنة 1987،

أما الفرضية الثانية فتكون في حالة بطلان الإتفاق الكلي ونسبية أثره بالنسبة للعقد كاملا أي أعمال نظرية إنقاص العقد في شقه الباطل ومن ثم لا يستطيع أحد الطرفين التمسك بهذا الإتفاق المعدل للمسؤولية والإحتجاج به إتجاه المتعاقد الآخر ويبقى العقد صحيحا ولكن دون إقترانه بالإتفاق<sup>1</sup>، مادامت إرادة المتعاقدين إتجهت إلى الإحتفاظ بكيان العقد الأول كما سبق بيانه في الفرع الأول.

وأخيرا فإن الهدف من مبدأ إنقاص العقد هو الحفاظ على استقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين، وقد أقر المشرع الجزائري في بعض الحالات بإلزامية إنقاص العقد بقوة القانون دون النظر لمدى توفر شروط إنقاص العقد أم لا، وبصرف النظر عما تتجه إليه إرادة المتعاقدين وقد نصت المادة 110 من القانون المدني: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الإتفاقات أو يعفي الطرف المذعن منها..."<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق ، ص 444.

<sup>2</sup> علي فيلاي : النظرية العامة للعقد ، ص 356.

## المطلب الثاني

## مبدأ الجمع بين المسؤوليتين

يكون الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بأن يتحصل الدائن على تعويضين الأول ذو مصدر عقدي والثاني ذو مصدر تقصيري متى توافرت شروطهما في قضية واحدة، فيكون الجمع عن طريق دعويين متتاليتين عندما يستند المضرور للمسؤولية العقدية في طلبه للتعويض في مرحلة أولى ، ثم يستند في طلبه للتعويض بالمسؤولية التقصيرية بواسطة دعوى ثانية ، وقد يكون الجمع بينهما في دعوى واحدة وفقا لما هو أصح للمضرور من أحكام المسؤوليتين، فيجمع بين المسؤوليتين عندما يدعي مثلا بأحكام المسؤولية العقدية بالنسبة للإثبات، حيث يكون إثبات عدم تنفيذ العقد كافيا لقيام المسؤولية ويدفع بأحكام المسؤولية التقصيرية الخاصة بمقدار التعويض حتى يتهرب الدائن من تطبيق الإتفاق المحدد للمسؤولية العقدية للمدين أو المعفي منها الوارد في العقد<sup>1</sup>، ففي عقد النقل مثلا يمكن للمضرور وفقا لمبدأ الجمع بين المسؤوليتين بأن يستند إلى المسؤولية العقدية التي تقتضي بوجوب التزام الناقل بضمان سلامة الركاب ، وذلك حتى يخفف عن كاهله عبء الإثبات ، ويستند من ناحية ثانية على المسؤولية التقصيرية عند مطالبته بالتعويض لكي يتحصل على تعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، أو يتمسك بالتضامن بين المدينين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> علي فيلالي: الفعل المستحق للتعويض ، ص 28 ، 29.

<sup>2</sup> أبو السعود رمضان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ، (د ط)، سنة 2002 ، ص 322-323.

ونظرا لأن للتعويض وظيفته إصلاحية تكمن في جبر الضرر بشكل يحقق التوازن بين الذم المالية، على نحو يعيد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار و الذي يقوم بهذه الوظيفة هو تقدير التعويض بقدر الضرر لا زيادة عليه ولا نقصان منه لأن هذا الوضع يؤدي إلى الإثراء بلا سبب<sup>1</sup>، إذ أن المضرور يحصل على تعويضين من أجل ضرر واحد.

فإن الإتجاه الغالب في كل من الفقه والقضاء هو عدم الأخذ بفكرة الجمع بين المسؤوليتين أصلا لمجافاتها لأصول العدل والمنطق<sup>2</sup>، فعدم جواز الجمع هنا راجع إلى أننا نكون في إطار مزيج و خلط بين قواعد المسؤوليتين لتظهر أمامنا دعوى غريبة لا يعرفها القانون<sup>3</sup>.

ومن مثال عدم حواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في القضاء الجزائري ما جاء في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 34000 بتاريخ 1984/11/07 حيث نص

<sup>1</sup> ويقصد بالإثراء بلا سبب، أن كل من نال أو أضرى من عمل الغير أو من شيء له منفعة، ولو بحسن نية ودون سبب قانوني فإنه يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أضرى به، وفي حدود ما لحقه من خسارة، وإن فكرة الإثراء بلا سبب فكرة قديمة، ذات صلة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي، إذ وجدت منذ العهد الروماني، وكانت تكتسي طابعا أخلاقيا، غير أنها لم تصبح قاعدة مستقلة كمصدر من مصادر الالتزام، إلا بعد عدة تطبيقات غير متصلة الأجزاء، فقد أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 141 ق.م. لكي يتحقق الإثراء بلا سبب، وينشأ عنه الحق في الدعوى لصالح المفتقر الذي وقع الإثراء على حسابه، للمطالبة بالتعويض، أن يحصل إثراء أي أن تحصل زيادة في الذمة المالية لشخص معين، مقابل افتقار أو انتقاص في الذمة المالية لشخص آخر وقع الإثراء على حسابه، إلى جانب أن ينعدم السبب القانوني لهذا الإثراء، والذي يجعله مبررا كالعقد، أو حكم من أحكام القانون فيصبح بذلك الشخص الأول مدينا (مدعى عليه) والثاني دائنا (مدعى).

<sup>2</sup> عبد القادر العرعاري: مصادر الإلتزامات، المسؤولية المدنية دار الأمان، الرباط، المغرب، ط3، سنة 2011، ص

.22

<sup>3</sup> علي فيلالي: الفعل المستحق للتعويض، ص29.

على مايلي: "لقد أجاز القانون للطرف الذي وقع له ضرر من جنحة، الخيار فقضت به المحكمة العليا رفع دعواه أماما المحكمة الجزائية أو المدنية.

غير أن ذلك السلوك لا يقبل الجمع من حيث التعويض الذي يمنحه القاضي الجزائي دون الاحتفاظ للضحية بحقه في إعادة النظر فيه ومن ثم المطالبة بتعويض إضافي والجهة القضائية التي منحت بعد ذلك تعويضا ثانيا تكون قد خرقت مقتضيات المادة 131 من القانون المدني<sup>1</sup> التي تقضي بغير ذلك واصطدام قررها مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه الذي حازه الحكم الجزائي عند منحه تعويضا إجماليا دون أي تحفظ وصيرورته نهائي ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه".<sup>2</sup>

### المطلب الثالث

#### مبدأ الخيار بين المسؤوليتين

إذا كان الاتفاق قد حصل بشأن عدم جواز مبدأ الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في أي صورة كان عليها هذا الجمع، فهل يحق للمضرور إذا أن يختار بينهما على الأقل عندما تحقق في القضية الواحدة الفعل الموجب لهما معا أم يتعين عليه التقيد بمقتضيات الدعوى العقدية باعتبارها هي الأصل في هذا الميدان لأنها تستند إلى العقد الذي حصل الإخلال به وبما يحتويه من إتفاقات تعدل من المسؤولية العقدية فيه وإستبعاد المسؤولية التقصيرية.

ولإشارة أن أهمية هذا الخيار لا تظهر في الواقع إلا في الحالات التي تكون فيها دعوى المسؤولية العقدية قد سقطت بالتقادم أو لأن الدائن لم يتقيد بالإجراءات الإنذار

<sup>1</sup> تنص المادة 131 من القانون المدني: "يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام

المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقرر مدى التعويض بصفة نهائية، فله ن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير."

<sup>2</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد الأول، سنة 1989 ، ص 55 ، 56 .

اللازمة لوضع المدین فی حاله تماطل قانونی، أو لوجود شرط من شروط الضمان أو التخفیف فی المسؤولية<sup>1</sup>. ولقد قام خلاف فقهي حول مدى جواز أو عدم جواز مبدأ الخيار بین المسؤولیتین فقد أجازہ بعض الفقهاء فیما رفضه البعض الآخر وهذا ما سنعرضه فیما یلی.

## الفرع الأول

### أنصار مبدأ الخيار بین المسؤولیتین<sup>2</sup>.

یرى أصحاب هذا الرأی أنه لا یوجد مانع فی تنقل المضرور بین الدعوتین العقدية والتقصيرية علی أن لا یكون القصد من ذلك الجمع بین التعویضین من أجل ضرر واحد فیرون أن هناك نوع من التكامل بین المسؤولیتین، بإعتبار المسؤولية التقصيرية لها علاقة بالنظام العام لذلك فهي تتضمن الحدود الدنيا اللازمة لحماية حقوق المضرور وليس هناك ما یمنع هذا الأخير من ممارسة الدعوى التقصيرية متى كانت مصلحته فی ذلك بشرط أن تتوافر فی الفعل الواحد عناصر المسؤولیتین العقدية والتقصيرية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمود جمال الدین محمود جمال الدین زکی:مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة 1990 ج، 1، ص 469.

<sup>2</sup> من أنصار هذا الإتجاه : محمود جمال الدین زکی، المرجع السابق، ص 507، (: الخيرة بین المسؤولیتین التقصيرية والعقدية وارتباطها بتطور القضاء الغربي)،المجلة المغربية للقانون والسیاسة والإقتصاد، العدد 13، 14، سنة 1983 ص 52.

<sup>3</sup> عز الدین الدیناصوري وعبد الحمید الشواربي : المسؤولية المدنية فی ضوء الفقه والقانون ط1، 1988، ص 17.

وينطلق هؤلاء الأنصار من فكرة ضرورة حماية الطرف الضعيف وهو المضرور وذلك بمنحه أكثر الحظوظ لإستحقاق التعويض<sup>1</sup>، خصوصا في الحالات التي يظهر له فيها بأن أحد الدعوتين قد سقطت بالتقادم أو أن حجم التعويض المستحق فيها ضئيل.<sup>2</sup>

وعليه إذا قام المضرور برفع دعوى على أساس المسؤولية التقصيرية عن إخلاله بالتزام عقدي نتج عنه ضرر يدخل في قواعد المسؤولية التقصيرية فإنه لا يكون من حق القاضي أن يرد الدعوى لتعلقها بالمسؤولية العقدية لا بالمسؤولية التقصيرية، لأن هذا ليس من اختصاصه طالما أن شروط المسؤولية التقصيرية قائمة في الدعوى. فيكون للمضرور إذا الحق في أن يختار بين أحكام المسؤوليتين العقدية وبين التقصيرية، ومن ثم فله الإختيار بأن يتمسك بالمسؤولية التي تتفق مع مصلحته.<sup>3</sup>

ومن أمثلة ذلك في القضاء الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في أن شركة السكك الحديدية قد تعاقدت على تأجير مخزن يقع في إحدى المحطات التابعة لها من أجل تخزين بعض البضائع فيه، واشترطت في العقد أن يتحمل المستأجر المخاطر التي تتعرض لها البضائع وحدث أن شب حريق في مستودع إحدى العربات التي تملكها الشركة المؤجرة، ونتج عنه إنتقال الحريق إلى المستودع المؤجر، مما أدى إلى تضرر البضاعة المخزنة فيه، فقضت محكمة الإستئناف-رغم الشرط- بأن تقوم الشركة المؤجرة بالتعويض دون أن تثبت الخطأ الجسيم في حقها لنفي الشرط وفقا للمسؤولية

<sup>1</sup> يعد مدى التعويض: بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية من أهم الفوارق حيث يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الأضرار المتوقعة، فيما يمتد ليشمل الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية، وعليه فالأفضل للمضرور أن يستند في مطالبته بالتعويض إلى المسؤولية التقصيرية.

<sup>2</sup> عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 25.

<sup>3</sup> علي فيلاللي: الفعل المستحق للتعويض، ص 30.

العقدية. وطقن في الحكم ،حيث قررت محكمة النقض الفرنسية تأييده مستندة في ذلك إلى أن شرط الإعفاء يكون باطلا في مجال المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### أنصار رفض مبدأ الخيار بين المسؤوليتين<sup>2</sup>

فيما يذهب الرأي الغالب في ميدان الفقه إلى رفض فكرة الخيار بين المسؤوليتين وحثهم في ذلك أن لكل من المسؤولية العقدية والتقصيرية مجال خاص بها، بحيث لا يمكن الإحتكام إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في ضرر ناتج عن إخلال بالالتزام ذا طابع عقدي.<sup>3</sup> وقد استندوا لذلك إلى عدد الفوارق التي تميز المسؤوليتين عن بعضهما<sup>4</sup>، إذا

<sup>1</sup> صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص 293 ؛ Cass.com .19.juin 1970.J.C.P.1970.11.16.514

<sup>2</sup> من بين هؤلاء الرافضين لمبدأ الخيار: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 858، فقرة 515، توفيق حسن فرج : النظرية العامة للإلتزام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، (دط)، سنة 1988 ص 366.

<sup>3</sup> سليمان مرقس : : المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق ، ص 75.

<sup>4</sup> الفوارق بين المسؤوليتين:

أولا :فيما يتعلق بالأهلية :تتشرط المسؤولية العقدية أهلية التمييز، في حين لا تشترط المسؤولية التقصيرية، أهلية التمييز في بعض القوانين.

ثانيا :الإثبات :يتحمل الدائن إثبات وجود العقد، فيما يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالالتزامه العقدي، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن يتحمل عبء الإثبات بشكل كامل .

ثالثا :من حيث مدى التعويض :يقصر التعويض في المسؤولية العقدية على الأضرار المتوقعة،فيما يمتد ليشمل الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية.

رابعا :من حيث الاعذار، ففي المسؤولية التقصيرية لا يلزم الاعذار، بينما يلزم في المسؤولية العقدية ما لم ينص على غير ذلك.

خامسا:من حيث التضامن بين المدينين :لا يقوم التضامن في المسؤولية العقدية إلا بالاتفاق أو بنص القانون، فيما يقوم التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية دوما.

سادسا :من حيث التقادم :مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية هي ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف الفعل الموجب لها، على أن لا تزيد المدة على خمسة عشر عاما ،وفي حين أن التقادم في المسؤولية العقدية- كقاعدة عامة -خمس عشرة سنة.

لو كان قصد المشرع هو إتاحة الفرصة للمضرور لممارسة هذا الخيار لما كان هناك من داع للإبقاء على هذه الفوارق ولتم الإكتفاء بقواعد مشتركة تنظم كلا من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على حد سواء<sup>1</sup>.

وإنطلاقاً مما سبق فإن هؤلاء الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي يستندون إلى مبدأ سلطان الإرادة، فيعتبرون أن إبعاد المسؤولية التقصيرية يرجع إلى إتفاق ضمني يفترض فيه أن المتعاقدين عند إبرامهما للعقد قد تنازلاً عن الإحتكام لقواعد المسؤولية التقصيرية، ليجعلا العقد قانونهما في قيام المسؤولية<sup>2</sup>، ومن ثم فإن إحترام القوة الإلزامية للعقد تقتضي منع الخيرة والإلتزام بالمسؤولية العقدية.

### الفرع الثالث

#### أثر مبدأ الخيار على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية

ومن خلال ما سبق فإننا عند إعمال مبدأ الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية خاصة عند تضمن العقد المبرم بين الطرفين إتفاقات تقضي بتعديل قواعد المسؤولية العقدية بالخصوص المعفية منها أو المخففة، فإذا فرضنا بصحة الخيرة بين المسؤوليتين ترتب على ذلك عدم فعالية هاته الإتفاقات خاصة شرط الإعفاء فيصبح في كثير من الأحيان مجرد لغو، لكون الدائن بإستطاعته أن يتبع أحكام المسؤولية التقصيرية بدلاً من المسؤولية العقدية، وبذلك يتفادى آثار شرط الإعفاء ذلك أن القاعدة العامة تقضي بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء في المسؤولية التقصيرية، وبالتالي يترتب على

=سابعاً: من حيث درجة الخطأ: يكون الخطأ في المسؤولية العقدية إما إخلال بالتزام بتحقيق نتيجة، أو إخلال بالتزام ببذل عناية، أما في التقصيرية، فهو دوماً إخلال ببذل عناية.

ثامناً: إتفاقات الإعفاء من المسؤولية: هي جائزة، كأصل عام، في المسؤولية العقدية، في حين أنها غير جائزة في التقصيرية.

<sup>1</sup> عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص24.

<sup>2</sup> محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية، ج1، ص481-482.

اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية بطلان الإتفاقات المعفية<sup>1</sup> والإتفاقات الأخرى للعقد.

وعليه فإن الرأي الراجح هو الرأي الراض لفكرة جواز الخيرة بين المسؤوليتين، فلا يجوز الإحتكام في دعوى التعويض لقواعد المسؤولية التقصيرية في حين أن الرابطة التي تجمع بين المتضرر و المسؤول عن الضرر هي رابطة عقدية، فلو فرضنا بجواز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام المسؤولية العقدية إعتبر ذلك إخلالا بالقوة الملزمة للعقد فينتج عنه إهدار لما تضمنه العقد من إتفاقات متعلقة بالمسؤولية خاصة المعفية أو المخففة من أثرها، مالم يكن الضرر الذي لحق بالمتعاقدين المضرور كان نتيجة فعل إرتكبه المتعاقد الآخر يعد جريمة، فيدخل فعله ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد .

<sup>1</sup> وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية الموقرة "؛ إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى أن مسؤولية الشركة المؤجرة مسؤولية تقصيرية، وكانت الفقرة الأخيرة من المادة 217 مدني صريحة في بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية، فإن دفاع الشركة المؤسس على إعفائها من هذه المسؤولية يكون مرفوضًا حتماً". نقض 29 / 1967/10 س 18 ص 1560، نقلا عن: احمد سليم فريز نصره، المرجع السابق، ص 128.

## المبحث الثالث

الأشخاص الذي يجوز لهم التمسك بالاتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية.

باعتبار أن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية إقتصر مفعولها بشكل خاص في إطار المسؤولية العقدية فبمجرد وضع المتعاقدين لبنود العقد وتضمينها إتفاق يعدل قواعد المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات المتضمنة فيه، فإن هذا التوجه الإرادي للطرفان في التعديل يكون نتيجته نشوء قوة ملزمة لهاته الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية والعقد ككل بين المتعاقدين. فتثور إشكاليات في هذا الصدد تمس مدى سريان العقد ككل و خاصة الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية بالنسبة للأشخاص الذين قد يشملهم العقد و كذلك الخارجين عن نطاقه ومدى إمكانية التمسك بالإحتجاج بها فضلا عن المتعاقدين الأصليين.

ومن خلال ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول لمدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية قبل أطراف العقد، أما في المطلب الثاني نرى مدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية من قبل الدائن العادي. وأخيرا في المطلب الثالث نصل لمدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية قبل الغير.

## المطلب الأول

### مدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية من قبل أطراف العقد

من المعلوم أن العقد بمجرد إستيفاء جميع أركانه وشروطه تصبح لديه القوة الملزمة<sup>1</sup> حيث يمنع القانون المساس بقدااسة العلاقة التعاقدية، فهذه الأخيرة نشأت بمضمون معين يجب أن تستمر به إلى أن تنفذ كما أريد لها أو أن تزول بسبب من الأسباب<sup>2</sup>.

فالالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي تماما فيترتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني. ولا يمكن للمدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة إلا برضاء الدائن أو جماعة الدائنين كأطراف متعاقد معها، وهذا الالتزام لا يلزم المتعاقدين فحسب بل يحظر على القاضي والمشرع التدخل والمساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> إن القوة الملزمة للعقد مبدأ عالمي ويعني هذا المبدأ أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، وجب على أطرافه أن ، ينفذوه كما لو كان قانونا، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده، دون رضاء المتعاقد الآخر ، فالقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد، وتقرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. أي أن العقد ملزم لأطرافه ، فكل ما اتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة ، ومن ثم تصبح واجبة التنفيذ ويمنع المساس إ نقضا أو تعديلا ، والإلزامية المقترنة ذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين ، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار .

<sup>2</sup> عابد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، محاولة نظرية في قانون الإلتزامات المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، (دط)، سنة 2005 ، ص 21 .

<sup>3</sup> علاق عبد القادر : أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر، سنة 2007 ص 13.

إن ما يشتمل عليه العقد من اتفاقات وشروط بما فيها اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية تخضع بدورها وبالتبعية للعقد ككل إلى مبدأ قانوني ألا وهو مبدأ نسبية العقد من حيث أثاره والذي معناه أن العقد لا ينصرف أثاره إلا للمتعاقدين، فالإلتزامات والحقوق التي تتولد عنه تقتصر على المتعاقدين دون غيرهما<sup>1</sup>.

فكما للعقد قوة ملزمة من حيث موضوعه تتمثل في الإلتزامات والحقوق التي يرتبها العقد فإن له قوة ملزمة أيضا من حيث أشخاصه ، وبالتالي وبحسب ما سبق نجد أن المتعاقدين الذين أرادوا التغيير من قواعد المسؤولية التي يرتبها العقد سواء بالإعفاء منها أو تغيير درجتها فهم المعنيون بالدرجة الأولى بالتمسك بالاحتجاج بها عند تحقق أسبابها، فنجد الدائن يحتج بالإتفاق المعدل للمسؤولية في حالة التشديد منها كون ذلك يصب في مصلحته ولما سيعود عليه من عوض، في حين نجد أن من يحتج بالإتفاق المعفي و المخفف من المسؤولية هو الطرف المدين لقيام مصلحته في ذلك.

وبالنظر لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> التي جاء فيها بأن : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون". وكذلك نص المادة 107 الفقرة الأولى من القانون ذاته على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..."، فليس المقصود بكلمة "المتعاقدين" إقتصاره عليهما فحسب ، بل هو يتسع ليشملهما هما ومن يمثلانه في التعاقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلاي : نظرية العامة للعقد ، ص 51.

<sup>2</sup> تقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري، والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ج2، ص 680.

فالمتعاقدين إذا تعاقدوا إنصرف أثر العقد إليهما أساسا، وانصرف كذلك إلى الخلف العام بحسب المادة 108 من قانون المدني الجزائري، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص 109 من قانون المدني والجزائري.<sup>1</sup>

## الفرع الأول

### مدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية من قبل الخلف العام

لقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 108 من قانون المدني التي جاء فيها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..."<sup>2</sup>.

فالخلف العام هو " من يخلف الشخص في كل حقوقه أي من تعم خلافته له في جميع الحقوق أو خلفه فيها مع غيره بنسبة معينة"<sup>3</sup>، ونفس الشيء بالنسبة للإلتزامات وذلك مع مراعاة أحكام الميراث، و الخلافة العامة تكون بسبب عام وهي لاتقوم إلا بعد الموت وتتحقق بطريقة الميراث أو الوصية عملا بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، فإنه لا تنتقل أموال المورث إلى الورثة إلا بعد الوفاء بديونه<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> علي علي سليمان : مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر،(دط)،سنة 2006 ص 86.

<sup>2</sup> يقابلها في القوانين الأخرى :145 من القانون المصري- 2/142 من القانون العراقي - 206 من القانون الأردني  
<sup>3</sup> محمد صبري السعدي :التصرف القانوني العقد،ج1ص 339.

<sup>4</sup>تنص المادة 180 ف 1 من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ،الجريدة الرسمية عدد 15،سنة 2005.أنه :

"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

\*مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

\*الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

\*الوصية. "

وهذا وفقا لما جاء في المواد 774 من القانون المدني الجزائري و 180 و 185 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

ويترتب على إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد ، فالخلف العام يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد نشأ صحيحا وخلصت له قوته الملزمة، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله لكي يكون التصرف حجة للخلف أو عليه<sup>2</sup>.

وبهذا تظل عقود السلف قائمة اتجاه الخلف العام بنفس الوجه الذي يتقيد به السلف فمثلا لو كان العقد المبرم من طرف السلف صوريا فإن الخلف العام يتمسك بالعقد المراد إحدائه أي المستور الذي يعكس الإرادة الحقيقية حسب المادة 199 من القانون المدني جزائري التي جاء فيها: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ،فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي " .

وتنقل للخلف العام أيضا الدعاوي والدفعات التي كانت مقررة للسلف في حدود الآجال التي حددها القانون كما ينقل له الحق في ممارسة الخيارات العقدية القانونية التي كانت ثابتة قانونا للسلف<sup>3</sup>.

ف نجد أن قرار المحكمة العليا من الغرفة المدنية في ملف رقم 584684 بتاريخ 2010/07/22 التي جاء فيها : "أن الورثة يحلون محل المورث في جميع حقوقه ومن ثم تنتقل بوفاة البائع إلى الخلف العام دعوى الغبن بإعتبارها دعوى مالية لا تنقضي بوفاة

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ج2، ص 680.

<sup>2</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم: نطاق مبدأ نسبية أثر العقد ، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر (د ط) ، سنة 2007، ص 32.

<sup>3</sup> احمد شوقي محمد عبد الرحمان النظرية العامة للإلتزام ،المصادر الإرادية وغير الإرادية (العقد ،الإرادة المنفردة،المسؤولية المدنية ،الإثراء بلا سبب) منشأة المعارف ،الإسكندرية مصر،(دط)سنة 2008، ص 107.

الشخص بل تنتقل إلى ورثته وعلى هذا فإن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى رفض دعوى الطاعنين على أساس أن هذه الدعوى لا تنتقل إلى الخلف العام قد أخطأوا في تطبيق المادة 358 من القانون المدني مما يعرض قرارهم للنقض<sup>1</sup>.

إن جواز إمتداد الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي تدخل ضمن كامل العقد و انصراف أثارها إلى الخلف العام الذي حل محل سلفه، لم يكن بصورة مطلقة فقد وضع لها الفقه والقانون قيودا فقد جاءت تكملة المادة 108 السابقة من القانون المدني على أنه: "...مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث."

وبالتالي ومن خلال نص المادة نجد أن هنالك قيدين قانونيين وضعهما المشرع لذلك وهو كالآتي:

**- القيد الأول :** إذا كانت طبيعة التعامل في العقد لاتسمح منطقيا بأن ينصرف أثره للخلف العام وهذا هو وضع الإيراد مدى الحياة حيث نصت المادة 613 من القانون المدني على أنه: "يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض..."، كما أن حق النفقة حق شخصي غير قابل للانتقال، كما أنه إذا كانت مكانة السلف في العقد تقوم على إعتبار شخصي أي أنه لايمكن الوفاء بالإلتزام الذي على عاتقه إلا بكفائته كالمهندس أو الرسام الذي ألزم برسم الشخص الذي تعاقد معه لشهرته فلا يتصور أن يحل خلفه العام مقامه في الرسم وكذلك المحامي و المهندس<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد أ، سنة 2011، ص 105.

<sup>2</sup>علي فيلاي: النظرية العامة للعقد، ص 402.

-**القيد الثاني:** إذا كان هناك نص من القانون يقضي فيه المشرع بعدم جواز إنصراف أثر العقد و بما يحتويه من شرط معدل للمسؤولية إلى الخلف العام نذكر منها عقد الوكالة التي تنتهي بموت الموكل أو الوكيل حسب المادة 586 من القانون المدني جزائري، كذلك في عقد الشركة خاصة منها شركة التضامن التي تنقضي بوفاة أحد الشركاء وذلك ماجاءت به المادة 439 من القانون المدني جزائري.

\*فضلا على القيدين القانونيين السابقين، فإن هناك قيد يأتي بالاتفاق بين طرفي العقد على عدم انصراف الحقوق و الإلتزامات المترتبة عنه وبما في ذلك الإتفاقات التي تهدف لتعدل المسؤولية العقدية إلى الخلف العام وهذا لا يتعارض مع القواعد العامة التي تعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين فعلى سبيل المثال إذا اتفق المؤجر على إنهاء عقد الإيجار عند وفاة أحدهما ينقضي هنا العقد دون انتقال الأثر إلى الخلف العام فقاعدة انتقال الأثر إلى الخلف العام قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وفي كل هذه القيود سواءا كانت بنص القانون أو وفقا للقيود الإتفاقية فإن الخلف العام لا تنصرف إليه آثار العقد كليا والإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية خصوصا فإنه رغم ذلك يبقى يحتفظ بصفته كخلف عام، إلا أن هناك حالة يخرج فيها الخلف العام من صفته ويتم إعتبره من الغير<sup>1</sup>، و هذه الحالة نجدها عندما يتلقى الخلف العام حقوقا من السلف مباشرة وليس عن طريق الميراث، رغم أن القانون يبيح للمورث في حياته التصرف في جميع أمواله بعوض أو بالتبرع حتى ولو أضر بالورثة ولتعمد ذلك، إلا أنه إذا تصرف في ماله لما بعد الموت بطريق الوصية فيكون في ذلك تحكم في حظوظ ورثته بطريقة منافية للنظام العام ولأحكام الشريعة الإسلامية في الميراث<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: التصرف القانوني العقد، ج1، ص 342.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص544.

فتصرف المورث في مرض الموت في ماله لوارث عما يزيد عن الثلث لا ينصرف إلى باقي الورثة، وقد عالج ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 408 من القانون المدني على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

وكذلك الحال بالنسبة لتصرف الوارث إلى أحد ورثته بعين يملكها، مع الاحتفاظ بحياته للعين وبحقه في الانتفاع بها طوال حياته، وهو ماجاءت به المادة 777 من القانون المدني الجزائري، و تعد هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها فمن يتمسك بها من الورثة الآخرين لا يلزم بإثبات إدعائه، بل يقع عبء إثبات انتفاء نية الإيضاء على عاتق الوارث المتصرف إليه من السلف، ففي هذه الحالة لا بد من أن يكون تصرف السلف في شيء يملكه إلى أحد ورثته وذلك يكون بدون مقابل<sup>1</sup>.

ففي هاتين الحالتين تكون التصرفات القانونية الصادرة من السلف في حكم الوصية، واعتبر الوارث المستفيد منها من الغير فيما يتجاوز (1/3)، وعليه فإذا باع السلف حال كونه في مرض الموت، عينا تزيد قيمتها على ثلث التركة لأحد ورثته أو لأجنبي عنه فإن الوارث يعتبر غيرا بالنسبة لهذا البيع، ولا يكون من ثم نافذا في مواجهته فيما يزيد عن ثلث التركة إلا إذا أجازها باقي الورثة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا ملف رقم 139123 بتاريخ 07/09/1996 على أنه: "...ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد إستغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد إستثنى العقد المذكور أثناء القسمة دون أن تبين في حيثياته حالة

<sup>1</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 108، 109.

المرض الذي أثاره الطاعنون، فإنه إستوجب النقص"<sup>1</sup>، فتطبيقاً لذلك فإن البيع الصادر من المريض مرض الموت يعتبر هبة مستترة<sup>2</sup>.

ومما تقدم فإن الإستثناءات السابقة الذكر التي حافظ فيها الخلف العام على صفته كخلف للسلف أو أعتبر في حكم الغير ففي كليهما لا ينصرف إليه أثر العقد و لا يمكنه الإحتجاج بالإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي تصبح لا تعنيه على خلاف ما إذا خرج عن هذه الإستثناءات القانونية والإتفاقية وبقي في حكم الخلف فتسري عليه الحقوق والإلتزامات والإتفاقات الواردة في العقد الذي أبرمه السلف بصورته الحقيقية وليست الصورية<sup>3</sup>، بما فيها من إتفاقات معدلة للمسؤولية مادامت تمس الذمة المالية للسلف وخرجت عن إعتباره الشخصي .

<sup>1</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 1996، ص 80 .

<sup>2</sup> احمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 110.

<sup>3</sup> **العقد الصوري** هو عقد ظاهر يخفي عقد حقيقي مستتر، وتميل به عن النية والقصد ، أو هي اصطناع مظهر كاذب لإخفاء تصرف حقيقي . فقد يلجأ المتعاقدان إلى إخفاء حقيقة تصرف قانوني تم إبرامه بهدف الاحتيال على أحكام القانون ، مثل إخفاء الهبة تحت ستار البيع ، كأن يهب شخص عقاراً لشخص ثاني ، و يتظاهر في السجل العقاري أنه باعه إياه ( عقد بيع ) ليتخلص من رسوم الهبة ، فالتصرف الظاهر "عقد البيع" يكون صورياً ، أما التصرف المستتر "عقد الهبة" فيكون حقيقياً . والصورية قد تتم بقصد الاحتيال على أحكام القانون ، و قد تتم بقصد الإضرار بالداثنين .

## الفرع الثاني

## مدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية من قبل الخلف الخاص

باعتبار ان الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية تدخل ضمن الإطار العام للعقد فهي تنصرف معه إلى الخلف الخاص ،وعليه فمن التعريفات التي وردت عن الخلف الخاص على أنه هو كل شخص يتلقى من السلف بمقابل أو بدون مقابل حقا معيناً كان قائماً في ذمته أي يكتسب حقا على شيء معين ممن يستخلفه ،سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم ذهنياً يرد على شيء غير مادي ( كحقوق المؤلف ، و المخترع ، وصاحب العلامة التجارية والرسم و النموذج الصناعي ) ، فإذا أبرم السلف عقداً وكان متعلقاً بالشيء المستخلف إنتقل ما يترتب عنه من الحقوق و الإلتزمات إلى الخلف الخاص<sup>1</sup>.

وقد أقر المشرع الجزائري بحق انتقال أثر العقد للخلف الخاص وذلك بنص المادة 109 من القانون المدني على أنه: "إذا أنشأ العقد إلتزمات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الإلتزمات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"<sup>2</sup>.

فيعتبر من قبيل الخلف الخاص مشتري الشيء إختيارياً والراسي عليه المزداد والموهوب له، والمحال له الذي ينتقل إليه حق الدائن بمقتضى حوالة حق، وعلى ذلك فإن صفة الخلف الخاص تنحصر في حدود الشيء الذي الذي تلقاه من سلفه، حيث يتقيد بعقود سلفه المتصلة بهذا الشيء ، ولا يرتبط بالتالي بالعقود الأخرى التي أبرمها سلفه

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 691.

<sup>2</sup> يقابلها في القوانين الأخرى: المادة 146 من القانون المصري والمادة 2/142 من القانون العراقي و المادة 147 من القانون السوري.

وكانت لا تتصل بهذا الشيء<sup>1</sup>، وعليه فمن الملاحظ أن أثر العقد يسري في حق الخلف الخاص مقيدا بالشيء الذي إنتقل إليه في حين نجده ينصرف إلى الخلف العام بصورة موسعة لحد ما من الأول.

وعليه ومما سبق فأحقيت الخلف الخاص في التمسك بالإحتجاج بالإتفاقات المعدلة للمسؤولية الناشئة عن عقد السلف لا تتحقق إلا بشروط ثلاث نستعرضها كآآتي:

**الشرط الأول:** أن يكون عقد السلف المتضمن الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية سابقا على إنتقال الشيء إلى الخلف ، وعليه فلا بد أن يكون للعقد الذي رتب هذه الحقوق و الواجبات والإتفاقات أسبقية زمنية على كسب الخلف الخاص لملكية الشيء محل الإستخلاف، فإذا كان بعد ذلك التاريخ فلا شأن للخلف الخاص بهذا العقد ولو تعلق بالشيء المنتقل إليه فمثلا إذا قام البائع بعد بيع المنزل للمشتري برهنه أو تأجيره متضمنا شرط معفي من المسؤولية أو مخففا منها فهنا لا أثر لهذا التصرف على المشتري الأول كون البائع هنا تصرف في غير ما يملك.

**الشرط الثاني:** أن تكون الحقوق والإلتزمات من مستلزمات الشيء المنتقل للخلف فيجب أن يكون العقد وثيق الصلة بالشيء المستخلف فيه، بأن تكون الحقوق والإلتزمات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي إنتقل إلى الخلف الخاص ، وتعتبر كذلك إذا كانت مكملة للإنتفاع به أو كانت تنقص من هذه القيمة، بحيث تحد من حرية إستعمالها<sup>2</sup> فتكون الحقوق من مستلزمات الشيء بإعتبارها مكملة له أي لا يمكن فصلها عنه وإلا كانت بلا معنى فمثلا حق الإرتفاق المقرر على العين التي إنتقلت للخلف الخاص فهو لمصلحة الشيء نفسه .

<sup>1</sup> احمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 114.

<sup>2</sup> فريدة زواوي : مبدأ نسبية العقد في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، سنة 1992 ص 42.

وتكون الإلتزامات أيضا من مستلزمات الشيء إذا كانت تحد من الإنتفاع به أو تقيد سلطات المالك، فهذه الإلتزامات التي تكون متصلة بالشيء لا بالمتعاقدين كالحقوق العينية المقررة على الشيء فهي تتبعه لا تتبع المتعاقد<sup>1</sup>، مثال ذلك انتقال الدار إلى المشتري محملة بحق المرتهن أو بحق المستأجر، وكالإلتزام صاحب المحل التجاري بعدم المنافسة في سلعة معينة<sup>2</sup>، وفي جميع الأحوال فإن القاضي هو الذي يتولى تكييف هذه الحقوق و الإلتزامات ويقرر ما إذا كانت من مستلزمات الشيء أو أنها ليست كذلك مالم يرد نص صريح يقضي بذلك كما هو الحال في المواد 243 و 476 و 921 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>.

**الشرط الثالث: علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والإلتزامات التي هي من مستلزمات الشيء،** ويكون ذلك وقت إنتقال الشيء إليه بتاريخ ثابت ويجب أن يكون العلم هنا حقيقيا أي علم فعلي ليس بالعلم الحكمي أو الإفتراضي، وإلا لا ينتقل أثر العقد إليه.

وبتطبيق ماسبق على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية نجد أنه إذا تضمن عقد بيع المبرم من طرف السلف على إتفاق معفي أو مخفف من مسؤولية البائع عن ضمانه التعرض الشخصي (المادي)، وكان الخلف قد علم به وقت انتقال المبيع إليه، فلا حق له بالرجوع على البائع بدعوى تعويض، بإعتبار أن الخلف لا يستطيع بموجب العقد أن يرجع على البائع لأنه قبل بهذا الاتفاق عند علمه به ومع ذلك وافق على إتمام إبرام عقد البيع محملا بهذا الإتفاق، أما إذا لم يكن الخلف عالما بهذا الإتفاق فيكون بإستطاعته مطالبة البائع بالتعويض بصفته خلفا لكن لا يسري الإتفاق بحقه، كما يستطيع أن يرجع

<sup>1</sup> علي فيلالي: النظرية العامة للعقد، ص 406.

<sup>2</sup> نقض مدني مصري، 1951/11/22، رقم 63، ص 354؛ انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 2، ص 695.

<sup>3</sup> علي فيلالي: النظرية العامة للعقد، ص 407.

على السلف بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كون الاتفاق لا يسري في علاقته بالسلف.

نتيجة لما تم تناوله سالفا فإن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية لا يحتج بها في مواجهة الخلف الخاص ولا يحق له التمسك بها دون توفر الشروط السابقة مجتمعة وإلا كان في حكم الغير .

### المطلب الثاني

#### مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية من قبل الدائن العادي.

إن فكرة وضع الدائنون في طائفة معينة عرفت إختلافات فقهية كثيرة ، فمنهم من يرد الدائنون إلى أنهم خلف عام لأن كل منهم يتأثر بالتصرفات التي يقوم بها السلف<sup>1</sup>، ومنهم من يرى أن الدائن العادي يعتبر خلف خاص كون حقوقه ثابتة ومستحقة الوفاء ومدينه على قيد الحياة<sup>2</sup>. فالمقصود بالدائنين في هذا الشأن : "هم الدائنون العاديون الذين لا يتمتعون بأي تأمين عيني أو ضمان خاص يضمن حق التقدم أو الأفضلية في إستحقاق الدين ، فهم على قدم المساواة في استيفاء حقوقهم بالتنفيذ على أموال المدين ، فإذا لم تكفي هذه الأموال المحجوزة فإنها تقسم عليهم قسمة غرماء"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محيي سلمان : نفاذ العقد في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، سنة 2004، ص 89، وعبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزامات وفقا للقانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت، (دط)، سنة 1982، م 1، ج 1 ، ص 49.

<sup>2</sup> فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 53.

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ج 2، ص 699.

حيث جاءت في نص المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أن: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان "

وكذلك ماجاء في المادة 686 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر سنة 2008<sup>1</sup> بأنه: "إذا كانت المبالغ المالية المحجوزة كافية للوفاء بحقوق جميع الدائنين، يتم الوفاء بموجب أمر تخصيص بين الدائنين كل حسب قيمة دينه. وإذا كانت المبالغ المالية غير كافية ، يجري تقسيمها بين الدائنين قسمة غرماء."

فإن الحق في الضمان العام يكون لكل دائن يتساوى مع غيره من الدائنين في هذا الحق دون النظر لمقدار دينه، وبالتالي فإن أي دائن من الدائنين يتأثر من أي تغيير يطرأ على ذمة المدين سواء كان في الجانب الإيجابي بزيادة الحقوق أو في الجانب السلبي وذلك بزيادة الديون ،وبدلاً أن يتصرف المدين في ماله يقوم بإبرام عقود جديدة تزيد فيها التزاماته فتزداد ديونه ويكثر دائنوه<sup>2</sup>، فيتأثر الدائن بالتصرفات القانونية التي يبرمها المدين ولكن تأثره هذا لا يكون بطريقة مباشرة إنما بشكل غير مباشر ،فهو يستفيد من إكتساب المدين حقا و يضر من تحمله إلتزاما في حين أنه لا يكتسب من تصرف المدين حقا ولا يتحمل إلتزاما.<sup>3</sup>

فالأمر بالنسبة للدائن العادي هو مسألة إحتجاجة بالعقد وليست مسألة خلافته ، ولهذا لا بد من عدم الخلط بين الأثر الملزم للعقد والذي يقصد به اكتساب الحق أو تحمل

<sup>1</sup> قانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> سليمان بن الشريف : (التفاعل بين وسائل الضمان)، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون ، العدد 35 جامعة عنابة ،الجزائر، سنة 2013 ص 207.

<sup>3</sup> Donnier M ,Voies d'exécution et procédures de distribution ,Litec , paris,France ,5

éd.1999,page322.

الإلتزام الذي أنشأه العقد، وبين الإحتجاج بالعقد الذي يقصد به أن العقد بما أنشأه من إلتزمات بين طرفيه واقعة ليس في وسع أحد أن يتجاهلها، فيكون للكافة أن يحتجوا بها كما يحتج بها عليهم<sup>1</sup>.

فالدائن العادي إذا ليس كما ذهب إليه الفقه الفرنسي خلفا عاما للمدين ، ولا يعتبر كما رأى البعض الآخر خلفا خاص له<sup>2</sup>، وهذا ماقد حسمه المشرع الجزائري من خلال ما وضعه مجموعة من الوسائل القانونية التي تهدف لحماية الدائن من جميع التصرفات التي يباشرها المدين التي تكون ضارة به وبالتالي تأثر على حقه في الضمان العام وتمثل في الدعوى الغير مباشرة وفقا للمواد 189 و190 من القانون المدني جزائري و كذلك الدعوى البوليصية بحسب المادة 191 من القانون المدني جزائري، والدعوى الصورية بحسب المادة 199 من القانون المدني جزائري وكذلك الأمر في الحق في الحبس بحسب المادة 200 من القانون المدني جزائري، وعلى إعتبار أن القاعدة العامة بعدم سريان العقد بمافيه من إتفاقات معدلة لقواعد المسؤولية العقدية في مواجهة الغير فهي تنطبق على الدائن العادي الذي كما سبق ذكره يأخذ حكم الغير فلا يسري أثر العقد بأجمله إليه.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص700.

<sup>2</sup> Cf(M)Planiol,Droit civil.T.2.N°1174; Bonnacase,la situation juridique du créancier

chirographaire,RTD Civ,1920,Page103

مشار إليه عند المرجع نفسه ص698،699.

## المطلب الثالث

## مدى التمسك بالاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية قبل الغير

من المقرر قانونا وكقاعدة عامة أن مبدأ القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص المتعاقدين ولمن يخلفهما سواءا كان خلفا عاما أو خلفا خاصا تخضع لقاعدة نسبية الأثر الملزم للعقد أي أن الحقوق و الواجبات التي يربتها العقد تصب في ذمة أطرافه التي تجمعهم رابطة قانونية ،وعليه فإن العقد لا ينصرف أثره خارج هذه الرابطة إلى الغير الأجنبي عنها<sup>1</sup>.

كما سبق بيانه أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص في حالات معينة يصبحان في حكم الغير ولا تسري إليهما آثار العقد أصلا، فالخلف العام يكون من الغير إذا ثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت بما يزيد عن الثلث، فلا يسري إليه التصرف إلا على إعتبار أنه وصي، كما يكون الخلف الخاص من الغير ولا ينصرف إليه أثر العقد إذا لم تتوفر فيه الشروط السابقة الذكر بأن لا تكون هناك أسبقية على انتقال الشيء إلى الخلف أو كان الحق في الإلتزام المترتب عن العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له.<sup>2</sup>

وعموما فقد وردت عدة تعريفات فقهيية للغير، فقد إعتبر بأنه : "هو الشخص الذي لم يشارك في إبرام العقد أي الذي لم يلتزم لا بشخصه ولا بواسطة نائب"<sup>3</sup>، كذلك عرفه آخر على أنه "هو الشخص الأجنبي تماما عن العملية العقدية و عن المتعاقدين وهذا ما يمنع

<sup>1</sup> Alain Bénabent :droit des obligations 15 éd L G D J ,paris France 2016 page 211–212.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،م1،ج1،ص554.

<sup>3</sup> فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 58.

انصراف آثار العقد إليه، وهكذا يعتبر الوكيل أو النائب من الغير لأنهما لم يتعاقدا باسمهما ولا لحسابهما، بل باشرا عملية التعاقد باسم ولحساب الموكل أو الأصيل.<sup>1</sup>

وقد أكد المشرع الجزائري هذه القاعدة بنص المادة 113 من قانون المدني على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". إن الأثر النسبي للعقد لا يعني أن الغير يمكنه تجاهل وجوده ضمن الأوضاع القانونية التي أحدثها، فيعتبر العقد هو واقعة مادية بالنسبة للغير يحتج بها لمصلحته أو ضده.<sup>2</sup>

لكن قاعدة عدم انصراف آثار العقد للغير وعدم إمكانية احتجابه به ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الاستثناءات التي يمكن احتجابه بهذا العقد وتكون في حالات معينة وهي حالة الاشتراط لمصلحة الغير، كذلك الأمر بالنسبة للدعوى المباشرة، وأخيرا عند الخطأ المشترك<sup>3</sup>، وعليه سنرى إمكانية إحتجاج الغير بالاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية الناشئ عن العقد الأصلي الذي يمكنه التمسك به في الصور السابقة الذكر أم تبقى محصورة بين أطراف العقد؟ وهذا ما سأعالجه في ما يلي.

<sup>1</sup> علي فيلالي: النظرية العامة للعقد، ص 409.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 397.

<sup>3</sup> لقد إستبعدت نظام التعهد عن الغير من الدراسة كون الإتفاقات المعدلة للمسؤولية في عقد التعهد لا تسري في حق المتعهد عنه بإعتباره من الغير، لأنه بإقرار بقبول هذا الإلتزام المتعهد به ينقضي عقد التعهد الأصلي وينشأ عقد جديد بين الغير والمتعاقد الآخر في التعهد.

## الفرع الأول

## الاشتراط لمصلحة الغير

لقد عرف نظام الاشتراط لمصلحة الغير تطوراً تاريخياً حيث كانت القوانين القديمة خاصة القانون الروماني تقر به في بعض الحالات الاستثنائية فقط ، فضلاً عن ذلك فقد تم تناول نظام الاشتراط لمصلحة الغير في قانون نابليون لسنة 1804 في المادة 1121 مدني فرنسي لكن كانت بصورة ضيقة من خلال وضع شروط تقيد صحتها، لكن القضاء الفرنسي تولى على هذه الشروط وذلك تلبية لضغط الحاجات العملية مثل التأمين على الحياة وعقد نقل البضائع ،وعليه توسع مجال الاشتراط لمصلحة الغير<sup>1</sup>.

فالمقصود إذا بالإشترط لمصلحة الغير من الناحية الفقهية بأنه عقد يشترط بموجبه أحد المتعاقدين ويسمى المشتراط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد إلتزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المنتفع، بحيث ينشأ على هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد، أيضاً فقد عرف على أنه : "عقد يتم بين شخصين هما المشتراط و الملترم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملترم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به"<sup>2</sup>.

ولقد اعتمدت جل التشريعات القانونية على الأخذ بالإشترط لمصلحة الغير ومن بينها التشريع الجزائري الذي نص عليه في المواد 116، 117، 118 من القانون المدني، حيث أورد في الفقرة الأولى من المادة 116 منه على أنه : "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزمات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزمات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية."

<sup>1</sup> فريدة زاوي ، المرجع السابق ،ص 190.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي :التصرف القانوني العقد،ج1 ،ص 354.

فالأصل العام أن العقد لا يمتد أثره إلى الغير كما سبق ذكره بما في ذلك ما يتم الاتفاق عليه من شروط وضعت أساسا لتعديل المسؤولية العقدية الناشئة عن هذا العقد بالذات وعليه فبأخذ المشرع لنظام الاشتراط لمصلحة الغير فقد اعتبره خروجاً عن هذا المبدأ السابق، بإعطاءه الحق للغير المنتفع بالإحتجاج بالعقد و امتداده إليه وبكل ما يتضمنه من بنود وشروط إتفاقية تمس المسؤولية قد كانت في الأصل من نصيب المتعاقد المشترط، لكن القانون لم يدع هذا الإستثناء مطلقاً بل أوجب لإعماله أن يتوفر على شروط معينة تخول له هذا الإستثناء وهذا فضلاً عن الإتفاقات التي يجب توافرها في كل عقد من أهلية ورضا ومحل وسبب .

#### - الشرط الأول: تعاقد المشترط باسمه وليس باسم المنتفع:

لابد للمتعاقد المشترط أن يبرم عقد الإشتراط بإسمه كما جاء في نص المادة 116 فقرة الأولى من القانون المدني السابقة الذكر على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزمات يشترطها لمصلحة الغير..". فيكون إذا المنتفع من الإشتراط أجنبياً عن هذا العقد ولو لم يكن معيناً وقت إبرام العقد مادام من الممكن أن يعين وقت انتاج هذا العقد أثره القانوني نحوه<sup>1</sup> وان هذا الشرط مانجه يميز نظام الاشتراط لمصلحة الغير عن بعض الصور القانونية كعقد النيابة و عقد الوكالة و عقد الفضالة، فيعتبر النائب بخصوص آثار العقد من الغير فلا يكتسب حقاً ولا يتحمل إلتزاماً، حيث أن النائب أو الوكيل هنا يتعاقد بإسم ولحساب الموكل أو الأصيل كونه هذا الأخير يعتبر الطرف الثاني في العقد.

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق، ج2، ص 725.

ونفس الأمر بالنسبة للفضولي فهو نائب عن رب العمل وهو الذي يقوم بعمله إذا كانت هناك ضرورة عاجلة تتطلب القيام بهذا العمل وإذا بدأ العمل وجب عليه أن يستمر فيه بحيث لا يجوز له بعدئذ الرجوع ، ويختفي الفضولي بعد إقرار صاحب العمل للعقد بحيث تربط العلاقة العقدية بين صاحب العمل و المتعاقد الذي تعاقد مع الفضولي ، في حين يبقى المشتراط طرفا في العقد بعد قبول المنتفع ، وله وحده دون غيره الحق في فسخه.<sup>1</sup>

**-الشرط الثاني:إنصراف إرادة المشتراط إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع،** فبالرغم من إنعقاد العقد المبرم بين المشتراط والمتعهد وبإسم كل منهما إلا أن الهدف الجوهرى وراء ذلك هو إنشاء حق مباشر للمنتفع ،فهذا الاخير لا يكتسب حقه المباشر من عقد بينه وبين المتعهد بل يتلقاه مباشرة من عقد المشتراط والمتعهد ، فتكمن آلية الإشتراط لمصلحة الغير بمطالبة المستفيد من المتعهد مباشرة بالإلتزام المتعهد به .<sup>2</sup>

والجدير بالذكر أن نص المادة 118 من القانون المدني الجزائري بينت صور المنتفع فقد يكن شخصا طبيعيا كما قد يكون هيئة معنوية كالجمعيات الخيرية، ويجوز أن لايعين المنتفع وقت إبرام العقد لكن لابد من وجوده عند تنفيذ العقد وترتيب آثاره لتتصرف إلى المنتفع.

**- الشرط الثالث: توافر مصلحة شخصية للمشتراط،**لابد من أن تكون للمشتراط في عقد الإشتراط لمصلحة الغير مصلحة شخصية سواءا كانت مادية كقيام المدين بالتأمين على حياته لمصلحة دائنه ليستوثق هذا الأخير من الحصول على حقه ، أم كانت

<sup>1</sup> فريدة زاوي ، المرجع السابق ، ص 190.

<sup>2</sup> علي فيلالى: النظرية العامة للعقد، ص 421.

المصلحة معنوية كتأمين الأب على حياته لمصلحة أولاده أو إشتراط الواهب على الموهوب له بأن يكون إلتزامه بدفع عوض على سبيل الصدقة لمصلحة جهة من جهات البر<sup>1</sup>.

فضلا على أنه لا بد أن تكون المصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة ويقتضى ذلك أن يكون الباعث الدافع للإشتراط مشروعاً، فيبطل الإشتراط إذا عند ثبوت عدم مشروعية الباعث كما لو أمن شخص على حياته لمصلحة سيدة بقصد إقامة علاقة غير مشروعة معها.<sup>2</sup>

وعليه فبتوفر الشروط العامة من أهلية ورضا ومحل وسبب، وشروط خاصة لإبرام عقد الإشتراط باسم المشتري ولمصلحته وإنشاء حق مباشر للمنتفع ، فيكون هنا الإشتراط لمصلحة الغير إستثناء عن مبدأ نسبية العقد فيسمح بذلك للمنتفع أن يطالب المتعهد بالوفاء بإلتزامه بطريقة مباشرة وله أن يجبره إذا إقتضى الأمر ذلك فيسري في حقه أن يتمسك بالإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية في عقد الإشتراط، مثلاً فإن الإتفاق الذي يحدد من مسؤولية ناقل الأشياء والذي يتم الإتفاق بين الناقل والمرسل يسري على المرسل إليه، لأن هذا المرسل إليه يحل محل المرسل ويكسب قيود أو دفعات كما هو معروف عن قواعد الإشتراط لمصلحة الغير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق، ج2، ص 728.

<sup>2</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 122.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 277.

والجدير بالذكر أن بعض الفقه الإنكليزي إعتبر فكرة سريان الاتفاق المعفي من المسؤولية العقدية إلى المستفيد من عقد الإشتراط من جهتهم غير جائز وذلك لعدة أسباب نذكر منها أن الاتفاق المعفي من المسؤولية العقدية لا يقرر للغير حقا مباشرا على عكس الإشتراط لمصلحة الغير ،وعليه فشرط الإعفاء بالنسبة للغير لا يعدو أن يكون مجرد مانع من تنفيذ الإلتزام الذي مصدره حقا مباشرا في عقد الإشتراط وهذا يعد تناقض، كذلك أن قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير تؤدي إلى إنشاء الحقوق في حين أن سريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير المستفيد لا يؤدي إلى إنشاء حق بل على العكس سيؤدي إلى إلغاء المطالبة القضائية المقامة ضد المشتراط عليه.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### الدعوى المباشرة

أولى المشرع الجزائري إهتماما واضحا لحق الدائن الذي قد يظلم من أفعال مدينه فقد إجتهد للتخفيف من هذا الظلم ويتجلى هذا الإجتهد في الدعوى المباشرة فقد تكون هناك صلة وإرتباط بين الدائن وحق المدين إتجاه مدين المدين ، وحينئذ ولإعتبارات معينة إرتأى المشرع أن يضع بين يدي الدائن وسيلة تكفل له الحصول على حقه مباشرة بأن يرفع دعوى بإسمه شخصا على مدين مدينه وأن ينفرد بثمرة هذا السعي دون أن يشاركه أحد من الدائنين الآخرين<sup>2</sup>. وعليه فالدعوى المباشرة "هي حق ممنوح خارج كل رابطة قانونية لدائن ضد مدين مدينه يطالبه بتنفيذ إلتزامه نحو مدينه الأصلي"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> لزرق بن عودة: وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير ،جامعة وهران ،الجزائر ،سنة 2013، ص 32.

<sup>3</sup> جمعة زمام : الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، الجزائر، سنة 1996، ص 9.

فالدعوى المباشرة تعد خروجاً حقيقياً على مبدأ نسبية العقد، فمن خلالها يمكن لأجنبي عن العقد لم يكن طرفاً فيه ولم يشارك في إبرامه أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الإلتزام الناشئ عنه لمصلحته بدل الوفاء به للمتعاقد الآخر، ويكون هذا الإلتزام باكتسابه حقاً مباشراً منه، كما أنه يعد أيضاً خروجاً عن مبدأ المساواة بين الدائنين حيث ينفرد الدائن صاحب الدعوى المباشرة بامتياز على الدين في ذمة المدين<sup>1</sup>، وهذا بخلاف الدعوى الغير مباشرة التي يرفعها الدائن باسم مدينه على مدين مدينه وعند إستقاء الإلتزام فإن الحق المقضى به يدخل في ذمة المدين لتقوية الضمان العام لجميع الدائنين دون تفضيل بينهم.

رغم أن المشرع الجزائري إعتد على الدعوى المباشرة كوسيلة قانونية وقائية لحماية حق الدائن إلا أنه لم ينص عليها في مادة معينة وإنما إكتفى بالنص عليها في نصوص قانونية بصور مبعثرة، في حين نجد في بعض القوانين الأخرى أنها منصوص عليها بنص واضح كالقانون اللبناني في المادة 277 من قانون العقود و الموجبات اللبناني<sup>2</sup> فلا يمكن إذا أن يرفع الدائن الدعوى المباشرة بعيداً عن الحالات التي نص عليها المشرع، وتتمثل هذه الحالات القانونية في الآتي:

**أولاً- المؤجر والمستأجر من الباطن:** نصت المادة 507 من القانون المدني المتعلقة بالإيجار الفرعي على أنه: "يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر. ولا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من بدل الإيجار إلى المستأجر الأصلي

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 739.

<sup>2</sup> نصت المادة 277 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932 على أنه: "... إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه إستثنائي حق إقامة الدعوى المباشرة فإن نتائجها تعود إلى المدعي دون سواه، ولا يلزمه قسم الريح بينه وبين سائر الدائنين..."

،إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار، طبقا للعرف أو للاتفاق الثابت و المبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي ".<sup>1</sup>

**ثانيا -المقاول الفرعي والعمال مع رب العمل:** ومن بين التطبيقات العملية للدعوى المباشرة نذكر المادة 565 مدني جزائري الخاصة بالمقاولة الفرعية إذ نصت على: " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى .ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل"،وقد جاء قرار من المجلس الأعلى ملف رقم 30940 بتاريخ 1983/03/16 بأنه "إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضا بدوره من الباطن، فإن المقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى مباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول طبقا للمادة 565 مدني"<sup>1</sup>.

**ثالثا -المضور مع شركة التأمين:** لقد رتب المشرع الجزائري للمضور من الحادث المؤمن منه دعوى مباشرة ضد شركة التأمين بالتعويض عما لحقه من ضرر،وهذا ما نصت عليه المادة 619 من القانون المدني على أن:"التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن."

**رابعا -رب العمل مع الفضولي:** وذلك ما تبينه المادة 154 الفقرة 2من القانون المدني على أنه:"وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه، دون إخلال بها لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب."

<sup>1</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1990، ص 15.

خامسا-الموكل ونائب الوكيل: نصت المادة 580 من القانون المدني على أنه: "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.

-أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات -ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر."

ففي هذه الحالات السابقة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحق للدائن وهو حسب الحالات السالفة المؤجر والمقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي والمضروب من حادث مؤمن عليه، و رب العمل على نائب الفضولي بالرجوع عليهم بالدعوى المباشرة بإسمه شخصيا أي بصفته أصيلا عن نفسه لا نائبا عن مدينه .

\* لكن التساؤل هنا يقوم حول تأثير الدائن المقررة لمصلحته الدعوى المباشرة بالإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية في العقد الذي يجمع مدينه ومدين مدينه خاصة في حالة الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية ؟

لقد وجدنا بعد التمعن في هذه الإشكالية تباين في الرأي، فهناك رأي يقيد الدائن المقرر الدعوى المباشرة لمصلحته بالعقد الموجود بين مدينه و مدين مدينه وبكل ما يتضمنه من إتفاقات مشددة أو مخففة من المسؤولية أوحتى المعفية منها ،فبحسب الدكتور هشام طه محمود سليم:" أن الطرف المتعاقد لا يتحمل التزامات لم ترد في بنود العقد الذي ساهم في تكوينه، ومفترض العلاقة التعاقدية لا يؤدي إلى استخدام الدعوى المباشرة في مواجهة مدين المدين خارج هذا النطاق، إذ أن العلاقة التعاقدية هي التي تحدد

الالتزامات المنبثقة عنها، فمثلا لو أن عقد المقاولة من الباطن يتضمن بندا يقضي بإعفاء المقاول من الباطن من مسؤوليته أو التخفيف منها نحو المقاول الأصلي، فالقول بحرمان المقاول من الباطن من التمسك بهذا البند في مواجهة رب العمل معناه وجوب تعويضه لهذا الأخير عن الأضرار التي لحقت به، ولكن نظرا لأن مقتضى الإتفاق عدم مساءلة المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي، فإنه يكون قد التزم بأداء ليس مستحقا في ذمته، ومن ثم يكون له وفقاً للمنطق القانوني الحق في مطالبة المقاول الأصلي بما دفعه لرب العمل.<sup>1</sup> فلمدين المدين في الدعوى المباشرة بحسب هذا الرأي أن يتمسك بجميع الدفوع المتاحة للدائن إلى جانب الدفوع الخاصة بالمدين، فيجوز له أن يدفع بأن الحق موضوع الدعوى قد انقضى بأي سبب من أسباب الإنقضاء كالانقضاء، المقاصة و الإبراء، كما يمكنه أن يدفع بأن الحق المطالب به قد إنقضى قبل توجيه الإنذار بالوفاء كما يمكنه أن يحتج ببطلان العقد أو قابليته للإبطال.<sup>2</sup>

في ما ذهب الرأي الآخر إلى عدم قدرة مدين المدين في أن يرد الدعوى المباشرة المقامة من قبل دائن الدائن، بالدفوع المتاحة له في مواجهة دائنه هو كما لا يستطيع أن يقوم بالوفاء بالدين لدائنه<sup>3</sup>. وإنه في جميع الأحوال التي نص فيها القانون على هذه الضمانة التي تعد من الضمانات الغير مسماة، لا يجوز لمدين المدين أن يحتج بالإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية في مواجهة الدائن.

<sup>1</sup> هشام طه محمود سليم : بحث في الدعوى المباشرة بين المفهوم التقليدي والحديث لمبدأ نسبية اثر العقد، مركز الإعلام الأمني [www.policemc.gov.bh](http://www.policemc.gov.bh)، تاريخ الإطلاع: 2016/07/15، 15:45، ص 8،9.

<sup>2</sup> لزرق بن عودة ، المرجع السابق ، ص 42.

<sup>3</sup> ياسين محمد الجبوري:(الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني )،مجلة الشريعة والقانون ، الأردن العدد 52 ،سنة 2011، ص336.

ذلك أن أثر الدعوى المباشرة المترتب لمصلحة الدائن يعد مصدره قانوني، فلا يجوز أن يتملص مدين المدين من الوفاء به، مالم يكن هناك اتفاق يجمع بين هذا الأخير و بين المدين والدائن على الاتفاق المعفي أو المخفف، أما إذا تم هذا الاتفاق مع المدين وحده فيجوز عندها للدائن أن يرجع عليه بدعوى المسؤولية العقدية رغم وجود الإتفاق<sup>1</sup>.

وعلى سبيل المثال في المادة 580 من القانون المدني الفقرة الثالثة التي جازت لكل من الموكل ونائب الوكيل رجوع كل منهما على الآخر مباشرة، فلا مجال لأن تسري في مواجهة كل منهما الدفع المقررة لهما إتجاه الوكيل بإعتبار أن حق رجوعهما على بعضهما بالدعوى المباشرة مصدره القانون، وأما العقود المبرمة بين الوكيل وبينهما فهي تخضع أساسا للقواعد العامة للعقود، مالم يكن هناك ترخيص للوكيل بإقامة نائب له وكان الترخيص يسمح صراحة بإعفاء المناب، أو تخفيف، أو تشديد المسؤولية، فهنا يسري الاتفاق بحق الموكل بموجب القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، أما إذا كان الاتفاق لا يجيز صراحة أو ضمنا مثل الاتفاق المعفي لمسؤولية المناب فلا يسري الاتفاق في مواجهة الموكل، وبالمقابل "إذا كان الاتفاق يقضي بإعفاء الموكل تجاه المناب، فيسري الإتفاق بحق المناب إذا قبله، أما إذا كان الاتفاق على الإعفاء قد تم بين الموكل والوكيل لإعفاء الأول من المسؤولية فلا يسري هذا الشرط بحق المناب"<sup>2</sup>.

ومن عرض الرأيين السابقين والذي كان أرجحهما حسب تقديري هو الرأي الأول كون الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية هي من الدفع التي مصدرها العقد و الذي يعد شريعة المتعاقدين، ولما للعقد من قوة ملزمة للطرفين فإنه يسري أيضا إتجاه الدائن في هذه الحالة رغم حقه القانوني في الدعوى المباشرة وهذا لإعتبار مهم كون الدائن إستند لإستثناء حق

<sup>1</sup> احمد سليم فريز نصره ، المرجع السابق، ص51.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص53.

مدينه لمصلحته بالعقد المبرم بين مدينه ومدين مدينه وعليه فهو ملزم بما جاء فيه من إتفاقات.

### الفرع الثالث

#### الخطأ المشترك

عند إخلال المدين بالتزاماته في العقد فقد إرتكب خطأ عقديا يوجب قيام قواعد المسؤولية العقدية وبالتالي تعويض الدائن المتضرر من ذلك، لكن في حالة ما اذا إشتراك المدين مع الغير الخارج عن الرابطة العقدية في الخطأ فالدائن هنا له طريقتين أحدهما أن يتمسك بالدعوى العقدية إتجاه المدين والطريقة الثانية بالتمسك بالدعوى التقصيرية نحو الغير .

فلو تمسك الدائن بالدعوى العقدية نحو المدين المستفيد في أصل العقد بالإتفاق المعفي من المسؤولية العقدية، فكيف يكون الحال بالنسبة له في إستقاء التعويض خاصة أن المدين المعفى لم يحدث الخطأ وحده بل بمساهمة شخص آخر؟

أرى في هذه الحالة أنه ليس من مصلحة الدائن التمسك بالدعوى العقدية كون المدين سيدفع بعدم قيام مسؤوليته الفردية عن الخطأ فضلا عن وجود الإتفاق المعفي من المسؤولية العقدية فلا مجال بالتبعية لما سبق للتمسك بالمسؤولية التضامنية .

وعليه فعلى الدائن اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية التي تعد الأفضل له خاصة عند وجود الاتفاق المعفي من المسؤولية لفائدة مدينه في العقد، أي بالرجوع على الغير المشترك بكامل التعويض وهنا تقوم فكرة التضامن فيتسنى للدائن المتضرر من خطأ المشترك للمدين والغير كمبدأ عام أن يرجع عليهما معا أو يختار أحدهما للحصول على التعويض وهذا ما نصت عليه المادة 126 مدني جزائري التي جاء فيه: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر .وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام

بالتعويض." وفي حالة وجود إتفاق معفي أو مخفف للمسؤولية فهو يقتصر رجوعه على الغير فقط.

لكن تثور هنا إشكالية حول إمكانية رجوع المدين (الغير) الذي دفع التعويضات على المدين الآخر (المتعاقد) الذي يستفيد من إتفاق الإعفاء أو الإتفاق المخفف من المسؤولية العقدية.

فقد ذهب بعض من الفقه إلى أنه لا يمكن أن يرجع الغير على المدين الآخر لأن هذا الأخير سيحتج عليه بالإتفاق المعفي أو المخفف من المسؤولية التي يستفيد منها في العقد مع الدائن، فلوفرنا أن المسؤول مع الغير بإحداث الضرر كان شخصا مجهولا أو معسرا فيتحمل هو وحده التعويض دون الرجوع على شريكه ونفس الأمر بالنسبة لحالة المدين هنا رغم أنه ليس معسر وغير مجهول إلا أنه يستفيد من الاتفاق المعفي من مسؤوليته<sup>1</sup>.

في حين يرى إتجاه فقهي آخر غير ذلك حيث يعتبر "أنه ليس للمدين في العقد الاحتجاج بالإتفاق المعفي في مواجهة الغير لأن المدين المتعاقد غير معسر وغير مجهول لكي يتملص من التضامن مع الغير الذي دفع التعويضات للدائن ، كما أنه ليس من العدل مخالفة نسبية آثار شرط الإعفاء"<sup>2</sup>. فعلى الغير الذي دفع التعويض أن يرجع على المدين المتعاقد بنصيبه، دون أن يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الرجوع عليه ببند الإعفاء أو التخفيف اشترطه على الدائن، لأن الموفي أجنبي أصلا عن العقد الذي يتضمنه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 278، 279 .

<sup>2</sup> المحقري إسماعيل محمد علي: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني ص 462 ،نقلا عن احمد

سليم فريز نصره ، المرجع السابق ، 56.

<sup>3</sup> محمود جمال الدين زكي :مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2 ، ص 149 .

وبحسب ما سبق فإن القول بتفعيل الاتفاق المعفي للمسؤولية العقدية في مواجهة الغير يعد خروجاً صارخاً على مبدأ نسبية العقد وبالتالي مخالفة القانون، بإعتبار أن المدين الذي يستفيد من الاتفاق المعفي من المسؤولية في علاقته العقدية مع الدائن لا يرتبط بها مع الغير، فبالرغم أن مسؤولية المدين لم تتحقق تجاه الدائن فليس بإمكانه الإحتجاج في مواجهة الغير الذي دفع التعويض بالإتفاق المعفي لأن إلتزامه بالتعويض إستند لقواعد المسؤولية التقصيرية وليس لقواعد المسؤولية العقدية.

إلا أنه عملياً ومن الناحية الإجرائية وفقاً للمواد 199 و 200 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يمكن للمدين المتعاقد أن يتمسك بالإتفاق المعفي من مسؤوليته في مواجهة الغير الذي أدى التعويضات للدائن وذلك باللجوء إلى طلب إدخال الدائن في الدعوى بإعتبار أن هناك إرتباط بين الدعوى الأصلية التي رجع فيها الغير على المدين وبين طلب إدخال الغير (الدائن)، فالدائن في هذه الحالة يعتبر تلقى تعويضات على أساس القبض الغير المستحق لأن سبب الإلتزام لم يتحقق.<sup>1</sup> فيلتزم الدائن هنا برد القسط من التعويضات التي تلقاها بما يساوي حصة المدين الذي يستفيد من الاتفاق المعفي.

<sup>1</sup> وذلك حسب المادة 1/143 من القانون المدني الجزائري: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده".

## خلاصة الفصل الأول

تم التطرق في هذا الفصل للنطاق الذي يحد الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية والهدف من هذا التحديد هو الحفاظ على التوازن العقدي وذلك من خلال ثلاثة مباحث، بينت في المبحث الأول القيود العامة الواردة على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي تحد من حرية المتعاقدين في وضعها وذلك بعدم تجاوزها لحدود النظام العام وحسن الآداب العامة وإستعراض بعض التطبيقات حول هذا القيد في الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية وكان أهمها عدم جواز الاتفاق المنصب على الإعفاء أو التخفيف من الضرر الجسمي والبدني للمتعاقدين وذلك في مطلب أول، ثم تطرقت للقيد الذي يمس الخطأ الموجب لقيام أثر هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بأن لا يصل لدرجة تجعله جسيماً وأن لا يصدر عن طريق الغش، وتدعيمها بتطبيقات تبين صور هذا القيد على الاتفاق المعدل للمسؤولية وذلك في مطلب ثاني، فضلاً عن أن لا تمس مثل هذه الإتفاقات بكيان الإلتزام الرئيسي للعقد لمنع إفراغه من محتواه وتحوله لعقد آخر و ذلك في مطلب ثالث.

أما في المبحث الثاني فتعرضت لأثر تخطي المتعاقدين عند وضع مثل هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية للقيود السابقة الذكر فنكون في هذه الحالة بصدد إقرار البطلان ولما يحتويه من تفعيل لمبدأ الإنقاص سواء كان في العقد أو في الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية نفسه، ويتوقف إعمال هذا المبدأ على ألا يكون هذا الاتفاق هو الباعث للتعاقد أو أن يكون العقد غير قابل للتجزئة فيسري هنا البطلان على كامل العقد وذلك في مطلب أول، وقد أثير في المطلب الثاني أثر الأخذ بمبدأ الجمع بين المسؤوليتين العقدية و التصيرية في رفع دعوى التعويض، فيما خصصت المطلب الثالث لعرض مبدأ الخيار بين المسؤوليتين العقدية و التصيرية وإظهار الإختلافات

الفقهية حول هذا المبدأ وأثر ذلك على فعالية الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية وذلك في غياب نص قانوني يحسم المسألة.

وفي المبحث الثالث و ضمن إطار إستكمال ضبط نطاق هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بينت الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بمثل هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية، فضلا على الأثر النسبي لحجية هذه الإتفاقات بالنسبة للمتعاقدين الخاضعين للقوة الملزمة للعقد، فإنه ووفقا للقواعد العامة يمكن إمتداد هذه الإتفاقات خاصة والعقد عامة للخلف العام والخلف الخاص ضمن شروط محددة مادامت تدور حول الذمة المالية للسلف ولا تتعدى إعتباره الشخصي وذلك في مطلب أول، أما في المطلب الثاني ناقشت مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية من قبل الدائن العادي والذي يأخذ حكم الغير ، أما في المطلب الثالث و بإعتبار أن القاعدة العامة تمنع إمتداد العقد للغير بما فيه من إتفاقات معدلة للمسؤولية فقد بينت مدى إمكانية التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية من قبل الغير بالنسبة للإستثناءات التي قد ترد على هذه القاعدة وذلك من خلال إستعراضها والمتمثلة في إستثناء الإشتراط لمصلحة الغير ، ثم الدعوى المباشرة وأخيرا الخطأ المشترك.

# الفصل الثاني

درجات التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية

إن الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية قد يتضمن إعفاء المدين مما جاءت به هذه القواعد من أحكام إعفاء كلياً، وقد يتضمن تخفيف المسؤولية كما قد ينص على التشديد من مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ ما يرتبه العقد على كاهله من إلتزامات، لذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، فنخصص في المبحث الأول منه إلى الحديث عن درجة الإعفاء الكلي من المسؤولية العقدية، ثم نتناول في المبحث الثاني لدرجة الاتفاق على التخفيف منها، وفي مبحث ثالث لدرجة الاتفاق على تشديد أحكامها .

### المبحث الأول

#### درجة الإعفاء الكلي من المسؤولية العقدية

يقصد بالإتفاقات المعفية من المسؤولية هي: "تلك الإتفاقات التي بمقتضاها يتنازل أحد طرفيها عما يستحقه من تعويض قبل الطرف الآخر إذا أصابه ضرر من جراء إخلال هذا الأخير بالتزام معين يكون مفروضاً عليه"<sup>1</sup>.

وتعد الإتفاقات المعفية من المسؤولية أوضح خروج عن الضوابط العامة لقواعد المسؤولية العقدية بمختلف صورها وهذا ما جعلها على وجه أخص محل جدل كبير بين الفقهاء لأثرها الكبير على الطرفين في الرابطة التعاقدية، ولهذا نجد أن معظم التشريعات المدنية حاولت وضع نصوص قانونية تجيز هذه الإتفاقات في بعض الحالات، وتنص على بطلانها في حالات أخرى لتجاوز قيد من القيود السالفة الذكر في الفصل الأول لتعارضها مع النظام العام أو إذا كانت هناك حالة الغش أو الخطأ الجسيم، أو مساسها بجوهر العقد.

<sup>1</sup> محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر (دط)، سنة 1977، ص 40.

وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نعالج في المطلب الأول أوجه الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية ، ثم ننتقل للمطلب الثاني الذي يعالج أثر هذه الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية ، ثم نتجه في المطلب الثالث لبعض التطبيقات حول جواز وعدم جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية .

## المطلب الأول

### أوجه الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية

تتمثل صور الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية بحسب نوع المسؤولية ووفقا لما جاء في القانون في صورتين، أحد هذه الصور تتمثل في الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي، والصورة الثانية تتجلى في الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وهذا ما سنراه في الفروع التالية .

## الفرع الأول

### الإتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية

لقد تناول الفقه تعريف الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية، حيث عرفها الفقيه الفرنسي "إسمان" على أنها: "إشترطات يصرح بمقتضاها طرف في إتفاق بأنه لن يكون مسؤولا إتجاه الآخر عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ إلتزامه، والتي لولاها لكان يتعين عليه أن يعوض هذا الأخير عنه".<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Esmein Op Cit Page313.

مشار إليه عند إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص10 .

حيث تتصف إتفاقات الإعفاء من المسؤولية الشخصية "بأنها تجعل من المدين بالإلتزام العقدي في وضع وسط مابين كونه ملتزماً بتنفيذ إلتزامه العقدي، ومابين عدم مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ هذا الإلتزام التي تلحق الدائن".<sup>1</sup>

فلقد كان جواز الإتفاقات المعفية للمسؤولية العقدية محل جدل بين الفقهاء كما سبق بيانه، حيث وجدنا أن الرافضون لإتفاقات الإعفاء من المسؤولية يعتبرون مثل هذه الإتفاقات تجعل وجود الإلتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم، كما أن الأخذ بها يؤدي إلى مخالفتها للنظام العام فهي تهدم فكرة المسؤولية العقدية، كما يستندون إلى أنها تهدم فكرة السبب الباعث في العقد، فإن عدم مسؤولية المدين عن تنفيذ التزامه يعني في واقع الأمر غياب سبب الإلتزام المقابل للطرف الآخر.<sup>2</sup>

لكن في الأخير نجد أن المبدأ العام عند غالبية الفقه يقضي بجواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ويبررون ذلك إلى إعتبار أن العقد وليد إرادة المتعاقدين و بان المسؤولية منشؤها العقد و بالتالي فإن الإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية، ولهذا ولكون الإرادة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية، فان لها الحرية بأن تعدلها وذلك في حدود النظام العام والقانون.<sup>3</sup>

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم..."

<sup>1</sup> ياسين محمد جبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية ، نظرية العقد، دار وائل عمان، الأردن، (دط)، سنة 2002، ص 103.

<sup>2</sup> محمود جمال الدين زكي: النظرية العامة للإلتزامات ، ص 50.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، م 1، ج 2، ص 673 .

فيستفاد من النص أن المشرع يستثنى من إعفاء المدين، وقوعه في حالي الغش والخطأ الجسيم كذلك بأن الاتفاق على الإعفاء يكون خاصا بركن الخطأ فقط، فقد جاءت عبارة النص حاسمة في هذا الصدد، حيث استعمل المشرع عبارة "عدم تنفيذ التزامه التعاقدية" أي أن الاتفاق على الإعفاء يجب أن يرد على عدم التنفيذ وبالضرورة أن الخطأ العقدي يولد ضرر، ومن أمثلة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي، اشتراط البنك عدم مسؤوليته إذا لم يتم بتحصيل حقوق العميل من الغير كون القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفاء الوكيل أو حتى المودع لديه من المسؤولية لأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام الإتفاق المعفي من المسؤولية التي أدرجها الطرفان في العقد.

### الفرع الثاني

#### الإتفاقات المعفية من المسؤولية عن فعل الغير

لابد لنا قبل التطرق إلى إمكانية الاتفاق في العقد على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن الفعل غير الشخصي له بأن نوضح هذه المسؤولية أولا .

فإن الغالبية العظمى من القوانين المدنية المختلفة لم تتضمن نصوصا خاصة تحدد المقصود بالمسؤولية المدين عن فعل الغير أو الإتفاقات الواجب توافرها لقيامها، فضلا على عدم التطرق لتنظيم الأحكام التي يمكن أن تطبق في حال قيامها، مما ألقى على كاهل الفقه المدني حملا ثقيلا تمثل بالبحث في هذه الصورة من صور المسؤولية العقدية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد حنون جعفر :مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير ،دراسة مقارنة،المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ،ط 1 سنة

لقد وردت تعريفات حول المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير إلا أنها في معظمها شابها بعض القصور في حين نجد أفضلها هو الذي عرفها بأنها: "مسؤولية المدين في إلتزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه في تنفيذ إلتزام، أو ممن يساعدونه في تنفيذه، أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالإشتراك مع المدين حق إكتسبه هذا الأخير بواسطة العقد، وأدى سلوك واحد من هؤلاء إلى الإخلال بالإلتزامات التي يفرضها العقد على المدين".<sup>1</sup>

فمن الملاحظ على هذا التعريف أنه قام بتوضيح ماهو المقصود من المسؤولية العقدية عن فعل الغير حيث حاول بيان ملامحها الرئيسية وحالاتها، إلا أنه قد أغفل جانب مهم من هذه المسؤولية وهو عدم الإشارة إلى حق المدين بالإلتزام العقدي في الرجوع بالمسؤولية والمطالبة بإسترداد مادفعه من تعويض للدائن على الشخص الذي كان فعله أو خطئه السبب في الإخلال بالإلتزام العقدي.

وعليه فإن المسؤولية المدين عن فعل الغير تقوم إذا توافر شرطان:

**الشرط الأول:** وجود عقد صحيح بين المدين والدائن، فإذا كان العقد باطلا فقواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة الإلتباع.

**الشرط الثاني:** أن يكون المدين قد عهد إلى الغير بتنفيذ العقد، أو أن يكون الغير مكلفا بموجب الاتفاق أو القانون بتنفيذ العقد.

و الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي بقي مصرا على موقفه بعدم الإعتراف بإعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذه إلتزامه

<sup>1</sup> - عباس الصراف : المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق

جامعة القاهرة ، دار الكتاب العربي ، مصر، (دس).، ص 4، 3.

العقدي حيث إعتبرها باطلة وغير صحيحة ، غير أن هذا الموقف للقضاء الفرنسي ومن قبله الفقه الفرنسي بدأ يتضح بعد الوقوف على ما يوجد من فرق ما بين مسؤولية المدين عن أفعال مساعديه أو معاونيه التي يجب أن تخضع لأحكام المسؤولية العقدية، وما بين أحكام مسؤولية المتبوع عن فعل التابع والخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مما أدى إلى الإعتراف بصحة الإتفاقات التي يدرجها المدين عند عدم تنفيذ الإلتزام العقدي والراجع إلى فعل معاونيه أو مساعديه ،حالها حال إتفاقات الإعفاء الخاصة بمسؤولية المدين عن فعله أو خطئه الشخصي.<sup>1</sup>

لكن قد يثور هنا التساؤل عن نطاق جواز الإعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن فعل الغير؟ وهل يشمل هذا الإعفاء كافة الأخطاء التي يرتكبها هذا الغير؟

لمحاولة الإجابة على هذه النقطة وجدت أنه لم يثر أي خلاف بالنسبة للخطأ اليسير حول إمكانية إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناجمة عن الفعل المجرد أو من الخطأ اليسير الصادر عن الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ إلتزامه حاله حال جواز إعفاء نفسه من المسؤولية عن خطئه الشخصي اليسير.

لكن بالنسبة لإمكانية إعفاء المدين نفسه من الخطأ الجسيم أو الغش الصادر من الغير فإن ذلك كان منبر خلاف فقهي، فقد ذهب الإتجاه الأول الراض إلى أنه ليس للمدين أن يرفع مسؤوليته عن خطأ مساعديه إلا في الحدود التي يجوز فيها أن يتخلص من مسؤوليته عن خطئه الشخصي، بإعتبار أن مثل هذا الاتفاق يمنح الطرف السوء

<sup>1</sup> محمد حنون جعفر ، المرجع السابق، ص278.

النية مجالا واسعا للتهرب من تنفيذ إلتزامه التعاقدية عن طريق الغير، فضلا أنه يؤدي إلى إهمال المدين في إختياره للمستخدمين بحجة إهمالهم أو مخالفتهم للإتفاقات العقدية لعدم تحمله في النتيجة أدنى مسؤولية.

ففي هذا السياق يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري عدم جواز الإعفاء من خطأ الغير في حالتي الغش والخطأ الجسيم حيث رأى فيما يتعلق بمسؤولية مدير الشركة أن مدير الشركة ليس وكيلا عنها بل أداة لها، لذا لا تستطيع الشركة أن تعفي نفسها عن الأخطاء الجسيمة أو الغش الصادر عنه، كما اعتبر أن شركات النقل تستطيع أن تعفي نفسها من السرقات التي يرتكبها عمالها وهذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير وهو صحيح. لكن إن مثل هذا الشرط حسب رأيه إذا فرضته الشركات الكبرى على عملائها، يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضي إبطاله.<sup>1</sup>

فيما ذهب الإتجاه الثاني المؤيد لمثل هذا الإعفاء إلى أن نطاق إتفاقات الإعفاء من المسؤولية عن فعل الغير تمتد إلى أوسع من الإتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية للمدين، بحيث تصل لتشمل جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم وذلك لعدم مخالفتها للنظام العام.<sup>2</sup>

أما فيما يخص التشريعات المدنية فإن أغلبها تبني هذا النهج حيث نجد أن المشرع الجزائري من بينها حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 178 مدني جزائري على أنه: "غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاؤه من المسؤولية الناجمة عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ."

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م 1، ج 2، ص 677 .

<sup>2</sup> أحمد مفلح خوالدة ، المرجع السابق، ص 96.

ومن الملاحظ على هذا النص أن إجازت المشرع الجزائري بجواز إشتراط المدين الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على أفعال الغير جاءت مقتصرته على حالة الأخطاء الجسيمة و على حالة الغش الصادرة ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه فقط، فهي رغم الإتساع التي تعرفه عن الإعفاء من المسؤولية الشخصية بالنسبة للأخطاء الجسيمة والغش، إلا أنها مقيدة عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير ككل والتي تتسع هذه الأخيرة لتشمل مسؤولية الشخص القائمة عن فعل الغير سواء كان مصدرها نص القانون وهذا هو حال البائع الذي يتحمل المسؤولية إتجاه المشتري عن أي تعرض قانوني يصدر من الغير، وإما تكون مسؤوليته عن الغير قائمة على الإتفاق بين الأطراف، وأخيرا النوع الثالث مسؤولية المدين عن الأخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، وهذا النوع الأخير الذي تقيدت به المادة 178 من القانون المدني الجزائري في إجازتها الإعفاء المدين عن الأخطاء الجسيمة والغش الصادرة عن هذا الأخير.

## المطلب الثاني

## أثر الإتفاق المعفي من المسؤولية العقدية

عند ورود إتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في أصل العقد وكان هذا الإتفاق مستوفيا لشروطه الموضوعية المتمثلة في الرضا ، المحل ، السبب، أنتج هذا الإتفاق أثره القانوني بين المتعاقدين وأصبح كل منهما مقيدا بما جاء في هذا العقد من شروط مادامت جميعها بما فيها الإتفاق على الإعفاء لا تخالف النظام العام و الآداب العامة و باقي القيود الأخرى، ولقد عرف أثر الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية خلافا واضحا حيث دار هذا الجدل على تحديد ماهية هذا الإتفاق، فقد ذهب إتجاه منهم إلى إقتصار أثر هذا الإتفاق المعفي على نقل عبء الإثبات فقط من المدين إلى الدائن، فيما ذهب إتجاه الآخر إلى إعطاء هذا الإتفاق الصحيح أثره الحقيقي في إعفاء المدين من المسؤولية العقدية<sup>1</sup>، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين التاليين.

## الفرع الأول

## من حيث الإثبات

لقد ذهب هذا الإتجاه إلى إقتصار أثر الإعفاء من المسؤولية العقدية على مجرد نقل عبء الإثبات من على المدين إلى عاتق الدائن ،ونجد أن القضاء الفرنسي القديم من أوائل أنصار هذا الإتجاه فقد ظل مدة طويلة من الزمن لايرتب على إتفاقات الإعفاء من المسؤولية بعد الإعتراف بها سوى أثر محدود بنقل الإثبات .

<sup>1</sup> أحمد مفلح خوالدة ، المرجع السابق، ، ص 186.

فالمدين بحسب هذا الرأي الذي إشتراط هذا الشرط لمصلحته لا يعتبر مسؤولاً بمجرد عدم تنفيذه إلتزامه العقدي ، إنما لابد لمساءلته من أن يقوم الدائن بتقديم الدليل على صدور خطأ من جانبه ولو كان هذا الخطأ يسيراً ، فإن نجاح الدائن في الإثبات ذلك تلاشى أثر الإتفاق المعفي من المسؤولية وقامت مسؤولية المدين كاملة والتزم طبقاً للقواعد العامة بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه.<sup>1</sup>

وقد سار القضاء المصري القديم على نفس مسار القضاء الفرنسي القديم السابق الذكر وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الإستئناف المختلطة بأن "البند المدرج في سند الشحن والذي يلقي على المرسل أو المرسل إليه تبعة أخطار النقل البحري لا يجوز للناقل أن يتخلص من نتائج خطئه الشخصي أو خطأ عماله وتابعيه بل ينحصر أثره في إقامة القرينة على الحادث الفجائي لمصلحة الناقل بإلقاء عبء إثبات الخطأ على عاتق المطالب بالتعويض." وكذلك قضت محكمة الإستئناف المختلطة تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأن شروط الإعفاء من المسؤولية في عقود الإيجار لا تنتج آثارها بشرط عدم نسبة أي خطأ أو إهمال إلى المؤجر.<sup>2</sup>

حيث استند القضاء القديم في قصر أثر الإعفاء من المسؤولية العقدية على مجرد نقل عبء الإثبات على حجتين إثنتين هما :

- **أوهما** :الأخذ بنظرية الجمع بين المسؤوليتين كما سبق بيانه ،حيث تبنى هذا القضاء تلك الفكرة وقد أجاز إجتماعها في حالة واحدة وذلك بإعتبار المسؤولية العقدية قائمة فوق المسؤولية التقصيرية بحيث تكون المسؤولية الأولى مغطية للمسؤولية الثانية

<sup>1</sup> محمد حنون جعفر ، المرجع السابق، ص 264، حسين علي الذنون ، المرجع السابق، ص 271.

<sup>2</sup> استئناف مختلط 6 نوفمبر 1929 مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة 42 ص21؛استئناف مختلط 6 ماي

1926 مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة 38 ص396. نقلا عن أحمد مفلح خوالدة ، المرجع السابق، ص 187

كما يغطي الماء سطح الأرض ، فإذا إستبعدت المسؤولية العقدية بواسطة الاتفاق على الإعفاء منها ظهرت المسؤولية التقصيرية في مواجهة المدين.

-ثانيهما:كون المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على إستبعادها بأي حال من الأحوال ،فإن أثر إتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية سيقصر على مجرد نقل عبء الإثبات من المدين للدائن وإلا كانت هذه الإتفاقات مخالفة للنظام العام.<sup>1</sup>

ومن خلال إستعراض هذا الرأي نجده كان محط إنتقاد واسع من الفقه مما جعل القضاء يعيد نظره في مسلكه ويصححه بما يتماشى مع المنطق القانوني السليم ونذكر أهم المآخذ على هذا الإتجاه:

- لقد بينا سابقا تخلي القضاء والفقه عن مبدأ الجمع بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية حيث يعتبر ذلك خرقا صريحا لإرادة الأطراف التي إنصرفت إلى وضع هذا الإتفاق المعفي للمدين من المسؤولية العقدية.

- وكذلك الأمر بالنسبة لحجتهم بأن إتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية تتعارض مع النظام العام والآداب العامة ، فالقول بمثل هذا التعارض إن كان بالإمكان حصوله فإنه يقع إذا تضمن إعفاء المدين من المسؤولية جراء خطئه الجسيم أو غشه ، أما إذا كان الإعفاء مقتصرًا على مجرد فعل المدين أو خطئه اليسير فإن ذلك لا يعد من قبيل المساس بالنظام العام والآداب العامة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد حنون جعفر ، المرجع السابق ، ص 265، حسين علي الذنون ، المرجع السابق، ص 272.

<sup>2</sup> محمود جمال الدين زكي:مشكلات المسؤولية المدنية ،ج2، ص 57، محمد حنون جعفر ، المرجع السابق، ص 266.

- إن التفسير الذي جاء به أصحاب هذا الإتجاه هو تفسير غير صحيح لعدم قدرته على تمييز المعالم الواضحة بين الإلتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناية ، لأن رأيهم يصح عندما يكون إلتزام المدين في العلاقة العقدية إلتزاما بتحقيق نتيجة لأنه في هذه الحالة يكون المدين هو المكلف بالإثبات فينتقل عبء الإثبات بموجب هذا الاتفاق المعفي إلى الدائن،بينما نجد أن الأمر مختلف تماما في حالة ما إذا كان إلتزام المدين ببذل عناية حيث يكون الدائن على كل حال في هذه الحالة مكلفا بالإثبات وبالتالي فإن هذا التفسير جاء عاجزا لم يعطي مبررات قانونية مقنعة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### من حيث إلتزام المدين

بعد تعرض القضاء القديم لإنتقادات شديدة من قبل الفقه المدني جراء حصر أثر الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية في نقل عبء الإثبات فقط، فقد صح القضاء الجديد منهجه بسلوكه مسلك جديد يقر بإعفاء المدين من المسؤولية العقدية كاملة في حالة تضمن العقد إتفاقا يقضي بهذا الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن إخلال المدين بإلتزامه العقدي، وذلك بصرف النظر عن طبيعة هذه المسؤولية سواءا كانت مسؤولية قائمة على الخطأ الشخصي للمدين أو كانت قائمة على فعل الغير.<sup>2</sup>

وهذا ما إنتهجه أغلب التشريعات المدنية التي وضعت نصا صريحا يقضي بتبني فكرة الأثر المعفي من المسؤولية العقدية كنتيجة لهذا الشرط، و كان من بينها التشريع المدني الجزائري كما سبق ذكره بنصه على هذا الأثر في المادة 178 فقرة 2 من القانون

<sup>1</sup> أحمد مفلح خوالدة ، المرجع السابق، ص 194، 193.

<sup>2</sup> محمد حنون جعفر ، المرجع السابق، ص 266.

المدني حيث جاء فيها: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية..."

ولكن القول بالأثر المعفي للمسؤولية العقدية يجب أن لا يصطدم بالنظام العام والآداب العامة، فقد أجمعت نفس القوانين التي أقرت بالأثر المعفي للمسؤولية العقدية خاصة في المسؤولية الشخصية، بأن يرتب هذا الاتفاق المعفي هذا الأثر بمجرد فعل المدين و خطئه اليسير، وقد استثنى هذا الأثر في حالتي الغش والخطأ الجسيم فهنا يكون عبء إثبات ذلك على الدائن ليتخلص من هذا الإتفاق، في حين نجد أن الأثر المعفي لإتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية يبقى ساري المفعول في خطأ مساعدي المدين في الحالتين السابقتين.

## المطلب الثالث

## تطبيقات حول جواز عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية

نستعرض في هذا المطلب لمجموعة من الأمثلة التطبيقية التي تمس عددا من العقود المدنية وهذا لكونها تعد شريان المعاملات المالية الدائرة بين الأفراد، و التي سنوضح من خلال هذه الأخيرة مدى المشروعية القانونية لإتفاق الإعفاء من المسؤولية عند قيامه فيها وموقف المشرع من إجازته لهذا الإعفاء في بعضها ومنعه في بعضها الآخر، بل حتى اجتماع الأجازات والمنع في نفس العقد.

## الفرع الأول

## في عقد البيع

لقد ألزم المشرع الجزائري في عقد البيع على المدين بالتزام جوهرى الذي يقوم عليه العقد بنقل الحق أو تسليم محل البيع للدائن، لكن هذا الإلتزام قد لا يحقق الهدف منه لو تعرض حق المشتري بنزعه منه كليا أو جزئيا أو حتى منعه من الإنتفاع منه من أي شخص سواء البائع أوحتى الغير، وكذلك الأمر بالنسبة لضمان البائع العيوب الخفية للمبيع.

**الفقرة الأولى: الإعفاء من ضمان التعرض والإستحقاق لا يكفي أن يكون إلتزام من ينقل**

حقا لغيره بمجرد نقل الحق أو التسليم، بل عليه فضلا عن ذلك أن يلتزم بأن يضمن للمكتسب الانتفاع بهذا الحق و أن يحوزه حيازة هادئة ومستمرة، وعدم منازعته فيه بدءاً من حصول التسليم، ولو لم يصرح بذلك في العقد.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، (د ط)، 2008 ،

وقد نصت المادة 371 من القانون المدني الجزائري بأنه: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواءا كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه."

فللتعرض هنا وجهان تعرض شخصي يقوم به البائع ،وتعرض من طرف الغير، فالبائع هنا ملزم بالتزامين:

**التزام سلبي:** وهو التزام بالامتناع عن عمل، ويتمثل في إلتزام البائع ضمان التعرض الناشئ عن أعماله الشخصية و ذلك بأن يمتنع عن القيام بأي تعرض مادي أو قانوني تجاه المشتري يكون من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً<sup>1</sup>.

**التزام إيجابي** ويكون دائماً التزاماً بقيام بعمل، وهو أن يلتزم البائع بضمان تعرض الغير المستند لحق قانوني، وذلك من خلال منع الغير من التعرض للمشتري والدفاع عن الحق الذي آل إليه.

وعليه فإذا لم يمتنع البائع عن القيام بالتعرض للمشتري أو أنه لم يمنع تعرض الغير له ،نتج عن ذلك عدم انتفاع المشتري بالمبيع أو فقدانه كلياً أو جزئياً، فإن البائع يلتزم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق، ويجب التنويه في ذلك إلى أن المدين ليس ملزماً بالتزامين أحدهما التزام بضمان التعرض و آخر بضمان الاستحقاق، و إنما هو التزام واحد وهو ضمان التعرض فإما أن ينفذه عينياً أو ينفذه

<sup>1</sup>تركي وليد: ضمان التعرض و الاستحقاق في عقدي البيع و الإيجار طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير القسم الخاص، جامعة باجي مختار ،عنابة،الجزائر،سنة2010 ص 10، محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة: شرح عقد البيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط) ،سنة2006، ص 333.

بطريق التعويض، فإذا نجح البائع في دفع التعرض على المشتري فإنه يكون قد وفى بالتزامه بضمان التعرض تنفيذا عينيا، ولكن في حالة عجز البائع بتنفيذ إلتزامه عينيا وجب عليه تنفيذه عن طريق التعويض الجابر للضرر وهو مايسمى بضمان الإستحقاق، فضمن الاستحقاق إذن يعتبر ضمانا احتياطيا بالنسبة لضمان تعرض الغير<sup>1</sup>. وبالنظر إلى إمكانية إدراج المتعاقدين في عقد البيع لإتفاق حول إعفاء المدين وإسقاط ضمان عدم التعرض عنه كونه ليس من النظام العام بل من القواعد التكميلية حيث ورد في نص المادة 377 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيديا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه."

لكن هذه الحرية في تعديل أحكام الضمان التي تصل لحد الإعفاء منه كليا ليست مطلقة بل لها قيود قد تتعلق بالنظام العام أو حماية للطرف الضعيف، وهذا ما سنبينه في نوعي التعرض الذي يمكن أن يتعرض له حق المشتري .

#### أولا: الإعفاء من ضمان التعرض الشخصي للبائع

يشمل مضمون التعرض بصفة عامة و التعرض الشخصي للبائع بصفة خاصة صنفان من التعرض أحدهما مادي والثاني قانوني<sup>2</sup>.

**التعرض المادي:** يكون ذلك عند قيام البائع بأي فعل مادي من شأنه أن يعكر به حيازة المشتري دون أن يستند عند القيام به إلى أي حق قانوني يدعيه على المبيع

<sup>1</sup> تركي وليد، المرجع السابق، ص 10.

<sup>2</sup> إلا أنه يجب التنويه أن التشريع الجزائري -كغيره من التشريعات المقارنة -لم يورد إشارة واضحة وصريحة للتمييز بين التعرض المادي والقانوني في المواد المنظمة لضمان التعرض في عقد البيع، في حين نجد أن النصوص المنظمة لضمان التعرض والاستحقاق في عقد الإيجار قد نصت صراحة على هذه التفرقة، بين التعرض المادي والتعرض القانوني، وقد أكد الفقهاء في مناسبات عديدة على أنه يجب الأخذ بهذا التمييز في عقد البيع استنادا إلى ذات البواعث التي اقتضت النص عليها في عقدا الإيجار. المرجع نفسه، ص 98.

ومثال ذلك أن يقوم البائع لمحل تجاري بفتح محل تجاري آخر بالقرب منه يمارس فيه نفس نشاط المحل الأول، لأن ذلك يؤدي إلى منافسة المشتري منافسة غير مشروعة.<sup>1</sup>

**التعرض القانوني:** ويقصد بالتعرض القانوني: " أن يدعي البائع حقا على المبيع يتعارض مع حق المشتري في ملكية المبيع كأن يبيع شخص عقارا غير مملوك له ثم يصبح بعد ذلك مالكا له بأي سبب من أسباب كسب الملكية، فيقوم حينئذ بالتعرض للمشتري على أساس الحق الجديد الذي آل إليه بعد البيع، وهنا يستطيع المشتري أن يدفع هذا التعرض بالتزام البائع بضمان التعرض الصادر منه"<sup>2</sup>، وهو ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 398 الفقرة 2 من القانون المدني حيث بينت بأنه في حالة بيع ملك الغير، يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع .

وكون إلتزام البائع بضمان التعرض هو إلتزام أبدي، بحيث يبقى البائع ملتزما بعدم التعرض للمشتري مهما طالت المدة، فالبائع هنا ليس كالغير الذي يجوز لهم أن يكسبوا الملكية بالتقادم فيعد تمسك البائع بالتقادم لكسب الملكية من قبيل التعرض القانوني.<sup>3</sup>

إلا أنه يجب ألا يفهم مما سبق أن البائع يحرم عليه المطالبة بأي حق قانوني له، حيث أن هناك نوعا من التعرض القانوني لا يمكن أن يضمه البائع أو يتمتع عنه، وهو رجوعه على المشتري بدعوى يخوله إياها القانون متى كانت ناشئة عن ذات العقد أو

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية ،

الجزائر، (د ط)، سنة 1996 ، ج4، ص 146.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية ،البيع والمقايضة، نهضة مصر ، ط 3، سنة 2011، ج4 ، ص 629.

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ج4 ص 148.

مؤسسة عليه.<sup>1</sup> فلا تعارض مثلا بين ضمان التعرض و بين قيام البائع باتخاذ إجراءات التنفيذ على الشيء المبيع وذلك بقصد إستيفاءه الثمن أو ما تبقى منه، أو أن يرفع البائع دعوى ببطلان العقد ضد المشتري بسبب غلط أو تدليس أو إكراه شاب إرادته.<sup>2</sup>

وعليه فإن إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي منه تتجسد أهميته دون الحاجة لإشتراطه في عقد البيع، وبالتالي لايجوز إشتراط الإعفاء البائع من ضمان التعرض الذي يصدر منه للمشتري بحيث يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك كونه من النظام العام وهذا بحسب المادة 378 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه: "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد من فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك." لأن ذلك يظهر سوء نية البائع والذي يعتبر من قبيل الغش وإعفاء من إلتزام رئيسي.<sup>3</sup>

#### ثانيا: الإعفاء من ضمان التعرض الصادر من الغير

قد نصت المادة 371 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه." وعليه إن الإلتزام بضمان التعرض الصادر من الغير، هو التزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ولا يستطيع البائع التخلص منه بأن يدعي أنه بذل العناية اللازمة لدفع تعرض الغير، فإذا نجح في دفع تعرض الغير يكون قد نفذ التزمه تنفيذا عينيا وذلك بنقل الملكية الهادئة والحيازة المستمرة، أما إذا فشل في ذلك واستحق الشيء محل العقد كليا أو

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم، القانون المدني: العقود المسماة، (البيع، التأمين، الإيجار) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، لبنان، ط 1، سنة 2003، ص 280. نقلا عن تركي وليد، المرجع السابق، ص 45.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي: الواضح في عقد البيع، ص 306. تركي وليد، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 58، 59.

جزئياً، وجب عليه الضمان نتيجة لما لحق المكتسب من ضرر نتيجة ذلك التعرض وهذا ما يعد بضمان الإستحقاق<sup>1</sup>.

ويقتصر إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير إذا كان تعرضاً قانونياً وهذا بحسب المادة السابقة، وذلك بأن يدعي الغير حق على المبيع كأن يطالب بملكية المبيع كلياً أو أن يطالب بجزء من المبيع أو يطالب برهن لدين مضمون به أو بحق إرتفاق على المبيع، دون أن يكون إلتزامه بضمان التعرض المادي فالبائع لا يكون ملزماً بالضمان في مواجهة المشتري إذا كان المشتري ضحية لأفعال مادية صادرة من الغير، إنما يصبح المشتري هو المكلف بدفع هذا التعرض المادي عن نفسه بالوسائل القانونية التي يقررها القانون لحماية حق الملكية كدعاوي الحيازة "دعوى منع التعرض، وقف الأعمال الجديدة، دعوى إسترداد الحيازة"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لإمكانية إشتراط البائع إعفاءه من ضمان التعرض الصادر من الغير نجد أن المشرع أجازها بحسب المادة 377 من القانون المدني السابقة الذكر، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 378 من القانون المدني: "... وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير، فإن البائع يبقى مطالباً قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، وأنه اشترى تحت مسؤوليته."

وعليه فلا يتحقق الإعفاء الكلي للبائع من مسؤوليته العقدية عن فعل الغير حتى فيما يتعلق برد قيمة المبيع في الضمان إلا في حالتين فقط:

- أن يكون المشتري عالماً وقت العقد بسبب الاستحقاق، ففي هذه الحالة يعفى البائع من رد قيمة المبيع إلى جانب التعويضات الأخرى، لأن المشتري في هذه الحالة وبقبوله الاتفاق المسقط للضمان مع علمه بسبب الاستحقاق، لا بد أن يكون قد أدخل في

<sup>1</sup> تركي وليد، المرجع السابق، ص 95.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ج 4 ص 152.

حسابه هذه المخاطرة في تقدير الثمن، ويقع على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق.

- أن يكون المشتري قد اشترى المبيع ساقط الخيار أي اشترى على مسؤوليته فلا بد من أن يكون الإتفاق على تحمل المشتري لتلك المخاطر والمضار المذكور في العقد صراحة وبذلك يكتسب المبيع صفة إحتتمالية، إذ أن المشتري يعلم بأن حق البائع بالنسبة للشيء المبيع ضعيف، ومع ذلك فإنه يقوم بالشراء ويكون ذلك غالبا في العادة بمقابل زهيد أقل مما لو لم يكن بهذا الوصف.<sup>1</sup>

ونجد أن المشرع في الفقرة الثانية من المادة 377 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر فرض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري. فقد أفرد حقوق الارتفاق بحكم خاص وهو عدم ضمان البائع بالنسبة لتعرض الغير الذي يدعي بحق إرتفاق ظاهر على المبيع وذلك في حالتين: الحالة الأولى: إذا إشتراط البائع عدم الضمان في عقد البيع.<sup>2</sup>

الحالة الثانية: إذا كان المشتري يعلم بهذه الحقوق الإرتفاقية وقت البيع، كونها ظاهرة فيمكن للمشتري وقت البيع عند معاينته للمبيع أن يلاحظ المعالم الظاهرة لحق الارتفاق أمامه أو كان بإمكانه أن يراها بوضوح فسكوت المشتري في هذه الحالة دليل على رضائه بعدم ضمان البائع، أو أن البائع أخبر المشتري بوجود حق الارتفاق بالذات، ولا يكفي أن يعمم بالقول بأنه باع المبيع بما عليه حقوق إرتفاق، فيحمل البائع عبء إثبات

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: الواضح في عقد البيع ، 363،364. تركي وليد، المرجع السابق، ص164.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ج4، ص171.

أنه أعلم المشتري بوجود حق الإرتفاق وذلك في غياب شكل خاص للإعلام ، فيصح أن يكون شفويا<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: الإعفاء من ضمان العيب الخفي

لا يكفي أن ينقل البائع للمشتري ملكية المبيع وأن يدفع عنه كل تعرض شخصي أو من طرف الغير حتى يحوز المبيع بصفة هادئة، بل يلزم إلى جانب ذلك أن يحوز المبيع حيازة نافعة مفيدة بحيث يمكن أن يحصل على الخدمات التي كان يصبوا إليها عند شرائه المبيع.<sup>2</sup>

وقد نصت المادة 379 القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها."

ومما يتضح من نص المادة السابقة أنه لقيام ضمان البائع لعيوب المبيع توافر شروط معينة في العيب وهي كالتالي:

- أن يكون العيب مؤثرا أي أنه إذا كان ينقص من قيمة المبيع المادية - وليس النقص المقصود به هنا في المقدار لأن النقص في المقدار يجعل البائع مخلا بالتزامه بالتسليم - أو من الانتفاع به فيجعله غير صالح للإستعمال الذي أعد له مما يجعل المشتري يمتنع عن الشراء أو يشتري بثمن أقل لو علم بجسامة هذا العيب ، وتعتبر مسألة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج4، ص 704.

<sup>2</sup> سي يوسف زاهية حورية: الواضح في عقد البيع ، دراسة مقارنة ومدعمة بالإجتهاادات القضائية والفقهية ، دار هومة، الجزائر، (د ط)، سنة 2014، ص 277.

تقدير مدى جسامه العيب من المسائل الموضوعية التي تتفرد محكمة الموضوع بالفصل فيها على ضوء الغاية المقصودة من المبيع، وفقا لإرادة المتعاقدين أو طبيعة المبيع أو الغرض الذي قصد تحقيقه من وراء المبيع.<sup>1</sup>

- أن يكون العيب قديما أي العبرة بأن يكون موجودا في المبيع وقت تسليمه للمشتري فيكون البائع مسؤولا عن ضمانته سواء وجد العيب قبل البيع أو بعد البيع أو وقت التسليم.<sup>2</sup>

- أن يكون العيب خفيا بأن يكون موجودا وقت البيع ولكن ليس بوسع المشتري تبينه أو إكتشافه ولو فحص المبيع بالعناية المطلوبة في الرجل العادي، فلا يمكن إكتشافه إلا عن طريق فنيين أو خبراء.

- أن يكون المشتري ليس على علم بالعيب وقت التسليم المبيع، وعليه فإذا علم المشتري بالعيب مع ذلك أقدم على شراء المبيع فهو ليس بحاجة إلى الحماية لأنه كان على بينة من الأمر عند ما أقدم على الشراء، ويتحدد علم المشتري بالعيب إما عن طريق البائع الذي أبلغه بوجوده عند إبرام العقد أو عن طريق شخص آخر أو إكتشفه هو بنفسه بفحصه أو بعلمه المسبق بالعيب بحكم صلته بالبائع أو بالمبيع، فيأخذ العيب المعلوم حكم العيب الظاهر وبالتالي لا يعد من العيوب الخفية الموجبة للضمان.<sup>3</sup>

وبعد تطرقنا إلى شروط تحقق ضمان العيوب الخفية في المبيع وجدنا أن المشرع الجزائري قد أجاز الاتفاق على الإعفاء من الضمان الناتج عن العيب الخفي، إذ نصت المادة 384 من القانون المدني منه بأنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ج4، ص 176.

<sup>2</sup> سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 292.

<sup>3</sup> علي هادي العبيدي : العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن (د ط)، سنة 2005،

يزيدا في الضمان أو ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه." إذا فإن أحكام العيب الخفي مثل أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق ليست من النظام العام يجوز أن يتفق المتعاقدين على تعديلها فتصل إلى حد إعفاء البائع منها كليا فتكون تبعة ما يظهر من عيوب المبيع على المشتري، أي أنه يحتفظ بالمبيع المعيب دون أن يستطيع الرجوع على البائع بأي تعويض، لكن هذا مرهون بأن لا يكون البائع تعمد إخفاء العيب غشا منه أي بسوء نية، وعلى المشتري الذي يريد التمسك ببطان هذا الإتفاق أن يثبت غش البائع في إخفاء العيب ولا يكفي أن يثبت مجرد علم البائع بالعيب<sup>1</sup>.

\* أما بخصوص الإتفاقات الرامية لإعفاء المتدخل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا في عملية عرض المنتجات للإستهلاك من الضمان القانوني المقرر لمصلحة المستهلك في ظل القانون 09-03<sup>2</sup> المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش و الذي عرف هذا الضمان في المادة 13 من نفس القانون على أنه: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، إستبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته." فتعد الإتفاقات المعفية من هذا الضمان باطلة بطلان مطلق وهذا وفقا للفقرة التالية من المادة السابقة بأنه: "يعتبر باطلا كل شرط مخالف

<sup>1</sup> سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 318.

<sup>2</sup> القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07/02/1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، سنة 2009.

لأحكام هذه المادة. "وهذا ما أكده المشرع أيضا في المادة 14 من نفس القانون والتي نصت على: "... كل ضمان آخر... لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني...".<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### في عقد الإيجار

تنص المادة 483 القانون المدني الجزائري على أنه: "على المؤجر أن يتمتع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر."

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يجز للمؤجر التعرض الشخصي للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، سواء كان هذا التعرض ماديا أم قانونيا، ولا يكون المؤجر مسؤولا عن أعماله فقط وإنما يكون مسؤولا أيضا عن أعمال تابعيه كالولي والوصي والوكيل وغيرهم، لكن لا ينبغي التوسع كثيرا في مفهوم الأتباع لأن هذا التوسع لا يجد له سندا في القانون، كما أن هذا التوسع يفرض التزاما على المؤجر بضمان التعرض المادي من أشخاص لا حصر لهم وقد لا يعرفهم.<sup>2</sup>

ومن أمثلة التعرض الشخصي المادي للمؤجر ما قضت به المحكمة العليا ملف رقم 97405 بتاريخ 1992/11/22 أنه: "من المقرر قانونا على المؤجر أن يتمتع عن كل مامن شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها

<sup>1</sup> كما نظم المشرع الجزائري أحكام الضمان بالمرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15 /10/ 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية عدد 40 الصادر في 19/10/1999، فقد نصت المادة 10 منه بأنه: "يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله."

<sup>2</sup> تركي وليد، المرجع السابق، ص 73.

أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع أو ينقص منه، ومن ثم ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الأشغال المنجزة من قبل المؤجر، تمت دون ترخيص من المستأجر، وأدت إلى تقليص مساحة المحل فإن قضاة الموضوع بمنحهم تعويضات للمستأجر نتيجة الضرر اللاحق به طبقوا صحيح القانون.<sup>1</sup>

أما تعرض المؤجر الشخصي المبني على سبب قانوني فيتحقق إذا ادعى المؤجر حقا على العين المؤجرة في مواجهة المستأجر، وهو من شأنه أن يحرم هذا الأخير من الانتفاع بالعين المؤجرة ومثاله إذا أجر شخص عينا غير مملوكة له ثم أصبح بعد ذلك مالكا لها بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالميراث أو الشراء...، فلا يجوز له الإحتجاج على المستأجر بهذا التملك الذي حدث بعد إبرام عقد الإيجار ليسترد العين منه، على أساس أن الإيجار قد صدر من غير المالك.<sup>2</sup>

أما بخصوص ضمان المؤجر تعرض الغير للمستأجر، فقد إقتصر على التعرض المبني على سبب قانوني فقط دون التعرض المادي، ونجد ذلك في المادة 484 مدني جزائري التي تنص على مايلي: " يتعين على المستأجر إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر ومطالبته بالضمان. وفي هذه الحالة يمكن للمستأجر طلب إخراجها من الخصام. إذا ترتب على هذه الدعوى حرمان المستأجر من الانتفاع بالشيء المستأجر كليا أو جزئيا، جاز له طلب فسخ الإيجار، أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض."

كذلك في المادة 487 مدني جزائري التي تنص على أنه: " لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير الذي لا يدعي حقا على العين المؤجرة

<sup>1</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 3، سنة 1993، نقلا عن: تركي وليد، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 287.

وللمستأجر أن يطالب شخصيا المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيابة.

وعليه فبالنسبة لجواز الاتفاق على إعفاء المؤجر من ضمان التعرض والإستحقاق أو بالنسبة لضمان العيوب الخفية فقد جاء المشرع الجزائري بنص المادة 490 مدني على أنه: " يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء، أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا. " وبمفهوم المخالفة لهذا النص نجد أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على الإعفاء من ضمان التعرض المادي الشخصي للمؤجر - كونه و مما سبق فإن ضمان تعرض المادي للغير هو أصلا معفى منه- لكن لا يجوز ذلك الاتفاق في التعرض القانوني.

إلا أنه وبالنظر إلى أن الإتفاق على إسقاط الضمان الشخصي يهدر نظام الضمان مما يجعله مناقض لجوهر عقد الإيجار لأن مثل هذا الاتفاق يمكن المؤجر من حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في الوقت الذي يبقى المستأجر يدفع مبلغ الأجرة، كما أن التسليم بذلك يجعل أمر الالتزام بيد المؤجر إن شاء نفذه وإن شاء لم ينفذه.<sup>1</sup> فالجدير بحسب ماسبق هو عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من ضمان التعرض الشخصي للمؤجر سواءا كان ماديا أو قانونيا كما هو الحال في عقد البيع، وذلك لوجود العلة ذاتها في كلا العقدين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> فقد جاء في نص المادة 205 من القانون المدني الجزائري: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق عل شرط واقف يجعل

وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم. "

<sup>2</sup> تركي وليد، المرجع السابق، ص 93.

## الفرع الثالث

## في عقد المقاولة

يعد الضمان الخاص في عقد المقاولة من أهم الضمانات التي يربتها القانون لرب العمل والذي يسمى بالضمان العشري<sup>1</sup> للمهندس المعماري والمقاول<sup>2</sup>، و لقد تطرق المشرع الجزائري لهذا الضمان الخاص حيث وضعه في نص المادة 554 من القانون المدني التي جاء فيها: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التدهم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المبني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته."

وعلى الرغم من أن الأصل هو حق المدين في العلاقة العقدية على جواز إتفاقه على إعفائه من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذه لإلتزامه العقدي<sup>3</sup> بالصورة التي تقررها المادة 178 من القانون المدني الفقرة 2، إلا أن المشرع الجزائري وبنصه في المادة 556 من القانون المدني على أنه: " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"، قد منع إعفاء المقاول والمهندس المعماري من

<sup>1</sup> كما جاء في المادة 46 من القانون 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المتعلق بنشاط الترقية العقارية مانصه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاوليين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد. في حالة زوال كل بناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس." راجع الجريدة الرسمية العدد 14، سنة 2011، ص 10.

<sup>2</sup> – Lucien Rapp , Philippe Terneyre , Nil Symchowicz, Guibal Michel, le Lamy droit public des affaires, Aides publiques, contrats et marchés publique, Gestion du patrimoine public, contentieux, LAMY, paris, France, 2002 page 1218.

<sup>3</sup> محمد حنون جعفر ، المرجع السابق، ص 269.

المسؤولية الناجمة عن التهدم وعيوب قد تقع في البناء الذي تم تشييده وبناءه كأن يشترط المقاول والمهندس المعماري في عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء ،علما أن التسليم لا يعفي من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة في البناء<sup>1</sup> .

والسبب المنطقي لمنع المقاول والمهندس من إشتراط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن إخلاله بالضمان الخاص هو أن رب العمل في عقود المقاولات التي يكون محلها تشييد أو إقامة المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى، لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء ،في حين أن المقاول و المهندس المعماري هما من رجال الأعمال ذوي الخبرة الفنية ،لذلك فهما يمثلان الجانب القوي في عقد المقاولة فيمكنهما أن يضيعا بسبب خبرتهما هذه الحماية على رب العمل فيما لو جاز لهما إشتراط إعفائهما من المسؤولية مقدما ،فأراد المشرع تدعيم هذه الحماية الممنوحة لرب العمل فجعل أحكام هذا الضمان العشري من النظام العام فضلا عن ما يسببه تهدم البناء من أضرار بالأرواح و الممتلكات ،وعليه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها بأي شكل من الأشكال<sup>2</sup> .

لكن لابد من الإشارة إلى أن هذه الحماية المقررة لرب العمل بالضمان العشري ليست إجبارية بعد تحقق سبب الضمان ، فيمكنه التخلي والنزول عن هذا الحق سواءا كليا أو جزئيا فذلك متروك لمحض إرادته بعد تبينه لدرجة وخطورة العيوب التي ظهرت له ، فإذا ظهر العيب في البناء نتج عنه قيام الضمان جاز لرب العمل أن ينزل صراحة عن حقه في الرجوع على المقاول والمهندس بسبب هذا العيب،وقد يفيد سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان عليهما مدة طويلة بعد إنكشاف العيب بالقول أنه تنازل عن حقه ضمنيا

<sup>1</sup>فتيحة قرة: أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف ،مصر، (د ط)،سنة 1992 ، ص 166.

<sup>2</sup>عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل:المقاولة، نهضة مصر ، ط3

،سنة 2011، م 1، ج7، ص 141.

ولو كانت هذه المدة أقل من المدة المقررة لتقادم دعوى الضمان المقدر بثلاث سنوات متى وجدت ملابسات قاطعة تؤكد قصد رب العمل بسكوته هو النزول عن الضمان.<sup>1</sup>

## الفرع الرابع

### في عقد النقل

إن عقد نقل الأشخاص أو البضائع يمس مجالات ثلاث تتمثل في النقل البري، النقل البحري والنقل الجوي وعليه سنرى مدى تطبيقا الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية من عدمه في هذه العقود الثلاث.

### الفقرة الأولى : الإعفاء في النقل البري

عرفت المادة 2 فقرة 2 من القانون 11- 09 المؤرخ في 05/06/2011 المتعلق بتوجيه النقل البري وتنظيمه<sup>2</sup> على أن النقل البري بأنه: " كل نشاط يقوم من خلاله مستغل بنقل شخص أشخاص أو بضائع من مكان إلى آخر، عبر الطريق أو السكك الحديدية أو السلك على متن مركبة ملائمة".

والمستغل بحسب المادة نفسها هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس خدمة أو عدة خدمات للنقل العمومي للأشخاص أو البضائع بوسائله الخاصة للنقل أو بوسائل تضعها الدولة تحت تصرفه في إطار الإمتياز.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م1، ج7، ص143.

<sup>2</sup> القانون رقم 01 - 13 المؤرخ في 07/08/2001 المتعلق بتوجيه النقل البري وتنظيمه، المعدل والمتمم بالقانون رقم

11- 09 المؤرخ في 05/06/2011، الجريدة الرسمية عدد 32، سنة 2011.

## أولاً: نقل الأشخاص

إن عقد نقل الأشخاص من العقود التبادلية التي يتم بين الناقل والمسافر فهو كسائر العقود التي تخضع للقواعد العامة التي لا بد من تحقق شروط لإنعقاده ولصحته، ومن الملاحظ أنه غالباً ما يكون الناقل في حالة إحتكار للنقل فلا يملك المسافر حرية مناقشة الإتفاقات التي حددها الناقل بل يكون مضطراً لقبولها إذا حرص على الحصول على خدمة النقل، فإما أن يقبل هذه الإتفاقات أو يرفضها.<sup>1</sup>

وتقرر مسؤولية الناقل التعاقدية إتجاه الراكب عندما يصاب هذا الأخير بضرر أثناء تنفيذ عملية النقل و هذه المسؤولية مصدرها إلتزام أساسي للناقل وهو الإلتزام بضمان السلامة، فالناقل في عقد النقل هو المدين بهذا الإلتزام إتجاه الراكب فتختلف مسؤولية الناقل باختلاف وسيلة النقل .

ولقد أقر المشرع حماية المسافر عن طريق فرضه لإلزامية التأمين على الركاب وذلك من خلال الأمر 04/06 المتعلق بالتأمينات وذلك بنص المادة 166 منه: "يجب على الناقلين العموميين للمسافرين عن طريق البر أن يكتتبوا تأميناً يغطي مسؤوليتهم المدنية تجاه الأشخاص المنقولين... يجب أن يكون الضمان المكتتب كافياً سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية."

فهل يمكن للناقل رغم تحقق هذه المسؤولية بتوافر شروطها، التخلص منها بأن يواجه الراكب بإتفاق يهدف من ورائه إعفاءه من المسؤولية كلياً ؟

<sup>1</sup> المقدادي عادل علي عبد الله : مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن ،(دط)،سنة1997، ص 20

لقد ورد في نص المادة 65 تجاري جزائري<sup>1</sup> مايلي: "يكون باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين".

فقد ورد في هذا الصدد قرار المحكمة العليا ملف رقم 27429 بتاريخ 1983/03/30<sup>2</sup> حيث إعتبرت المحكمة مسؤولية ناقل الأشخاص عن ضمان مسؤولية سلامة المسافر، واجب قانونا حسب المادتين 62 و 63<sup>3</sup> من القانون التجاري، حيث نص القرار على أنه: "إذا كان من السائد فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين فإن الأمر ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص الذي أوجب فيه القانون على الناقل ضمان سلامة المسافر وحمله المسؤولية المترتبة عن إخلاله بذلك الإلتزام، وفي هذا السياق إعتبر كل شرط يرمي إلى إعفاء المسؤولية مخالفا للنظام العام، غير أنه جاز التخلص منه كليا أو جزئيا عن طريق إثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة".

والحكمة من منع مثل هذا الاتفاق أنه يؤدي إلى تعطيل إلتزام ضمان سلامة الراكب بدنيا طول فترة تنفيذ عقد النقل، وهذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة لا يعفيه منه سوى إثبات القوة القاهرة أو خطأ المسافر.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> القانون رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005 ، جريدة رسمية عدد 11، سنة 2005.

<sup>2</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 1، سنة 1986، ص 42-44.

<sup>3</sup> المادة 62 من القانون التجاري الجزائري: "يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافر وأن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد".

<sup>4</sup> العرياوي نبيل صالح : مسؤولية الناقل البري على نقل البضائع والأشخاص في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان ، الجزائر، سنة 2009، ص 234.

## ثانيا: نقل البضائع

لقد أجازت المادة 52 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري على إمكانية الاتفاق على إعفاء الناقل كليا عن التأخير في التسليم مالم يصدر خطأ عمدي أو جسيم منه. فيما منعت جواز الإعفاء في الفقرة 3 من نفس المادة التي جاء فيها بأنه: " يكون باطلا كل إشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي أو التلف."

وبحسب المادة 52 تجاري جزائري فإن مسؤولية الناقل تشمل أفعاله وأفعال مستخدمه أو تابعيه ويعتبر مستخدما كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الإلتزامات المترتبة على عقد النقل ، بموجب هذا النص لا يجوز إعفاء الناقل من أخطاء تابعيه، وذلك على خلاف الحكم المقرر في القانون المدني الذي يجيز الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على أخطاء التابعين ولو صدر عنهم خطأ جسيم أو غش.

كما أجازت المادة 66 تجاري جزائري هذه الإتفاقات بما جاء فيها : " يجوز للناقل إستنادا لإشتراط كتابي مدرج في سند النقل ومطابق للقوانين و الأنظمة الجاري بها العمل ومبلغ للمسافر، وفيما عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه بنفسه أو من يستخدمه إعفاءه كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن التأخير أو الأضرار غير البدنية الحاصلة للمسافر."

## الفقرة الثانية: الإعفاء في عقد النقل البحري

## أولاً: : نقل الأشخاص

نجد أن المشرع الجزائري فضلا على مانص عليه في المادة 811 من القانون البحري<sup>1</sup> على عدم إمكانية الاتفاق على أي إعفاء لمسؤولية الناقل، وكذا نص في المادة 282 بحري جزائري على أنه: "يعد الناقل مسؤولا عن الضرر المؤدى للوفاة والإصابات الجسمانية للراكب..". فمفاد هذين النصين الإجماع على منع الإعفاء الإتفاقي لمسؤولية الناقل عن الأضرار البدنية التي تصيب المسافرين.

وفي جميع الأحوال يكون الناقل مسؤولا هو أو أحد تابعيه عند ارتكاب غشا أو خطأ جسيما ولا يكون الأمر كذلك إن تم الإشتراط على الإعفاء في غير حالات الضرر البدني حيث يجوز بموجب القاعدة العامة الواردة في المادة 178 مدني جزائري أن يشترط الناقل إعفاءه من المسؤولية التي تترتب على خطأ تابعيه الجسيم وعن غشهم. على أنه يجوز شرط الإعفاء في حالة النقل المجاني، فقد جاء في الفقرة 2 من المادة 850 بحري جزائري على أنه: " لا يسري مفعولها على النقل البحري التطوعي ولا على المسافرين خفية ."

وأخيرا نجد أن المادة 848 بحري جزائري أن مسؤولية الناقل البحري عن وفاة أو الإصابات الجسمانية لأحد المسافرين أو في حالة ضياع الأمتعة، محدودة بالمبالغ المحسوبة حسب المبادئ المعدة لهذا الشأن في الإتفاقيات الدولية والتي تكون الجزائر طرفا فيها .

<sup>1</sup> القانون رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 ، المتضمن القانون البحري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 ، الجريدة الرسمية، عدد 47، سنة 1998.

### ثانيا: نقل البضائع

لقد تناول المشرع الجزائري في المادة 738 من القانون البحري الجزائري بأنه: "يتعهد الناقل بموجب عقد نقل البضائع عن طريق البحر، بإيصال بضاعة معينة من ميناء إلى آخر، ويتعهد الشاحن بدفع المكافأة و المسماة أجرة الحمولة." وأيضا جاءت في المادة "ب" من معاهدة بروكسل لعام 1924<sup>1</sup> والمتعلقة بتوحيد نظام سندات الشحن التي نصت على أن: "عقد النقل يطبق فقط على عقود النقل المثبتة بسند الشحن أو بأية وثيقة تكون سند نقل البضائع بحرا، وكذلك ينطبق على سند الشحن أو وثيقة مماثلة صادرة بسبب شارطة إيجار السفينة إبتداءا من الوقت الذي ينظم فيه هذا السند العلاقات بين الناقل وحامل سند الشحن."

الأصل أنه يعد باطلا كل شرط يوضع أو يتفق عليه يكون الهدف منه إعفاء الناقل البحري للبضائع من المسؤولية كون أن مسؤوليته تعاقدية أساسها إلتزام بتحقيق نتيجة وذلك بحسب المادة 802 من القانون البحري الجزائري، لكن هناك حالات إستثنائية جاز فيها الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية.

<sup>1</sup> معاهدة بروكسل الدولية الموقعة في 25 أوت 1924 والمتعلقة بتوحيد نظام سندات الشحن، ولها بروتوكلين معدلين لها، الأول موقع بتاريخ 1968/02/23 ببروكسل ويتضمن قواعد فيسبي الذي دخل حيز التنفيذ يوم 23 جوان 1977، والثاني موقع بتاريخ 1979/12/21 ودخل حيز التنفيذ في 14 فيفري 1984، وانضمت الجزائر إلى إتفاقية بروكسل بموجب المرسوم 64-71 المؤرخ في 1964 ولم تنظم للبروتوكولين المعدلين لها. جبارة نورة : نظام إعفاء الناقل البحري للبضائع، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2008، ص 1، 2.

## 1- عدم جواز الإعفاء من مسؤولية الناقل البحري:

لقد إعتبرت المادة 811 من القانون البحري على أنه يعد باطلاً أو عديم المفعول كل شرط تعاقدى يكون هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر مايلي:

- إبعاد أو تحديد المسؤولية الخاصة بالناقل أو الناجمة عن المواد 770 و 773 و 780 و 802 و 803 و 804 من هذا الكتاب. وهو ما تقابلها المادة 3فقرة 8 من معاهدة بروكسل 1924، وتتعلق هذه الأخيرة بإلتزاماته الخاصة بإعداد السفينة وجعلها صالحة للملاحة وإستقبال البضائع كذلك إلتزاماته المتعلقة بشحن و رص ونقل وتفريغ والعناية بالبضائع.<sup>1</sup>

- منع الناقل من الإستفادة من مبلغ التأمين على البضاعة، حيث يتبع الفقرة 3 من نفس المادة 811 من القانون البحري بأن هذا الشرط يعد إعفاء من المسؤولية إذ أن الناقل عندما يستفيد من مبلغ التأمين يدفع للمؤمن على البضاعة فيغطي مسؤوليته الناشئة عن أخطائه التعاقدية حيث يعتبر في حكم إعفاء الناقل من المسؤولية، ويقع بالتالي هذا الشرط باطلاً بطلانا مطلقاً.<sup>2</sup>

## 2- جواز الإعفاء من مسؤولية الناقل البحري:

توجد شروط يجوز إدراجها في وثائق الشحن والتي بموجبها يعفى الناقل من المسؤولية وذلك وفقاً لقانون البحري الجزائري حسب المادة 812 منه وكذلك ماجاء في معاهدة بروكسل وهي:

<sup>1</sup> بو دليو سليم : عقد النقل البحري للبضائع في القانون الجزائري، رسالة ماجستير ، جامعة عنابة،الجزائر،سنة 1999، ص 85.

<sup>2</sup> حسن يونس: العقود البحرية ، دار الفكر العربي القاهرة،مصر، (د ط)،سنة 1978 ،ص 126.

- في نقل بضائع السطح يستطيع الطرفان الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية كون ذلك مسموح بإعتبار للمخاطر التي تحيط بهذا النوع من النقل.

- كذلك النقل بالنسبة للحيوانات يمكن الاتفاق على الإعفاء الناقل من المسؤولية كون هذه الحيوانات تحتاج رعاية خاصة.

- في حالة الظروف غير العادية والبضائع المشحونة فلقد أجازت المادة السادسة من معاهدة بروكسل 1924 في هاتين الحالتين للناقل أن يبرم مع الشاحن إتفاق يتعلق بمسؤوليته فيستطيع إعفاء نفسه من المسؤولية كليا ،لكن شرط أن لا تكون قد صدرت أية وثيقة شحن وأن يكون في إيصال و يصبح وثيقة غير قابلة للتداول، وأن يؤشر في الإيصال على هذه الظروف غير العادية أو أوصاف البضائع المشحونة.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أخيرا أن أحكام القانون البحري الجزائري فيما يتعلق بمسؤولية مالك السفينة عن الأضرار التي قد تصيب الأشخاص أو التي تصيب الأموال وتحديد مسؤوليته عن كل نوع منها تقوم وفق أسس مغايرة تماما لتلك الواردة فيما يتعلق بمسؤولية الناقل البحري في عقد البضائع الذي لا يثبت إلا بالكتابة وأساس العلاقة بين الناقل البحري للبضاعة و الشاحن هو سند الشحن ،بما يتضمنه من أحكام وبيانات وإجراءات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بو دليو سليم، المرجع السابق، ص 86، 87.

<sup>2</sup> محمود شحمات: الموجز في القانون البحري الجزائري ، دار بلقيس ،الجزائر (د ط)،سنة 2014، ص 172.

## الفقرة الثالثة: الإعفاء في عقد النقل الجوي

تم إصدار القانون الجوي الجزائري المتعلق بتحديد القواعد العامة بالطيران المدني في الأمر رقم 98-06 مؤرخ في 27 جوان 1998<sup>1</sup>، فبوجوده تم وضع أحكام خاصة تنظم مسؤولية الناقل الجوي، وقد إقتدى قانون الطيران الجزائري بالأحكام المنظمة له من قواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في 12 أكتوبر 1929 ومن بروتوكولات لاحقة منها بروتوكول لاهاي المؤرخ في 28 سبتمبر 1955<sup>2</sup>.

## أولا: نقل الأشخاص

إن أهم الإلتزامات التي يترتبها عقد نقل الجوي للأشخاص على عاتق الناقل الجوي الإلتزام بضمان سلامة الركاب، فقد نصت المادة 145 من قانون الطيران المدني الجزائري الموافقة للمادة 17 من إتفاقية وارسو على مايلي: "الناقل الجوي مسؤول عن الخسائر و الأضرار التي يصاب بها الشخص المنقول والتي تؤدي إلى الوفاة أو تسبب له جرحا أو ضررا شريطة أن يكون سبب تلك الخسارة أو الجرح قد حدث على متن الطائرة أو خلال أية عملية إرتكاب أو إنزال " ، كما أن الناقل وفقا للمادة 147 من قانون طيران والمادة 19 من إتفاقية وارسو قد حملت الناقل الجوي مسؤولية الأضرار الناجمة جراء تأخر في وصول الأشخاص ، وعليه فهو ملزم بتعويض الأضرار التي تلحق الركاب وفي حالة تحقق مسؤوليته بفرض عليه الحد الأقصى للتعويض المقرر وفقا للإتفاقيات والمادة 150 من قانون الطيران الجزائري المقررة بمائتي وخمسين ألف وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر .

<sup>1</sup> القانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 جوان 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية، العدد 48، سنة 1998.

<sup>2</sup> وقد صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 64 - 74 المؤرخ في 02/03/1964، الجريدة الرسمية رقم 26.

لكن الناقل الجوي يمكنه دفع مسؤوليته وفقا لما جاء في نص المادة 148 فقرة 1 من قانون الطيران المدني الجزائري المستقى من المادة 20 من معاهدة وارسو التي نصت على أنه: "لا يكون الناقل مسؤولا إذا أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتقادي الضرر أو كان يستحيل عليهم إتخاذها"، وكذلك ما جاء المادة 149 من قانون الطيران الموافقة للمادة 21 من إتفاقية وارسو التي تعفي الناقل الجوي أيضا من مسؤوليته إذا أثبت أن خطأ المضرورتسبب أو ساهم في الضرر.

فقد يسعى الناقل الجوي إلى تضمين عقد النقل شرطا يقضي إما إلى إعفاءه كليا أو إلى التخفيف منها، والتي إعتبرتها إتفاقية وارسو أنها باطلة سواء كانت تهدف للإعفاء أو التخفيف بطريق مباشر أو غير مباشر .

وذلك مانصت عليه المادة 23 منها: "كل شرط يهدف لإعفاء الناقل من مسؤوليته أو إلى تقرير حد أدنى من الحد المعين في هذه الإتفاقية يكون باطلا وكأن لم يكن .على أن بطلان هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان العقد الذي يظل خاضعا للإتفاقية."

ولكن يمكن الخروج عن هذا البطلان المقرر لإتفاقات الإعفاء من مسؤولية الناقل وذلك بالنزول عن الحد الأقصى للتعويض المقرر في الإتفاقية<sup>1</sup>، في حالة ما إذا كان الاتفاق بعد وقوع الضرر.

<sup>1</sup> الحد الأقصى الذي وضعته إتفاقية وارسو حسب المادة 21 منها بأن تكون مسؤولية الناقل الجوي محدودة قبل كل راكب بمبلغ بمائتين وخمسة و عشرون فرنك.في حين الحد الأقصى للتعويض في برونكول غواتيمالا سيتي سنة 1971 الذي واكب التطور في صناعة الطائرات وانخفاض قيمة النقود حيث تم مضاعفة المبلغ الذي يلتزم به الناقل الجوي في حالة تأخر الراكب أو إصابته بأذى جسدي إلى مائتين وخمسين ألف فرنك لكل راكب،ويمكن تحويل هذه المبالغ إلى عملات وطنية بخلاف العملة الذهبية ، في حالة رفع دعوى قضائية . محمد نعيم علوة: موسوعة القانون الدولي العام، القانون الجوي ، منشورات زين الحقوقية ، ( د ط)، سنة 2012، ج 4 ، ص 171.

### ثانيا: نقل البضائع

إن إلتزام الناقل الجوي عن نقل البضائع هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة فقد نصت المادة 146 من قانون الطيران المدني الجزائري على أنه: "يكون الناقل بالطائرة مسؤولاً عن الخسائر و الأضرار الناتجة عن ضياع أو تلف أو خسارة تصيب الأمتعة المسجلة أو الشحن شرط أن يكون السبب الأصلي للخسارة قد حدث في الوقت الذي كانت فيه الأمتعة المسجلة أو الشحن تحت حراسة الناقل الجوي..". كما نصت المادة 147 من نفس القانون على أن: "الناقل الجوي مسؤول عن الخسائر الناتجة عن تأخر في النقل الجوي... و الأمتعة و الشحن...".

فإذا تحققت مسؤوليته وجب عليه تعويض المتضرر بالمبلغ الأقصى المحدد في الإتفاقيات الدولية الخاصة بالطيران المحددة مثلا في إتفاقية وارسو في مادتها 22 في فقرتها الثانية بتحديد مسؤولية الناقل الجوي بمبلغ مائتين وخمسين فرنكا عن كل كيلوجرام وفيما يخص الأشياء التي يحتفظ المسافر بحراستها كالحقائب اليد ، فإن مبلغ التعويض عنها هو خمسة آلاف وحدة حسابية لكل راكب كحد أقصى.<sup>1</sup>

من خلال ماسبق يمكن للناقل الجوي دفع المسؤولية الناشئة عنها ضرر في البضائع أو ضياعها من خلال مانصت عليه المادة 148 من قانون الطيران المدني الجزائري بأنه لا يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن نقل الأمتعة والشحن عندما يبرهن أنه اتخذ صيغة كل مندوبيه الإجراءات الضرورية لتفادي الخسارة أو استحالة اتخاذهم ذلك وهي وسيلة لنفي مسؤوليته.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد نعيم علوة ، المرجع السابق، ص 191.

<sup>2</sup> كما أضافت نفس المادة 148 وكذلك المادة 149 طريقتين لنفي المسؤولية عن الناقل الجوي وذلك: بإثبات نشوء الضرر جراء عيب في البضاعة أو عن خطأ الشخص المتضرر.

بعد ما وجدنا أن إتفاقية وارسوا منعت أي إدراج لشروط معفية لمسؤولية الناقل بشأن الأضرار التي تصيب الركاب، إلا أنه في المادة 12 من بروتوكول لاهاي أورد إستثناء هاماً في حالة نقل البضائع حيث أجاز الإتفاقات التي يضعها الناقل لإعفائه عن ضياع البضاعة أو عن الضرر الناتج عن عيب ذاتي فيها.

### المبحث الثاني:

#### درجة التخفيف من المسؤولية العقدية

من المنطق السليم في منح الإرادة التي أنشأت أصل المسؤولية الحق في تعديلها بالإعفاء - كما سبق لنا دراسته - فإن الاتفاق على التخفيف منها يدخل ضمن نفس المبدأ وهو سلطان الإرادة، إن أعمال إتفاقات تخفيف المسؤولية يؤدي لنتائج أقل خطورة من وجهة نظر إقتصادية من أعمال إتفاقات الإعفاء، كونها لاتحرم الدائن من التعويض.

لقد وضعت عدة تعاريف للإتفاق المخفف من المسؤولية العقدية شابها بعض القصور، حيث إقتصرت على صورة مخففة دون أخرى، في حين وجد تعريف أكثر توسع لإتفاق التخفيف من المسؤولية العقدية جاء فيه بأنه: "عبارة عن بند يرد في عقد أو في إتفاق منفصل، تخفف بموجبه مسؤولية المدين وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية، أو بالتخفيف في تقييم مسلك المدين بحيث لا يطالب المدين بالعناية التي تفرضها القواعد العامة، وإنما بالعناية التي ينص عليها الإتفاق، والتي تكون أقل منها في القواعد العامة."<sup>1</sup>

فمن خلال هذا التعريف نجد أن إتفاق التخفيف يعدل المسؤولية من ناحيتين، الأولى من الناحية الكمية وذلك في حصر أثرها في جزء منها فقط، و من ناحية ثانية يمس التعديل نوعية الإلتزام نفسه .

<sup>1</sup> احمد سليم فريز نصره، المرجع السابق، ص 36.

وهذا ما سندرسه من خلال ثلاث مطالب نحاول فيها الإلمام بهذه الدرجة من التخفيف وعليه سنتطرق في المطلب الأول لأوجه التخفيف من المسؤولية العقدية، ثم نتعرف في المطلب الثاني على أثر التخفيف من المسؤولية العقدية، وأخيراً نصل في المطلب الثالث لتطبيقات حول جواز و عدم جواز الإتفاقات المخففة من المسؤولية العقدية.

### المطلب الأول:

#### أوجه التخفيف من المسؤولية العقدية

كما سبق ذكره أن الإتفاق على تعديل المسؤولية العقدية بالتخفيف من درجتها يأخذ عدة صور كونها قد تمس كمية الإلتزام أو نوعيته، ولهذا سنتعرض لجميع هذه الصور التي تتدخل فيها الإرادة لتخفيفها من خلال الأوجه التالية :

#### الفرع أول

#### إعفاء المدين اعفاء جزئي من المسؤولية

قد يأخذ الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية صورة الإعفاء الجزئي منها فيتم الاتفاق على إستبعاد بعض الأضرار دون الأخرى من التعويض، فيتم الاتفاق مثلاً على أن المدين يسأل عن تعويض الأضرار الناجمة عن خطئه المادي جراء عدم تنفيذ إلتزامه أو التأخر في التنفيذ أو تنفيذه تنفيذاً معيباً، دون أن يسأل عن تعويض أية أضرار أدبية لحقت بالدائن جراء ذلك الخطأ<sup>1</sup>.

ومن الملاحظ أن الفرق بين الاتفاق المعفي جزئياً من المسؤولية العقدية وبين الاتفاق على الإعفاء منها، يكمن في أن الأول يرد على جزء من المسؤولية العقدية في حين يرد الثاني على مجمل المسؤولية - لكن لا يكون الإعفاء من المسؤولية المترتبة على العقد بكليته وإنما على أحد أو بعض آثاره على أن لا يمس الاتفاق المعفي من

<sup>1</sup> أحمد خوالدة مفلح، المرجع السابق، ص 127

المسؤولية الإلتزامات الرئيسية في العقد- إلا أن هذه التفرقة في الحقيقة شكلية ولا أثر لها على الأحكام المطبقة في كل من صورتى التعديل السابقتين، فيطبق على الإعفاء الجزئي بإعتباره صورة من صور التخفيف ما يطبق على الإعفاء الكلي لمسؤولية المدين من أحكام<sup>1</sup>، فإن هذه الصورة من التخفيف تختلف عن شرط الإعفاء من ناحية واحدة فقط وهي الناحية الكمية في حين نجد أن الفرق بين الاتفاق على الإعفاء وباقي صور التخفيف الأخرى يكون الإختلاف عنها نوعياً.

### الفرع الثاني

#### الإتفاق على تدرج الإلتزام من تحقق نتيجة إلى بذل عناية

بإعتبار أن التصنيف الذي إستحدثه الفقيه الفرنسي "ديموج" مع مطلع هذا القرن، إرتكز على أن النتيجة التي يتعهد بها المدين في الإلتزامات التعاقدية في مجملها تدور حول نوعين، أولهما التعهد بتحقيق نتيجة أو غاية معينة، والنوع الثاني التعهد ببذل الجهد و العناية المطلوبة فقط<sup>2</sup>، فيقع على عاتق المدين في النوع الأول تحقيق نتيجة معينة تكون هي محل إلتزامه، فلا يتم تنفيذ العقد و لا تبرأ ذمة المدين إلا إذا تحققت الغاية المقصودة بمعنى أن الإلتزام هنا يتحدد فيه مضمون الأداء بالنتيجة المحددة التي يرمى الدائن إلى تحقيقها والمتفق عليها مسبقاً وهذا بحسب ما ورد في قرار المحكمة العليا ملف رقم 53010 بتاريخ 1988/05/25<sup>3</sup>، ومثال ذلك إلتزام البائع بنقل الملكية و بتسليم الشيء المبيع للمشتري.

أما الإلتزام ببذل عناية: ففيه يقتصر إلتزام المدين على بذل العناية المطلوبة اللازمة لتحقيق الهدف المعين الذي قصد الدائن تحقيقه سواء تحقق الهدف المنشود أو لم يتحقق فيكفي إذا أن يقوم المدين ببذل العناية الواجبة وهي بحسب المادة 172 من القانون

<sup>1</sup> احمد سليم فريز نصره، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> علي فيلاي: النظرية العامة للعقد، ص 26.

<sup>3</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا العدد 2، سنة 1993، ص 11.

المدني الجزائري عناية الشخص المعتاد أو الرجل المتبصر العادي"<sup>1</sup>، مثال ذلك: إلتزام الطبيب بعلاج المريض فهو يبذل العناية والجهد المطلوب لتحقيق شفاؤه ولا تقوم مسؤوليته إذا لم يتم شفاء المريض مادام لم يكن هناك تقصير منه.

وعليه فإن إلتزام إرادة الطرفين إلى تحويل إلتزام معين يشترط فيه تحقيق النتيجة المرجوة من التعاقد إلى الإلتزام ببذل عناية يعد من قبيل التخفيف من المسؤولية المترتبة على إخلال المدين بالإلتزامه ، فلا يكون إذا مسؤولاً عن فعله المجرد من الخطأ ولا تتحقق مسؤولية المدين إلا إذا أثبت الدائن إرتكابه خطأ ولو كان تافهاً.<sup>2</sup>

ومن أمثلة على هذا الوجه من التخفيف هو أن يتفق المورد على أن يلتزم بتوريد آلات بجودة معينة دون أن يشمل إلتزامه تركيبها ولا ضمان تشغيلها للتحقق من صلاحيتها، فالمورد هنا حول إلتزامه الأصلي من تحقيق نتيجة وهي ضمان تشغيل الآلات إلى إلتزام ببذل عناية فيكون بذلك قد تحقق إلتزامه ولو لم يتم تشغيل هذه الماكينات .

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، 53، 54 .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م 1، ج2، ص675.

## الفرع ثالث

## الإتفاق على تخفيف من درجة العناية المطلوبة

إن الأصل التزام المدين ببذل العناية المفروضة على الرجل العادي في أدائه لأعماله و ذلك ما جاءت به المادة 172 مدني جزائري : "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطه في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك." فمن بين الأمثلة القانونية على الإلتزام ببذل عناية المادة 576 مدني جزائري جاء فيها: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي."

فمن الممكن الإتفاق على جعل الإلتزام بالعناية المطلوبة أقل حرصا من عناية الرجل العادي ،فلو كان ينبغي عليه أن يبذل في الحفاظ على الأشياء المعارة العناية التي يبذلها في الحفاظ على أمواله الخاصة بما لا يقل عن عناية الرجل العادي في حفظه على أشياءه فيمكن هنا أيضا الإتفاق على تخفيف درجة العناية مثال ذلك: إذا إستعارت شركة من شركة أخرى رافعة وجب على الشركة المستعيرة أن تحافظ عليها كما تحافظ على أموالها الخاصة ولو كانت تزيد عن عناية الرجل المعتاد ،فإذا كانت تدير رافعاتها عن طريق مهندسين وخبراء يجب أن تفعل نفس الشيء مع الروافع المستعارة، لكن يمكن الإتفاق على أن الشركة المستعيرة لا تكلف بأكثر من عناية الرجل العادي ، فلا تكون الشركة المستعيرة مخطئة إذا كانت إدارة هذه الرافعة عن طريق عمال فنيين عاديين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أحمد خوالدة مفلح ،المرجع السابق، ص128؛ دسوقي محمد إبراهيم : الجوانب القانونية ، ص 174.

## الفرع الرابع

## الاتفاق على انقاص مدة التقادم

يعمل الاتفاق على إنقاص مدة التقادم على إسقاط الإلتزام بالتعويض في مدة يحددها الطرفان أقصر من المدة المقررة لذلك قانونا ،فقد نص المشرع على ذلك في المادة 386 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه : "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلي المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام ، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف."

فالغاية من هذا الإنقاص في مدة التقادم هي إعفاء المدين وإبراء ذمته من هذا الإلتزام فور إنصراف المدة التي عينها لذلك ،رغم أنه كان يجب أن يبقى ملتزما به لولا وجود هذا الاتفاق إلى أمد أطول ،وعلى هذا يعتبر الاتفاق بمثابة شرط إعفاء من التعويض ولكنه مؤخرا فهو يعفى المدين من هذا الإلتزام،لكن ليس بمجرد نشوئه إنما في تاريخ لاحق<sup>1</sup> .

إلا أن المشرع الجزائري لم يترك الأمر مطلقا بل جعله كإستثناء ففي المادة 322 في فقرتها الأولى من القانون المدني وضع قاعدة آمرة على تحريم إنقاص المدة اللازمة لرفع دعوى المسؤولية ،وقد سار على نهج المشرع المصري في الفقرة الأولى من الفصل 388 من القانون المدني الجديد حيث جاء فيها: "...كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"،كون حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ولا ينبغي تطبيقه بمشيئة الأفراد.

<sup>1</sup> إدريس فتاحي ،المرجع السابق، ص 48.

## الفرع الخامس

## الاتفاق على حد أعلى من التعويض

يكون الاتفاق على تخفيض مقدار التعويض عن الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزاماته المتولدة عن العقد بأن يتفقا على جعل حد أقصى للتعويض لا يمكن تجاوزه مهما بلغت فداحة الضرر، أو أن يتفقا على إلتزام المدين بالتعويض بنسبة معينة من الضرر دون الباقي، كأن يلتزم بقيمة محددة كالنصف أو الربع.<sup>1</sup>

يلجأ عادة لهذه الصورة من التخفيف من المسؤولية العقدية المتعاقدين في المجالات التي يكون فيها احتمال نشوء ضرر للغير كبير ومثال ذلك شركات النقل الجوي أو البحري أو البري، مما يرتب عنها تشجيع هذه المجالات وجعل التأمين أمرا ميسورا لإقبال شركات التأمين على تغطية هذه المخاطر طالما أن مسؤوليتها محدودة مسبقا في مقدار معين وذلك نظرا لأن أقساط التأمين منخفضة، كما يساهم في تخفيض المقابل الذي يلتزم به المتعاقد الآخر لأن الشاحن مثلا يفضل التعامل مع شركات ذات تعريفه منخفضة رغم أن مسؤوليتها محدودة وقد يعزف عن التعامل مع شركات ذات مسؤولية كاملة وتعريفها مرتفعة، ويؤخذ على هذا الوجه من التخفيف أن وضع الحد الأقصى للتعويض يجعله خاصة في الشركات التي تتبعه بمثابة عقد إذعان لا يملك المتعاقد مناقشة هذا الحد بل عليه أن يقبل به خاصة عندما يكون مضطرا للتعامل معها، فضلا عن مثل هذا الشرط يؤدي إلى الإهمال وعدم الاستقرار بين الناس على عكس ما إذا كانت المسؤولية كاملة فإنها تعد هاجس للحرس والحذر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد جمال الدين زكي، مشكلات في المسؤولية، ج2، ص175.

<sup>2</sup> إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص47، 46.

وبعد عرضنا لهذا الوجه من التخفيف وجدناه مناط إختلاف بين الفقه والذي سبق لنا التطرق له في التمهيد، فمنهم من لا يدخله ضمن صور الإتفاقات المخففة للمسؤولية العقدية و يحصره فقط ضمن نظام التعويض الإتفاقي<sup>1</sup>، في حين ذهب البعض الآخر من الفقه - وهو الأرجح بإعتقادي - إلى إعتبار أن الاتفاق على مبلغ أقل من التعويض المقرر في حالة إعمال المسؤولية العقدية يعد من قبيل تعديل قواعد المسؤولية العقدية<sup>2</sup>، وعليه فإن صورة الاتفاق على تخفيض التعويض بوضعه على شكل حد أقصى لا يتم تجاوزه ولو كان الضرر في الغالب يفوقه يعد من أوجه التخفيف من المسؤولية العقدية على المدين.

<sup>1</sup> - من بين الفقهاء الذين لا يعتبرون هذا الشرط تخفيفا للمسؤولية : أحمد خوالدة مفلح، المرجع السابق، ص 126-129؛ مندر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 1992، ج 1 ص311، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م1، ج1، ص673 - 689 .

<sup>2</sup> من بين الفقهاء الذين يعتبرون هذا الشرط تخفيفا للمسؤولية: محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية، ج2، ص171، سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ص644، فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص447، 448، إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص51.

## المطلب الثاني

## أثر الإتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية

سنتناول في هذا المطلب الأثر الذي ينتجه الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية و الذي يصب أساسا على عبء الإثبات وكذلك على أثره بالنسبة لإلتزام المدين المستفيد من هذا الإتفاق.

## الفرع الأول

## من حيث الإثبات

إن أهم ما ينتج عن قبول الدائن الاتفاق على وجه التخفيف من المسؤولية العقدية الناتج عن تحويل نوع الإلتزام من تحقيق غاية إلى بذل عناية هو تخليه وسقوط حقه في القرينة القانونية الممنوحة له للإثبات التي تقوم على إعتبار موضوعي بحيث كانت ستكفي الدائن مجرد إثبات الإلتزام وعدم تنفيذه لقيام المسؤولية العقدية على المدين، في حين أن قبول الدائن بإرادته للإتفاق المخفف من نوع إلتزام المدين لبذل عناية فقط يحمله على عاتقه إثبات قيام المدين بخطأ في بذل العناية المطلوبة لتنفيذ هذا الإلتزام وهي عناية الرجل العادي فضلا عن إثبات قيام الإلتزام وعدم تنفيذه، ويترك المجال للمدين لنفي المسؤولية عنه بالسبب الأجنبي وفعل الدائن وفعل الغير، فهو يتقل كاهله بهذا الإثبات الذي يقوم على إعتبار شخصي للمدين .

وهذا الإشكال لا نجده مطروحا بالنسبة لتخفيف درجة الإلتزام ببذل عناية التي تبقى في نفس هذا الإطار حيث يبقى على الدائن إثبات أن الإلتزام لم يبذل فيه المدين القدر اللازم للعناية المتفق عليها وليس المطلوبة قانونا وهي عناية الرجل المعتاد .

لكن بالرغم من بقاء الدائن في نفس حيز الإثبات إلا أنه يكون أكثر صعوبة كونه يبقى مرهون بتفسير إرادة المدين التي تكون نسبية وفقا لمعيار ذاتي، مما يجعل من المستحيل أحيانا إثبات أن المدين بذل عناية أقل من عنايته في شؤون نفسه، لأن تلك العناية قد تتفاوت من فرد لآخر.

### الفرع الثاني

#### من حيث إلتزام المدين

يعد الاتفاق على تحويل الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية ، إعفاء ضمنا للمدين عن فعله المجرد ، الذي كان مسؤولا عنه في إلتزامه الأول بتحقيق غاية ،فمثل هذا الشرط يجعل المدين يتمسك بأن فعله ليس خطأ ولذا لا يكون مسؤولا بموجبه. في حين تخفيف درجة العناية المطلوبة للرجل العادي لا يكون المدين مسؤولا إن بذل العناية المتفق عليها والتي قد تقل عن درجة عناية الرجل العادي، لكن هذا الوجه من التخفيف لا يكون بصورة مطلقة فإن وصل تخفيف المدين لعنايته لدرجة الإهمال الشديد التي تقوده للخطأ الجسيم والغش ففي هذه الحالة يبقى المدين مسؤولا وأن الإتفاق لا يرتب أي أثر<sup>1</sup>.

وكون المحكمة لا يجوز لها أن تقضي بالتقادم تلقائيا<sup>2</sup>، فإن أثر الإتفاق على إنقاص مدة تقادم دعوى التعويض في حالة ورود هذا الاتفاق صحيحا لا يخالف القانون، أنه بمجرد مضي المدة المتفق عليها والمعينة للتقادم دون أن تمارس دعوى التعويض يؤدي ذلك إلى عجز الدائن عن رفع دعوى لإسترداد حقه بعد هذه المدة و إعفاء المدين وذلك بإبراء ذمته من الإلتزام بالتعويض نهائيا ، غير أن هذا لايعني سقوط حقه في الإلتزام إنما يسقط حقه في رفع الدعوى كإجراء .

<sup>1</sup> احمد سليم فريز نصره،المرجع السابق ، ص 152.

<sup>2</sup> علي فيلاي : النظرية العامة للعقد،ص 339، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 4، سنة 1991، ص 188.

## المطلب الثالث

## تطبيقات حول جواز و عدم جواز الإتفاق المخفف من المسؤولية العقدية

سنتناول في هذا المطلب بعض التطبيقات القانونية بخصوص الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بدرجتها المخففة في مجموعة من العقود المدنية التي أورد فيها المشرع موقفه حول إمكانية جواز مثل هذا التعديل أو عدم جوازه .

## الفرع الأول

## في عقد البيع

كما وجدنا سابقا أنه في عقد البيع يوجد مسألتين تقوم عليها المسؤولية العقدية للبائع المتمثلة في ضمان التعرض والإستحقاق كمسألة أولى، و ضمان العيوب الخفية في مسألة ثانية، وعليه سنرى مدى جواز إدراج الإتفاق المخفف لهذا الضمان في المسألتين السابقتين من عدمه.

## الفقرة الأولى:التخفيف من ضمان التعرض والإستحقاق:

نستعرض هنا لموقف المشرع الجزائري من تخفيف ضمان التعرض الشخصي للبائع و ضمانه التعرض من طرف الغير .

## أولاً:التخفيف من ضمان التعرض الشخصي للبائع.

فبحسب ما جاء في المادة 378 مدني جزائري التي تبقي البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك، نجد أن هذه المادة بعدما مست عدم جواز اسقاط هذا الضمان للبائع بإعفاءه منه وبمفهوم المخالفة نجد أن النص لا يمنع من جواز الاتفاق على التخفيف من المسؤولية الشخصية للبائع وهذا النوع من التخفيف من الضمان كثير الوقوع في الحياة العملية ،وقد يكون مرد ذلك إلى كثرة إستعمال عقود الإذعان ، وإنفراد البائع بوضع شروط العقد دون مناقشة الطرف الآخر،ومن دون شك فإن البائع عند وضعه لهذه الإتفاقات فهو يسعى

غالباً لتحقيق مصلحة على حساب مصلحة المشتري فيضمن بهذا الشرط في العقد الحد من مسؤوليته إتجاه المشتري ومثال ذلك "أن يشترط بائع متجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع".<sup>1</sup>

فقد يرد الاتفاق على التخفيف من الضمان وذلك بالإنقاص من الأعمال الموجبة للضمان ومثاله: أن يتفق الطرفان على عدم ضمان البائع لما قد يظهر على المبيع من حقوق إرتفاق لايعلمها البائع ، كما أنه قد يرد في صورة إنقاص التعويض الذي يستحقه المشتري كأن يتم الاتفاق في حالة الإستحقاق الكلي أن يلتزم برد الثمن الذي يقبضه دون قيمة الثمار أو المصروفات.<sup>2</sup>

### ثانياً:التخفيف من ضمان البائع تعرض الغير.

يجوز الاتفاق على التخفيف أو الإنقاص من ضمان البائع التعرض من طرف الغير بإتفاق خاص بين الطرفين ،كونه أكثر شيوعاً ويقصد منه عادة إعفاء البائع من بعض أوجه الضمان .

ويظهر التخفيف من ضمان تعرض الغير في إنقاص ما يرجع به البائع بالضمان من تعويض كالإتفاق على إنقاص مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري عند إستحقاق المبيع كلياً أوجزئياً ،أو أن يتم الاتفاق على إلتزام البائع في حالة الإستحقاق الكلي برد قيمة المبيع دون غيرها من عناصر التعويض الأخرى، أو الاتفاق على إلتزامه برد الثمن فقط ولو نقص ذلك عن قيمة المبيع وقت الإستحقاق، أو يتفق البائع مع المشتري على ألا يضمن المبيع في حالة ظهور حقوق خفية عليه للغير لايعلم بها وقت البيع.<sup>3</sup>

وهذا كله مالم يتعمد البائع إخفاء حق الغير عن المشتري وقت البيع ،أما إذا أخفى عن المشتري ذلك فإن كل إتفاق على إنقاص الضمان يعتبر باطلاً وبهذا تقرر في الفقرة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ج4، ص 639.

<sup>2</sup> تركي وليد ،المرجع السابق، ص 91.

<sup>3</sup> سي يوسف زهية حورية ،المرجع السابق، ص 275، 276.

من المادة 377 مدني جزائري بأنه: "ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."

### الفقرة الثانية: التخفيف من ضمان العيوب الخفية:

إن الاتفاق على التخفيف من وجه الضمان قد يمس أسباب الضمان كأن يشترط المشتري على البائع عدم ضمان العيوب كلها التي يمكن أن تنكشف في المبيع لا العيوب التي تحتاج إلى التخصص لإكتشافها ، أو كأن يشترط على المشتري عدم ضمان عيب معين بذاته.و من ناحية أخرى قد يمس التخفيف من هذا الضمان مدى التعويض كالإتفاق على إنقاص مبلغ التعويض أو أن يشترط البائع على المشتري إذا رد المبيع ألا يرد إلا أقل القيمتين سواءا قيمة المبيع سالما أو الثمن دون أي تعويض آخر<sup>1</sup>.

\*وباعتبار أن موقف المشرع الجزائري أقر بعدم جواز التنازل عن الضمان القانوني المقرر لمصلحة المستهلك وذلك بالإتفاق على إعفاء المتدخل منه، فإنه ووفقا لنفس المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش لا يجوز أيضا الإنقاص من هذا الضمان ويعد باطلا بطلان مطلقا كون مصدره هو القانون.

<sup>1</sup>عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص 756؛ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ج4 ص 182.

## الفرع الثاني

## في عقد الإيجار

بعد تبيين موقف المشرع الجزائري من عدم جواز الإنقاص والتخفيف من ضمان تعرض المؤجر الشخصي وذلك من خلال نص المادة 490 مدني جزائري على أنه: "يبطل كل إتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني".<sup>1</sup> فبمفهوم المعاكس لما جاء في هذه المادة يمكن الإتفاق على إنقاص الضمان الشخصي للمؤجر فيما يخص التعرض المادي، فالإنقاص المطروح في هذا النص من المادة الغير مسموح به هو ما يخص التعرض القانوني فقط<sup>1</sup>، كأن يتم الإتفاق على السماح للمؤجر القيام ببعض الأعمال التي تعد من قبيل التعرض المادي في حد ذاتها كالإتفاق على تعليية البناء في العين المجاورة المملوكة للمؤجر، وقد نتج عن ذلك حجب النور والهواء أو الإتفاق على السماح للمؤجر بدخول العين المؤجرة أو الإستفادة ببعض أجزائها كالنتزه في الحديقة.

وبخصوص مدى جواز تخفيف ضمان المؤجر لتعرض الغير لحق المستأجر فإنه بالإمكان الإتفاق على الإنقاص منه بمقتضى اتفاقات خاصة، كأن لا يكون للمستأجر حق فسخ عقد الإيجار في حالة التعرض المادي الصادر من الغير، ولو كان إخلال الغير بالانتفاع جسيما أو أن له في هذه الحالة المطالبة بإنقاص الأجرة فقط دون الفسخ<sup>2</sup>، ونفس الشيء بالنسبة للإتفاقات المخففة من ضمان العيوب الخفية فهي جائزة كونها ليست من النظام العام.

<sup>1</sup> هلال شعوه: الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2010، ص

122، 123.

<sup>2</sup> تركي وليد، المرجع السابق، ص 92.

تطبيقا للقواعد العامة في عدم جواز اشتراط الإعفاء من الغش أو الخطأ الجسيم في المسؤولية العقدية وفقا للمادة 178 في فقرتها الثانية التي أجازت الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ففي عقد الإيجار إذا كان المؤجر يعلم بأن للغير حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر وأخفى هذا الحق عن المستأجر عمدا، ثم اشترط إعفاءه من الضمان أو إنقاصه، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا وذلك ماجاء في المادة 490 مدني جزائري في فقرتها الثانية على أنه: "ويبطل كل إتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا".

### الفرع الثالث

#### في عقد المقاول

لقد تناول المشرع الجزائري فرضية الاتفاق على التعديل بالتخفيف من الضمان العشري الذي فرضه القانون على المقاول والمهندس المعماري فقد كان شديد الحكم بعدم جواز ذلك النوع من الاتفاق المخفف لهذا الضمان فضلا على منع الإعفاء منه فجعله من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته، وهذا ماجاء في نص المادة 556 مدني جزائري على أنه: "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

فالتخفيف أو الإعفاء الجزئي من الضمان العشري لايجوز حيث لا يمكن اشتراط أن يكون الضمان خمسة سنوات من وقت تسلم البناء بدلا من عشر سنوات أو اشتراط أن يقتصر الضمان على عيوب معينة دون عيوب أخرى أو أن لا يشمل الضمان عيوباً معينة بالذات، فكل هذه الإتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م1، ج7 ص 141.

وقد يرجع هذا الحرص الكبير من طرف المشرع المدني على رفض كل إتفاق يخل بفكرة الضمان العشري بصورة تقلله أو تسقطه إلى كون الضرر الذي ينجم عن أي عيب في البناء جراً خطأً أو إهمال المقاول والمهندس المعماري لا يعرض رب العمل للخسائر فقط بل يتعدى إلى الضرر بأشخاص وأموال خارجين عن العلاقة التعاقدية التي تجمعهم وهذا ما يرفضه القانون .

### الفرع الرابع

#### في عقد النقل

كما أوضحنا سالفاً في نقل الأشخاص بالنسبة لشرط الإعفاء الكلي لمسؤولية الناقل سواء كان النقل برياً أو جوياً أوحتى بحرياً ، فإننا وجدنا القانون والإتفاقيات الدولية قد وضعت نفس الحكم و هو المنع الذي أقرته على أي إتفاق يقضي بإعفاء أو تحديد من مسؤولية الناقل التي تمس جانب ضمان سلامة وأمن الركاب خاصة سلامتهم البدنية كونها تتعلق بأهم إلترام جوهري في عقد النقل ككل، وبالتالي جعلته باطلاً بطلانا مطلقاً .

أما فيما يخص نقل البضائع فقد سمح في جميع المجالات النقل تحديد إتفاقي لمسؤولية الناقل والمقصود بذلك هو أن يتفق كل من المرسل والناقل على أن يدفع الناقل تعويضاً محددًا في حالة مسؤوليته ،وتحديد المسؤولية يكون بوسائل مختلفة فقد يتم بناء على وضع حد أقصى لمقدار ما يمكن أن يلتزم به الناقل كتعويض وفي هذه الحالة لا يلتزم الناقل إلا في حدود هذا الحد الأقصى، ولكن إذا كان الضرر الذي أصاب البضاعة أقل من الحد الأقصى يلتزم الناقل بتعويض الضرر الحقيقي دون الزيادة ،وقد يتم التحديد على أساس تقدير مبلغ معين لكل وحدة من البضاعة المنقولة فلا يلتزم الناقل بأكثر من ذلك

المبلغ ولو كانت قيمة هذه الوحدة تتجاوزه، كذلك قد يحدد الناقل مسؤوليته بنسبة معينة من الضرر كالنصف أو الثلث أو الربع من هذا الضرر.<sup>1</sup>

-**ففي عقد النقل البري:** نجد أنه وبالإستناد إلى المادة 52 تجاري جزائري التي أجازت هذا الشرط الإتفاقي المكتوب في سند النقل المحدد لمسؤولية الناقل فيما يخص ضياع وتلف البضاعة، وقد دعمه قرار المحكمة العليا في القضية رقم 30914 بتاريخ 16/03/1983 بأنه: "من آثار العقد بإعتباره شريعة المتعاقدين... ولما كانت المادة 52 قانون مدني تجيز للناقل تحديد مسؤوليته عن الضياع أو التلف بإدراج بند في عقد النقل، فإن مطابقة ذلك البند للمقتضيات المذكورة تحول و القضاء على الناقل بتعويض يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه. إن قضاة المجلس بإستنادهم على ورقة النقل كانت الشركة الوطنية للنقل الحديدي حددت فيها مسؤوليتها عن تلف طرود بضاعة فقدت أثناء نقلها لايتجاوز التعويض 60 دج عن كل كلغ ، ألزمو الشركة المذكورة أداء مبلغ يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه فإنهم يكونون قد أخطؤوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض."<sup>2</sup>

-**أما في النقل الجوي** فقد وردت في المادة 12 من بروتوكول لاهاي كإستثناء من عدم جواز التخفيف فضلا عن عدم الإعفاء من مسؤولية الناقل الجوي بخصوص نقل الأشخاص وذلك بالسماح له بوضع شرط إتفاقي مخفف وحتى معفي من مسؤولية الناقل الجوي في حالة ضياع البضاعة أو عن الضرر الناتج عن عيب في البضاعة وتلفها جراء عيب ذاتي فيها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي: الإلتزامات والعقود التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر، ط1، سنة2014، ج1 ص 320.

<sup>2</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،العدد2، سنة 1989، ص 39.

<sup>3</sup> محمد نعيم علوة ،المرجع السابق ، ص191.

- وفي النقل البحري وجدنا أن المادة 812 بحري جزائري تبيح التحديد الإتفاقي لمسؤولية الناقل البحري في التعويض وذلك في سند الشحن فيمايلي:

\* عن المدة الواقعة بين إستلام البضاعة من قبل الناقل لنقلها لغاية البدء بتحميلها على متن السفينة وحتى نهاية تفرغها ولغاية تسليمها.

\* في نقل الحيوانات ونقل البضائع على سطح السفينة.

المبحث الثالث :

### درجة التشديد من المسؤولية العقدية

باعتبار أن الإرادة المعدلة للمسؤولية العقدية أفضت إلى جواز الإعفاء والتخفيف منها في إطار معين ،فيكون من الأخرى قدرتها على فرض إرادتها في تشديد قواعد المسؤولية العقدية و ذلك لمراعاة دقة الإلتزام .

ويكون المدين في مثل هذه الإتفاقات المشددة من المسؤولية العقدية غالبا ما يتقاضى ثمنا أكبر للأعمال أو الخدمات المتفق عليها في مقابل التشديد من مسؤوليته، كما أن المدين نفسه قد يعرض هذا التشديد ليثبت للدائن بأنه محل ثقة و ذلك ليغريه بقبول التعاقد.<sup>1</sup>

ولأهمية هذه الدرجة من التعديل سنظهر الأوجه المختلفة التي يكون عليها التشديد ،ثم نبين أثر هذه الأوجه على الإلتزام التعاقدى وعلى المتعاقد ،ثم ندعمها بالتطبيقات التي تبين لنا موقف التشريع المدني من هذا التشديد من المسؤولية العقدية.

وعليه سيكون التقسيم كمايلي ،سنعالج في المطلب الأول أوجه الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية، ثم في المطلب الثاني أثر الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية،وأخيرا في المطلب الثالث لتطبيقات حول جواز وعدم جواز الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية .

<sup>1</sup>دسوقي إبراهيم : الجوانب القانونية ، ص 174؛ أحمد خوالدة مفلح ،المرجع السابق، ص124.

## المطلب الأول:

## أوجه التشديد من المسؤولية العقدية

سنتناول في هذا المطلب الإتفاق المشدد للمسؤولية العقدية وصوره المختلفة التي تتجسد في السبب الأجنبي وكذا التشديد في نوع الإلتزام ودرجته وكذلك صورة الشرط الجزائي كل هذا في الفروع التالية .

## الفرع الأول

## تحمل السبب الأجنبي

من الثابت في التقنين المدني أن السبب الأجنبي هو السبب المباشر لنفي العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام وسلوك المدين فيدفع من خلاله المدين عنه قيام المسؤولية العقدية ،فالمقصود إذا بالسبب الأجنبي : "أنه واقعة غير متوقعة من قبل المدين تنشأ بسبب لا دخل لإرادته في حدوثها ،ويترتب عليه إنقطاع الصلة بين الفعل الصادر من قبل المدين والضرر الواقع بالدائن ومن ثمة إنتفاء المسؤولية المدنية ككل".<sup>1</sup>

وهذا ماجاءت به نص المادة 176 مدني جزائري بأنه: "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه،مالم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لايد له فيه ،ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه".<sup>2</sup> كذلك الأمر في نص المادة 307 مدني جزائري التي جاءت فيها أنه: "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> فرهاد حاتم حسين ،المرجع السابق، ص 202.

<sup>2</sup> يقابلها في القوانين العربية: المادة 215 مدني مصري، المادة 216 مدني سوري، المادة 168 مدني عراقي، المادة 218 مدني ليبي.

<sup>3</sup> يقابلها في القوانين العربية: المادة 373 مدني مصري، المادة 371 مدني سوري، المادة 179 مدني عراقي، المادة 360 مدني ليبي.

ويتجسد السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، في صور جاءت في المادة 127 مدني جزائري وهي كالتالي:

#### الفقرة الأولى: القوة القاهرة

في بداية الأمر لابد من التذكير من أن هنالك خلاف فقهي حول علاقة القوة القاهرة بالحادث المفاجئ إلا أن الجامع من الفقه<sup>1</sup> لايفرق بينهما لأن كليهما يرتب نفس النتيجة ألا وهي دفع المسؤولية عن المدعى عليه وأنها يتفقان من حيث ضرورة تحقق شروطهما، وهذا أيضا رأي القضاء في ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها في ملف رقم 25752، بتاريخ 1982/12/22<sup>2</sup>.

وبالتالي ففي القوة القاهرة ثلاث شروط لابد أن تتوفر للتحقق وتقوم على معيار موضوعي بحت وهي:

**أولاً: أن يكون الحادث خارجا عن إرادة الشخص:** فيجب أن يكون منبثقا من عامل خارجي عن المدين بإعتبار أنه إذا نسب إليه شخصا أو بسبب إهماله يكون مسؤولا عن نتائجه، كما يكون مسؤولا عن هذه النتائج إذا حصلت بفعل أحد تابعيه<sup>3</sup> أو الأشياء أو الآلات التي تحت يده وأحراسته<sup>4</sup>.

**ثانيا: يجب أن تكون القوة القاهرة غير متوقعة الحدوث عادة وقت توقيع العقد:** أي أنه ليس ضمن ما يمكن حدوثه في الظروف العادية، و يعد أمر التوقع من المسائل التي أخذت حيز إهتمام كبير، فهي الفارق بين عدم إمكانية ذلك في جميع الظروف وبين إمكانية التوقع التي يكون فيها المدين قد أخذ على عاتقه المخاطرة في حال حدوث ما

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج2، ص 867. محمد صبري السعدي: الواقعة القانونية، ج2 ص113، علي علي سليمان، المرجع السابق، فقرة 123،

<sup>2</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 1983 ص 58.

<sup>3</sup> مصطفى العوجي:، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (د ط)، سنة 2009، ج2 ص113.

<sup>4</sup> فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص 204.

يمنع من تنفيذ العقد أو أنه لم يتخذ الإجراءات اللازمة التي من شأنها تمنع حدوثه ففي الحرب مثلا يدخل ضمن التوقع إمكانية الإستيلاء على البضاعة فإذا حصل ذلك فلا يشكل قوة قاهرة، كما أن طبيعة الإلتزام تجعل التوقع ممكنا ففي نقل مبالغ كبير من المال فإن إحتمالية تعرضها للسرقة أمر ممكن الحدوث.<sup>1</sup>

**ثالثا: يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن دفعه:** فيجب أن تكون عدم القدرة على دفع الحادث من طرف المدين مهما بذل من جهد في سبيل ذلك، فلا يكفي أن تكون الإستحالة بالنسبة للمدعى عليه فقط بل يجب أن تكون كذلك بالنسبة لأي شخص وجد في نفس الظروف التي وجد هو فيها<sup>2</sup>، فإذا حصل حريق في مصنع حال دون تنفيذ الطلبية أو تم مصادرة البضاعة من قبل السلطة فإن هذا الحدث يكون غير قابل للدفع<sup>3</sup>، أما إذا كان الإلتزام يعد مرهقا أو صعبا لم يصل لحد الإستحالة، فلا يتم نفي المسؤولية العقدية عن المدين.

#### الفقرة الثانية : خطأ الدائن

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 177 مدني على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه."

إن خطأ المضرور بوصفه صورة من صور السبب الأجنبي وعارض من عوارض الرابطة السببية في المسؤولية العقدية شغل حيز إهتمام وذلك بإعتباره يدفع عن المدين مسؤوليته وذلك بحسب طبيعة هذا الخطأ وموقعه ودرجته، أو على الأقل التخفيف من هذه المسؤولية أو جعل المتضرر يتحمل جزءا من هذا التعويض خاصة عند إشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر .

<sup>1</sup> مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 111.

<sup>2</sup> أنور سلطان، المرجع السابق، ص 357.

<sup>3</sup> مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 113.

فينبغي التمييز بين الأثر المترتب على فعل الدائن الغير الخاطئ و فعله الخاطئ، فإذا كان فعل المتضرر (الدائن) الغير خاطئ يعد السبب الوحيد في إحداث الضرر اللاحق به أو كانت درجة فعله المجرد من الخطأ مستغرقة للضرر الحاصل به، فإن الدائن المتضرر هنا لا سيتحقق التعويض لعدم ترتب الضمان على فعل المدين لإستغراق فعله للضرر الواقع، أما إذا كان فعل الدائن خاطئ ترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية و ذلك يكون في حالة واحدة إذا كان فعله هو السبب الوحيد في إحداث الضرر<sup>1</sup>، أما في حالة إشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين فللقاضي بحسب المادة 177 السابقة السلطة التقديرية للحكم بنسبة كل خطأ.

### الفقرة الثالثة: فعل الغير

كما سبق لنا تعريف الغير على أنه هو الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولاً عنه وهو يعتبر سبباً أجنبياً و يترتب عن فعله نفي السببية إذا توافرت فيه الشروط المتوفرة في القوة القاهرة من عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع وهذا وفقاً لما إقتضت به المحكمة العليا في قررها ملف رقم 71728 بتاريخ 1990/09/24.<sup>2</sup>

ليس ضرورياً أن يتصف فعل الغير بالخطأ بل يكفي أن يكون ساهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة في الحلول دون قيام المدين بتنفيذ إلتزاماته " فإذا تعاقد صاحب أرض على البيع لجاره كمية من المياه من البئر ، وأقدم جار آخر له بحفر بئر في أرضه أدى إلى إنسياب الماء من بئر الجار الأول إلى الثاني ، مما حال دون تنفيذ الجار الأول لإلتزامه بتوفير كمية من المياه محل البيع، فيعتبر الجار الثاني مانعاً لمسؤولية الجار الأول دون قيام مسؤوليته هو أيضاً ، لأنه لا يمكن أن يسأل عن ممارسة حقه الذي منحه له القانون و إن أحدث ضرراً للغير لكنه ضرر مشروع بحكم القانون، ولكن يجب أن يكون

<sup>1</sup> فرهاد حاتم حسين ، المرجع السابق ، ص 208.

<sup>2</sup> المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 2، سنة 1992 ص 28.

ذلك بحسن نية ،أما إذا كان قد تم بسوء نية فيتسم عندها فعله بالخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

ويكون إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناتج عن سبب أجنبي مصدره خطأ الغير في حالة أن يكون هذا الأخير هو المتسبب الوحيد للضرر أو يكون خطأ الغير مستغرقا لخطأ المدين بدرجة أكبر.

ومما سبق بيانه عن المقصود بالسبب الأجنبي والصور التي يتجسد فيها وكون أثره على العلاقة التعاقدية بتوفر جميع شروطها يصل لحد إنقضاء الإلتزام الملقى على عاتق المدين مما ينفي المسؤولية العقدية بالتبعية لنفي العلاقة السببية ،لكن نجد أن لأثر سلطان الإرادة وسطوتها على هذا العارض المعفي من المسؤولية دور هام ومؤثر فقد سمح التشريع المدني بما فيه الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 178 مدني على أنه :  
"يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة."

وبالنظر إلى الفقرة السابقة من المادة 178 مدني نلاحظ أن المشرع إقتصر فكرة الاتفاق على التشديد من مسؤولية المدين على صورة واحدة من صور السبب الأجنبي وهي الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ،وذلك نابع بحسب الإعتقاد إلى ضرورة عملية تتعلق بصعوبة الإثبات، ولما كانت هذه الصعوبة موجودة في حالتها خطأ الغير وخطأ الدائن فإن مثل هذا الاتفاق يكون غير سليم قانونيا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>مصطفى العوجي،المرجع السابق، ص109.

<sup>2</sup>أحمد سليم فريز نصره،المرجع السابق، ص 179.

والجدير بالذكر أيضا أن المشرع بإجازته الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية بتحمل المدين تبعة القوة القاهرة في نص المادة 178 مدني السابقة، عرضه لنوع من الإنتقاد حيث أعتبر بأنه فاضل بين القوة القاهرة و بين الظروف الطارئة، حيث أدخل هذه الأخيرة ضمن نطاق النظام العام و بالتالي لم يجز مثل هذا التعديل بالاتفاق على إمكانية تحميلها للمدين، رغم أن أثر الظروف الطارئة على الإلتزام ينحصر في وصفه بالإرهاق فقط. بينما لم يرقى بالقوة القاهرة لتصل لدرجة النظام العام في حين نجد أن أثرها على الإلتزام هو أشد وطأة فهي تجعله مستحيل التنفيذ. إلا أنه و بالنظر لشروط تحقق الظروف الطارئة و القوة القاهرة<sup>1</sup>، نجد أن هناك إنفراد للظروف الطارئة بصفة جعلت

<sup>1</sup>تنص المادة 107 مدني جزائري على الظروف الطارئة التي جاء فيها: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عاملم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." وعليه يجوز تعديل العقد إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الإلتزام مرهقا على المدين. يتضح من خلال المادة 107 مدني جزائري أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توافر ثلاثة شروط وهي:

1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقدا متراخيا : وذلك سواء أن العقد من أصل طبيعته من عقود المدة =كعقد الإيجار، أو العقود المستمرة، أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل. أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور فيها وجود هذه النظرية بل يؤخذ فيها بنظرية الاستغلال، ولا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد إلى كسب كبير أو لخسارة جسيمة.

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ :أي خارج عن المألوف بحيث لا يمكن للرجل العادي أن توقعه عند إبرام العقد، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي، و مثاله الحرب أو الزلازل، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو وباء أو جراد يزحف سا ربا، ويجب ألا تكون هذه الحوادث خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس.

3- أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا :ومن هنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فالأول يجعل التنفيذ مرهقا أما الثانية فتجعله مستحيلا ومن تم تجعل القوة القاهرة الإلتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الإلتزام بل يرده إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين المدين والدائن. بلحاج العربي ، المرجع السابق، ج1، ص 255، 258؛ محمد صبري السعدي : التصرف القانوني ، ج1، ص 321 ، 325 ؛ علي فيلاي: النظرية العامة للعقد ، ص 299-303.

المشرع يضعها ضمن نطاق النظام العام فهي تتسم بصفة العمومية التي تجعلها مؤثرة في إستقرار المجتمع ككل أوحى جزء منه ،لكن هذه الصفة لا نجدها في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ التي تثبت دون توافر ركن العمومية مما يجعل أثرها منصبا فقط على المتعاقدين بصفة خاصة .

## الفرع الثاني

### الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي "بأنه الإتفاق الذي يقدر فيه المتعاقدين مسبقا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه ،أو إذا تأخر في تنفيذه ، فهو إذن إتفاق على مبلغ محدد جزافا، نظيرا للإخلال بالإلتزامات يدفعه المدين في الأحوال المشار إليها" <sup>1</sup>. فقد أجاز القانون للطرفين الإتفاق مقدما على تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الطرف المتضرر ويتم الإتفاق على هذا التعويض غالبا في العقد أو بإتفاق لاحق وتكون المحكمة عندئذ ملزمة بالحكم بهذا المبلغ عند تحقق الضرر،ففي الشرط الجزائي يكون تحديد المبلغ المعين فيه في نظر المتعاقدين مساوي للضرر الذي يترتب عن خطأ المدين سواء كان الضرر الذي لحق الدائن يزيد عليه أو يقل عنه .

وبما أن الضرر مفترض قانونا فالمحكمة هنا ملزمة بمبلغ الإتفاق و لا يجوز لها اللجوء إلى الخبراء لتقدير التعويض، إلا إذا تبين للمحكمة أن التقدير المتفق عليه كان فادحا وأن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه،ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة تخفيض المبلغ ولا يستطيع المدين التخلص من التعويض إلا إذا أثبت للمحكمة بأن الدائن لم يلحقه ضرر أي بنفي الضرر المفترض قانونا <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد جمال الدين زكي ( إتفاقات المسؤولية) مجلة القانون والإقتصاد، عدد 3،القاهرة، سنة 1960، ص188نقلا عن

إدريس فتاحي،المرجع السابق، ص51.

<sup>2</sup> فرهاد حاتم حسين،المرجع السابق، ص 447،448.

إن البند الجزائي "هو من إحدى الوسائل المتعددة التي أوجدتها الحياة القضائية، وذلك بغية تعزيز مفعول الإلتزام القانوني، والتثبت من نتيجة التنفيذ بصورة أكثر نجاحا من التهديد البسيط الناجم عن التعيين القضائي لبدل التعويض. فهي إحدى الطرق التي أوجدها المتعاقد خشية أن يرى حقوقه المشروعة باقية دون تفعيل، وسعيا منه وراء رغبته في تنفيذها فالحاجة إلى الإطمئنان بالأحرى إلى اليقين وكذلك إستدراكه لإحتمال حصول ما يمنع تحقق الغاية من التعاقد وكل هذه الأسباب تدفعه للجوء إلى البند الجزائي".<sup>1</sup>

فبالرغم من حدوث خلاف فقهي حول مدى إعتبار الشرط الجزائي كتعويض إتفاقي من قبيل الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، إلا أن - بحسب إعتقادي - الشرط الجزائي يعد من أهم وأبرز صور التشديد من المسؤولية - وقد يتخذ صورة التخفيف من المسؤولية بالإتفاق على حد أعلى للتعويض كما سبق بيانه في درجة التخفيف - فالغالب أن يكون الشرط الجزائي المتفق عليه هو عبارة عن مبلغ كبير يتجاوز قيمة الضرر الذي يتحمل المدين وقوعه، ليتخذ منه الدائن الذي يمليه وسيلة لإجبار المدين على تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه.<sup>2</sup> وذلك نظرا للصفة الجزائية لهذا الشرط فيترتب عليه إنتقاع الدائن إذا كان مبلغ الجزاء يزيد عن قيمة الضرر الذي لحقه وبهذا يصير بمثابة إتفاق على تشديد المسؤولية الذي لو لم يكن هناك هذا الشرط لطبق عليه التعويض الخاضع لقواعد المسؤولية العقدية العادية .

والجدير بالذكر أنه لا يعني وجود الشرط الجزائي في العقد أن يكون إلتزام المدين تخييري، فالدائن هنا لا يستطيع أن يختار بين الإلتزام الأصلي وبين الشرط الجزائي، بل

<sup>1</sup> محمد مرعي صعب : البند الجزائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، (د ط)، سنة 2006، ص 39.

<sup>2</sup> من المؤيدين لهذا الرأي: إدريس فتاحي، المرجع السابق، ص 52، فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص 447.

عليه أن يطالب بالإلتزام الأصلي أولاً، إلا إذا أخطأ المدين فيطالب بإعمال الشرط الجزائي<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### التشديد في نوع الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق غاية

يعتبر من قبيل التشديد من مسؤولية المدين العقدية الاتفاق على تحويل إلتزام كان في الأصل إلتزاماً ببذل عناية إلى إلتزام بتحقيق نتيجة ، إلا أن تحويل الإلتزام بفعل هذا الاتفاق لا يمنع المدين من التمسك بالسبب الأجنبي كسبب لانقضاء الإلتزام ، وقد إستند البعض إلى أن الأساس في أجازت مثل هذه الاتفاقات يرجع لنتيجة منطقية مفادها أنه إذا أجزى الاتفاق على تحمل المدين القوة القاهرة، فمن باب أولى أنه يجوز كذلك الاتفاق على تشديد طبيعة إلتزام المدين<sup>2</sup>، لكن يعد السند القانوني أكثر قوة لإجازت مثل هذا الوجه من الإتفاقات المشددة للمسؤولية العقدية وذلك في المادة 172 مدني جزائري السالفة الذكر.

ومن بين الأمثلة الدالة على هذا الوجه من التشديد الإتفاق على أن إلتزام الشركة التي تتولى إدارة مصانع شركة أخرى بأن تضمن تحقيق أرباح تصل إلى مائة ألف على الأقل عند نهاية السنة الأولى لتنفيذ العقد ، ففي الأصل أن هذه الشركة التي تتولى الإدارة تسأل إلا عن حسن أدائها للإدارة ولكنها في ظل هذا التشديد تسأل عن تحقيق النتيجة المتفق

<sup>1</sup>A bdel –Salam Ali muzaghi Op Cit Page 26.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص 646 .

عليها ،ولو كانت قد بذلت كل مافي وسعها لكن لم تفلح،وتلتزم بالتعويض بمجرد عدم تحقيق الأرباح المتفق عليها.<sup>1</sup>

ومثال ذلك أيضا إشتراط الموكل على وكيله في العقد المبرم معه على أن يلتزم هذا الأخير في العمل الموكل إليه بتحقيق نتيجة ،مقابل أجره زائدة عادة على رغم من أن أصل إلتزامه هو بذل عناية وليست تحقيق نتيجة ،ففي هذه الحالة لا تنتفي مسؤولية الوكيل إتجاه موكله بمجرد بذله العناية المطلوبة أو اللازمة في تنفيذ الإلتزام ،وإنما يلتزم بتحقيق الغاية من توكيله في العقد،وقد وجدت أن هذا المثال يصح لو كان الوكيل محامي وفقا للقانون المصري الذي يسمح بهذا الوجه من التشديد في الإلتزام في تنظيمه لمهنة المحاماة في القانون رقم 197 لسنة 2008<sup>2</sup> ،حيث نص في المادة 82 منه على أنه:"يدخل في تقدير الأتعاب الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها..." ،في حين لا يجوز هذا الوجه من التشديد في إلتزام المحامي الجزائري وفقا لقانون 13-07<sup>3</sup>المتضمن تنظيم مهنة المحاماة وذلك وفقا للمادة 23 منه:"لا يمكن أن يكون مبلغ الأتعاب خاضعا للنتائج المتوصل إليها ويعد باطلا كل إتفاق يخالف ذلك."

<sup>1</sup> إبراهيم الدسوقي:الجوانب القانونية ، ص175،منصور أمجد مجد: النظرية العامة للإلتزامات ،مصادر الإلتزام ، دراسة مقارنة ،الدار العلمية للنشر و التوزيع ،عمان،الأردن ،(د ط) ،سنة 2003،ص411. أحمد مفلح خوالدة ،المرجع السابق ، ص125.

<sup>2</sup> لقانون رقم 17 لسنة 1983 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المصري،المعدل والمتمم بالقانون رقم 197 لسنة 2008.  
<sup>3</sup> القانون 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة الجزائري،الجريدة الرسمية عدد 55،سنة 2013.

## الفرع الرابع

## التشديد في درجة الإلتزام المطلوب

يكون هذا النوع من التشديد في مسؤولية المدين بإشترط الدائن على المدين بذل عناية أكبر من العناية التي يفرضها القانون عليه و المتمثلة في عناية الشخص العادي، وذلك بأن يكون المدين مسؤولاً عن الخطأ التافه أو السير الصادر من جانبه<sup>1</sup>، بالرغم من أنه ماكان ليسأل عنها في الأحوال العادية، كأن يتفق على أن يبذل المدين عناية الرجل الحريص، في التزم يستلزم تنفيذه مجرد عناية الرجل العادي فيحاسب المدين إذا عن التأخير ولو لدقائق معدودة و عن عدم الإحتياط الذي يقع فيه الرجل العادي، وعن أية هفوة من المعتاد التجاوز عنها.<sup>2</sup>

ويدخل ضمن التشديد في مسؤولية المدين العقدية أيضا أن يشمل إلتزام المدين بعض الأضرار الغير مباشرة مثل التعويض عن الإضرار الغير مؤلوفة التي تحدث عادة من جراء خطأ المدين أو إلتزام المدين بتعويض الضرر المتوقع و الغير متوقع ولو كان الخطأ المنسوب إليه لم يصل إلى درجة الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص446.

<sup>2</sup> منذر الفضل، المرجع السابق، ص309؛ أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص124.

<sup>3</sup> إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية، ص175؛ منصور أمجد مجد، المرجع السابق، ص410؛ أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص124.

## المطلب الثاني

## أثر الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية.

باعتبار أن إرادة المتعاقدين منحت الحق في تعديل قواعد المسؤولية العقدية الناشئة عن إخلال أحد الطرفين بالإلتزامات المفروضة عليه بموجب العقد، والتي يكون التشديد من المسؤولية إحدى صورها فيترتب على صحة التشديد أثر قانوني مهم يمس عبء الإثبات كما يمس مسار إلتزام المدين.

## الفرع الأول

## من حيث الإثبات

إن عبء الإثبات في وجود الإتفاق الذي يحمل المدين القوة القاهرة كنوع من تشديد مسؤوليته يكون على الدائن إثبات أن الإلتزام لم ينفذ وهذا بحسب نوع إلتزام المدين إذا كان ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة كما سبق بيانه، و يعفى من تقديم الدليل والإثبات على وجود القوة القاهرة، فعلى المدين أن يثبت قيامه بالإلتزامه سواء كان ببذل العناية المطلوبة أو بتحقيق غاية إلتزامه فإذا دفع المدين بوجود القوة القاهرة كان دفعه غير ذي أثر لأن مسؤوليته تتحقق في ظل وجود القوة القاهرة التي تكون محل إتفاق على تشديد لكنه يمكن أن يثبت سبب آخر كخطأ الغير أو خطأ المضرور.<sup>1</sup>

أما الشرط الجزائي كصورة للتشديد من المسؤولية فخلافا للقاعدة "القائلة البينة على من إدعى" فبوجود الشرط الجزائي لا وجه لتحميل الدائن إثبات خطأ المدين بعدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ العقد، ولكن الحكم بالشرط الجزائي هنا مرهون بثبوت وقوع الخطأ

<sup>1</sup> احمد سليم فريز نصره، المرجع السابق، ص 189، 188.

وقيام الرابطة السببية بينه وبين الضرر الذي لحق بالدائن<sup>1</sup>، فبالرغم من كونها قرينة تقوم على أساس أن المدين لم ينفذ إلتزامه والسبب المنطقي لعدم تنفيذ الإلتزام هو خطأ المدين فهي قرينة تقوم على ضرورة عملية ولا يمكن الإستغناء عنها في الشرط الجزائي كونها مرتبطة بالإلتزام الأصلي، فالمهم أن يلحق الدائن ضرر جراء ذلك وعلى المدين أن يثبت أن الإمتناع عن التنفيذ كان مرده فعل الغير أو القوة القاهرة أو فعل الدائن أو أي فعل من شأنه أن يقطع قيام العلاقة السببية وينفي عنه المسؤولية، فإن ذلك يؤدي إلى عدم إعمال البند الجزائي<sup>2</sup>، كما يقع على المدين عبء إثبات أن الضرر لم يقع وأن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة.<sup>3</sup>

أما في الاتفاق على التشديد من المسؤولية التي تمس تقييم مسلك المدين، نجد أن الدائن في الإلتزام بتحقيق نتيجة عليه أن يثبت الإلتزام وأن يثبت أن النتيجة التي يفرضها الإلتزام على المدين لم تتحقق فيبقى المدين ملزماً بإثبات تنفيذه للإلتزام، فالخطأ مفترض قانوناً من جانبه،<sup>4</sup> فإذا لم يستطع المدين إثبات ذلك التنفيذ عد ذلك دليل على خطئه ولا يمكنه الإحتجاج بأن إلتزامه كان في الأصل بذل عناية مادام أنه قام بالإتفاق على تحويله وأنه لم يحقق غاية العقد، وله أن ينفي عدم تنفيذه لغاية الإلتزام بالسبب الأجنبي الذي يعد من عوارض المسؤولية .

<sup>1</sup> فرج محمد علي : عبء الإثبات ونقله المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية، مصر ط2، سنة 2009، ص 316.

<sup>2</sup> محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 289، 290.

<sup>3</sup> إبراهيم سيد أحمد : الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القوانين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط1، سنة 2003، ص 66، 67.

<sup>4</sup> تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري على أنه: " على أن الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين التلخص منه."

ويكون الإثبات في حالة الاتفاق على التشديد في نوع الإلتزام ببذل عناية بأن يثبت الدائن مجرد عدم قيام المدين بالعناية المتفق عليها، فيما يبقى على المدين أن يثبت قيامه بالعناية المطلوبة منه قانونا وإتفاقا أي الزيادة على حرص الرجل العادي -عناية الرجل الحريص- فلو قام بخطئ قد يعتبر تافه و لا يأخذ عليه عادة يكون المدين في هذه الحالة ومع وجود هذا الإتفاق المشدد في وضع الإلتزام مخطئ ويتحمل تبعه خطئه وتبقى مسؤوليته العقدية قائمة في حقه<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### من حيث إلتزام المدين

يتمثل أثر تحمل المدين تشديد مسؤوليته بالقوة القاهرة أن المسؤولية العقدية تبقى قائمة نحوه رغم توفر القوة القاهرة التي كانت بالأصل سبب نفي للمسؤولية إتجاهه، لكن بمجرد قبوله لهذا النوع من التشديد يحمله تبعه القوة القاهرة وتحققها فهو ملزم بالتنفيذ عن طريق التعويض كون التنفيذ العيني غير ممكن غالبا ولا يكون بحاجة للإعذار<sup>2</sup>.

وأما بالنسبة للإتفاق الذي يخص تقدير التعويض المتمثل في الشرط الجزائي في صورته المشددة للمسؤولية بالمغالاة في تقدير التعويض حيث يكون مقداره أكثر من الضرر الواقع فيجب لإستحقاق الشرط الجزائي إلحاق الضرر بالدائن من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، فيتحمل المدين المبلغ المتفق عليه ولا يمكنه أن يمتنع عن دفعه إلا إذا كان هذا مبلغ زائد بنسبة فادحة مما يخول للقاضي أعمال سلطته التقديرية المقررة له

<sup>1</sup> أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> أحمد سليم فريز نصره، المرجع السابق، ص 189.

قانونا للنظر في مقدار التعويض ككل أو أن يثبت أن عدم تنفيذ الإلتزام كان في جزء منه فقط وبهذا يمكنه تخفيض من المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي.<sup>1</sup>

وبالنسبة للإتفاقات الخاصة التي ترمي إلى التشديد من مسؤولية المدين بشكل يفوق أو يزيد عن المسؤولية المفروضة عليه قانونا فقد أعطى المشرع للمتعاقدين الحق في الاتفاق على تعديل طبيعة إلتزام المدين ويكون ذلك بالتشديد في درجة العناية المطلوبة منه التي تزيد عن عناية الرجل العادي لتصل لدرجة الحرص أو الاتفاق الذي يمس تحويل نوعية الإلتزام المفروض على المدين وجعله إلتزاما بتحقيق نتيجة بدلا من بذل عناية وذلك بجعله مسؤولا عن الضرر الواقع حتى وإن كان ناشئ عن السبب الأجنبي، مادام أنه قبل أن يلتزم بذلك كأن يتم الاتفاق على أن المورد يضمن وصول الماكينات سليمة إلى مصنع المتعاقد الآخر بدون أي تلف أو نقص حتى ولو لم يكن له يد في ذلك فهو ملزم بالتعويض إذا لم يحقق نتيجة إلتزامه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>فرهاد حاتم حسين، المرجع السابق، ص 455.

<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص 453.

## المطلب الثالث

تطبيقات حول جواز و عدم جواز الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية سنتناول في هذا المطلب كما تطرقنا في المباحث السابقة ، لموقف التقنين المدني الجزائري من الشروط الإتفاقية التي تهدف للوصول لدرجة التشديد من المسؤولية العقدية لأحد أطرافها من خلال تطبيقات قانونية تصب في نفس نماذج العقود السابقة .

## الفرع الأول

## في عقد البيع

سنرى خلاله مدى الجواز القانوني للإتفاق المشدد من المسؤولية العقدية ضمن نطاق ضمان الإستحقاق والتعرض الشخصي و ضمان التعرض الصادر من طرف الغير من ناحية ،ومن ناحية أخرى من حيث ضمان العيوب الخفية.

## الفقرة الأولى:التشديد من ضمان التعرض والإستحقاق

أولاً: التشديد من ضمان التعرض الشخصي للبائع: فهو يأخذ نفس حكم الجواز الموجود في الإتفاق المخفف من ضمان التعرض الشخصي للبائع،وذلك بمفهوم المخالفة للمادة 378 من التقنين المدني الجزائري التي منعت الاتفاق على إسقاط الضمان ،وعليه فقد يبرم إتفاق بين المشتري والبائع بأن لايقوم هذا الأخير بأعمال معينة تتعارض مع الإنتفاع الذي أراده المشتري فإذا كان المبيع متجراً مثلاً لسلعة معينة و زاد المشتري بالإضافة إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتاجر فيها جاز أن يتفق المشتري مع البائع على عدم إنشاء متجر إلى جانبه تباع فيه السلعة الأصلية أوالسلع الأخرى فيكون مثل هذاالاتفاق زيادة ضمان<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،ج4 ص639.

إلا أن هذا الاتفاق قليل الوقوع في الحياة العملية، وكذلك نادرا مانرى البائع يرتضي بالزيادة في الضمان.

### ثانيا: التشديد من ضمان البائع تعرض الغير.

إن جواز إمكانية الاتفاق على زيادة ضمان البائع لتعرض الغير يخضع كذلك لنفس مشروعية جواز زيادة ضمان التعرض الشخصي للبائع، فقد يتعلق الاتفاق على الزيادة في الضمان بمحل الالتزام وذلك بأن يضمن ناقل الحق بعض الأعمال أو بعض الحقوق التي لا تدخل في نطاق ما ألزمه به القانون<sup>1</sup>، كالاتفاق على أن يضمن البائع استحقاق المبيع عند انتزاع ملكيته للمنفعة العامة أو أن يضمن التعرض المادي الصادر من الغير والواقع أن القانون قد حملة فقط للالتزام بضممان التعرض القانوني الصادر من الغير طبقا للمادة 371 مدني .

وقد تتعلق الزيادة بأثار الضمان أي بالشرط على الزيادة في مقدار التعويض الواجب دفعه في حالة الاستحقاق كأن يتفق المشتري على أن يرجع على البائع في حالة الاستحقاق بجميع المصروفات حتى ولو كانت كمالية-من المعروف أن المشتري لا يرجع بالمصروفات الكمالية على البائع إلا إذا كان سيء النية- وحتى لو كان البائع هنا حسن النية، كما يشمل الاتفاق على الزيادة بأن يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع في حالة الإستحقاق الجزئي برد المبيع للبائع حتى ولو لم يكن الإستحقاق قد بلغ حدا من الجسامة والحصول على التعويض وفقا لأحكام الإستحقاق الكلي<sup>2</sup>.

عند قبول البائع زيادة أحكام الضمان المقررة للمشتري فيجب أن يكتب هذا الاتفاق في العقد بعبارة دقيقة ومفهومة، لأن القول بأن البائع ضامن لجميع ما قد يقع للمشتري

<sup>1</sup> خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، دار النهضة العربية، مصر، ط2، سنة 1984، ص250؛ تركي وليد، المرجع السابق، ص159.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ج4 ص170.

من تعرض أو منازعة في الإنتفاع بالعين المبيعة تعد عبارة غامضة لا تضيف في الواقع أي شيء إلى الضمان القانوني، لذلك يجب أن يرد في عبارات دقيقة وواضحة لا تدع مجالاً للشك عن نية الطرفين في قبول الزيادة<sup>1</sup>.

يجب أن يراعى في الاتفاق على الزيادة في الضمان باعتباره خروجاً عن القواعد العامة في الضمان أن يفسر عند الشك لمصلحة البائع باعتباره الطرف المدين وذلك وفقاً لما تقضي به القواعد العامة في تفسير العقود، فالشرط الذي يرد في عبارة غامضة تثير الشك حول ما إذا كان المقصود به زيادة ضمان البائع أم مجرد تأكيد للقواعد العامة للضمان، فيفسر في هذه الحالة على أنه تأكيد للقواعد العامة للضمان دون زيادة في التزام البائع بالضمان كما حدده القانون.<sup>2</sup>

إن هذه الصورة من صور الإتفاقات المعدلة للضمان القانوني للمشتري من تعرض الغير على حقه قليلة الحصول من الناحية العملية كون أحكام الضمان التي وضعها المشرع تكفل للمشتري الحصول على ما يعوضه عن إستحقاق للمبيع أو جزء منه لهذا نادراً ما يقبل البائع زيادة ضمانه عما هو مقرر قانوناً.

### الفقرة الثانية: التشديد من ضمان العيوب الخفية

بحسب المادة 384 مدني جزائري التي أجازت للمتعاقدين الزيادة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع، وتكون مثل هذه الزيادة في أسباب الضمان في صورة إتفاق المشتري مع البائع على الزيادة في ضمان كل عيب في المبيع حتى ولو كان ظاهراً أي يمكن تبيّنه عن طريق الفحص الذي يبذله الرجل العادي أو أن يتفق على إطالة مدة التقادم بدلاً من المدة القصيرة التي قررتها المادة 383 مدني أي أكثر من سنة<sup>3</sup>، أو

<sup>1</sup> زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 274.

<sup>2</sup> تركي وليد، المرجع السابق، ص 89.

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ج 4 ص 179.

تكون الزيادة في مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري على البائع رد المبيع حتى ولو كان العيب بسيطاً.<sup>1</sup>

\* أما بخصوص إمكانية الاتفاق على زيادة الضمان المقرر لمصلحة المستهلك فقد أجازته المشرع الجزائري بحيث سمح للمتدخل أن يقدم ضماناً إتفاقياً سواء كان بمقابل أو مجاناً بشرط أن يوضع الاتفاق على هذه الضمانة في وثيقة مرفقة بالمنتج وذلك بحسب ما جاءت به المادة 14 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش ، وهذه الإجازة جاءت باعتبار أن الإتفاق بين المتدخل والمستهلك بزيادة الضمان يكون فيه نفع للمستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد وفي هذه الحالة تضاف هذه الضمانة إلى تلك المنصوص عليها في القانون، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد شجع الضمان الإتفاقي أو التعاقدية الذي يهدف إلى توسيع مجال الضمان بالإضافة إلى الحماية القانونية التي فرضها القانون للمستهلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 4 ص 756.

<sup>2</sup> صياد الصادق: حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم: 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2013، ص 59.

## الفرع الثاني

## في عقد الإيجار

بالنظر إلى نص المادة 490 مدني جزائري السابقة الذكر التي تمنع الاتفاق على الإعفاء الكلي أو التحديد من الضمان الشخصي للمؤجر عن تعرضه القانوني ، فبمفهوم المخالفة أنه لم يرد ما يمنع جواز التشديد في هذا الضمان الشخصي سواء عن تعرضه القانوني أو المادي ، وهذا التشديد من الناحية العملية قليل الوجود شأنه شأن التشديد في ضمان التعرض البائع .

مما يجعلنا نقول أنه في عقد الإيجار يجوز للمؤجر والمستأجر كأطراف في العقد الاتفاق على الزيادة في أحكام ضمان التعرض الشخصي مثال ذلك إشتراط المستأجر على المؤجر منحه الحق في فسخ الإيجار بغض النظر عن درجة الإخلال بمنفعة العين المؤجرة أو أن يشترط المستأجر على المؤجر عدم مزاحمته في تجارته أو صناعته أو أي إتفاق على عناصر التعويض في حالة حدوث التعرض<sup>1</sup>.

أما فيما يخص عدم ضمان المؤجر للتعرض الصادر من الغير جاءت مكملة أي ليست خاضعة للنظام العام إذن جاز تشديدها كأن يتفق على أن للمستأجر الحق في فسخ الإيجار متى وقع له تعرض من الغير ولو كان التعرض ماديا أو يكون له الحق في الفسخ، ولو كان الإخلال في الانتفاع ليس بالقدر الكبير.<sup>2</sup>

وكون أن إمكانية التشديد في ضمان التعرض الشخصي أو الصادر من الغير جائز، فإن نفس الحكم يطبق في ضمان العيوب حيث جاز زيادتها إلى درجة التشديد منها فضلا عن ما سبق من جواز الإعفاء أو التخفيف منها أن يتم الاتفاق في الشرط المشدد

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، نهضة مصر، ط3، سنة 2011، م 1، ج 6، ص 337.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، م 1، ج 6، ص 310.

على مسؤولية المؤجر عن التعويض جميع العيوب مهما كانت درجتها ولو كانت غير جسيمة ولو كان لا يعلم بها وإن علم المستأجر بهذا العيب .

إلا إذا وجد القيد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 490 مدني جزائري التي تبطل كل الإتفاقات المسقطة للضمان أو المخففة له إذا تبين أن المؤجر قام بإخفاء العيب غشا منه للمستأجر<sup>1</sup> ونفس الحكم في حالة التشديد كذلك.

إضافة للقيد الأول نجد أن المشرع وبطريقة غير مباشرة منع الاتفاق على تشديد الضمان بتحمل المستأجر هلاك الكلي أو الجزئي للعين المؤجرة بسبب أجنبي، يسري هذا الحكم سواء كان السبب الأجنبي قوة قاهرة أو فعل الغير ويذهب هذا الرأي إلى أنه إذا كان الهلاك راجعا إلى فعل الغير يستطيع المستأجر أن يرجع على المؤجر بنقصان المنفعة<sup>2</sup> وذلك ما جاء في المادة 481 مدني جزائري: "إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون، إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً ولم يكن ذلك بفعل المستأجر، يجوز لهذا الأخير إذا لم يتم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها، أن يطلب حسب الحالة، إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار."

<sup>1</sup> هلال شعوه، المرجع السابق، ص 143.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، م 1، ج 6، ص 296.

## الفرع الثالث

## في عقد المقاولة

لقد أجاز الفقه المدني التشديد في ضمان العشري كونه لا يوجد نص صريح يجيز ذلك بل أخذوا بمخالفة نص المادة 556 مدني جزائري التي تمنع التعديل في أحكام الضمان بالإعفاء أو التخفيف منه، إذ أن مثل هذه الإتفاقات إنما يقصد بها حماية رب العمل فليس هناك ما يمنع من أن يقوي رب العمل هذه الحماية بها وكذلك تهدف لحماية المصلحة العامة وتساهم في دفع المقاولين والمهندسين إلى بذل أقصى درجات العناية في العمل ليخرج البناء متينا وقويا وخاليا من العيوب قدر الإمكان<sup>1</sup>.

فيجوز إشتراط أن يبقى الضمان عن العيوب مدة تزيد على عشر سنوات بحسب جسامه المنشآت ودقة العمل فيها، كما يجوز الاتفاق على أن يشمل الضمان العيوب الظاهرة لمدة عشر سنوات أو أقل أو أكثر والتي تكون أصلا خارج الضمان العشري بل يجوز أيضا الاتفاق على ضمان المقاول أوالمهندس للقوة القاهرة<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك فقد وجدنا أن المشرع في نص المادة 557 مدني جزائري قد تعرض لتقادم الضمان العشري بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو إكتشاف العيب ومنه فإن المشرع الجزائري قرر مدة التقادم إضافة إلى مدة الضمان ،وهذا يعني إذا حصل التهدم أو اكتشف عيب في عشر سنوات،يمكن لرب العمل رفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات أي أن المدة في مجملها تصل إلى 13 سنة .

<sup>1</sup> عياشي شعبان : الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون الجزائري، رسالة ماجستير.قسنطينة

الجزائر،سنة 1989،ص118.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،م1،ج7، ص142.

وهذا بخلاف القانون الفرنسي الذي يعتبر أن مدة الضمان هي نفسها مدة التقادم وهذا رغم التعديل الذي أحدثه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 2008 - 568 المؤرخ في 17 جوان 2008 وذلك فيما يخص مدة التقادم في القانون المدني الفرنسي بحيث أصبحت الدعاوى الشخصية والدعاوى العقارية تتقدم بمضي مدة 05 سنوات ابتداء من تاريخ علم أو من التاريخ الذي يجب أن يعلم فيه صاحب الحق بالوقائع التي تسمح له بممارسة حقه هذا. أما فيما يخص دعوى المسؤولية العشرية فإن مدتها بقيت محددة ب 10 سنوات<sup>1</sup> .

لكن الإشكال المثار من طرف القانون الجزائري على غرار القانون المصري، وذلك في حالة التي يكتشف فيها العيب قبل السنة السابعة كأن يكتشف العيب في السنة الثانية مثلا فما هي المدة التي يستطيع فيها رب العمل رفع دعوى الضمان، هل هي إحدى عشر سنة أم ثلاث سنوات من تاريخ إكتشاف العيب؟

إن القول بوجود إتمام مدة الضمان كاملة فضلا عن مدة تقادم، رغم اكتشاف العيب ضمن العشر سنوات كونها المدة قانونية بنص خاص، رأى فيها البعض إهدار لحكم المادة

<sup>1</sup> La loi n° 2008-568 du 17 juin 2008 réforme désormais l'ensemble de la prescription en matière civile. Elle réduit à cinq ans le délai de droit commun de la prescription, s'agissant des actions personnelles ou mobilières. Elle abandonne la distinction traditionnelle entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle et leur délai respectif de prescription de trente ans et de dix ans à compter de la manifestation du dommage. La nouvelle prescription court à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action (article 2224 du code civil), Ph. Malinvaud, Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008, RDI 2008. 368-375 .

مشار إليه عند:

Patricia de Lescure: revue droit immobilier 2009 © Editions Dalloz, paris, France, France, 2010, p 458 .

557 مدني جزائري التي تقابلها المادة 654 مدني مصري التي تقضي بتقادم دعوى الضمان بمضي ثلاث سنوات من إنكشاف العيب .

لكن بالنظر لأخذ المشرع الجزائري مدة 10 سنوات كضمان عشري للمقاول، أقرها كميعاد سقوط لهذا الضمان وليس بإعتبارها مدة للتقادم، أي أن هذه المدة لا تقبل الوقف ولا الإنقطاع وبإنقضائها يمنع على رب العمل التمسك بحقه عن طريق دعوى قضائية أم عن طريق دفع كون مدة الضمان العشري هي المدة اللازمة لحدوث التهدم أو ظهور العيب ، ومنذ ذلك التاريخ تبدأ مدة الثلاث سنوات لرفع الدعوى ومن ناحية أخرى فإن المدة لم تخفض في الفرض السابق بل تظل قائمة، ومن ثم فإن ظهور عيب لاحق قبل نهاية العشر سنوات يفتح الباب أمام دعوى جديدة للضمان<sup>1</sup>، في حين مدة للتقادم المقدره ب 3 سنوات على خلاف ذلك فهي تقبل الوقف والإنقطاع ويكون ذلك الإنقطاع بإقرار المهندس والمقاول بحق رب العمل في الضمان وتتقطع كذلك بالمطالبة القضائية في الموضوع أما رفع دعوى إستعجالية كطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء، فلا يترتب عنها الإنقطاع.

<sup>1</sup>محمد شكري سرور : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر العربي، مصر (دط)، سنة 1985، ص131 ؛ مدوري الزايدي : مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012، ص 245- 250 ؛ محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، (دط)، سنة 2006، ص 133، 134.

## الفرع الرابع

## في عقد النقل

إن فكرة تحديد مبالغ مالية معينة عند قيام مسؤولية الناقل مهما كان مجال النقل والتي تم تقديرها من طرف الإتفاقيات الدولية وذلك بتعين قيمة معينة لتعويض الأضرار التي قد يحدثها هو أو أحد تابعيه حسب نوع الضرر ومن المتضرر أشخاصا كانوا أم أموال أو بضائع كما سبق بيانه، قد جاءت لحماية الناقل فإذا أراد هو التخلي عن ذلك التحديد وفقا لظروف معينة فإن مثل هذه الإتفاقيات تعد صحيحة، و الإتفاقيات المشددة لمسؤولية الناقل لم يتم النص عليها في القانون الجزائري إلا أنها وفقا للقواعد العامة فهي جائزة .

-**في النقل البري** يجوز للناقل التشديد من مسؤوليته بمجرد قبوله الاتفاق وذلك بتحمل كل الأضرار الصادرة منه أو من أحد تابعية حتى ولو كان في الأصل معنى منها مثال ذلك في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حسب المواد 48، 72 تجاري جزائري.

-**أما في المجال البحري** نجد الشرط أو الاتفاق الذي ينص على الزيادة في مسؤولية الناقل أو التزاماته تعد صحيحة كونها لا تؤدي إلى إعفاء الناقل من مسؤوليته بل تشدها وتضاعفها مما يؤدي إلى تحقيق حماية أفضل للشاحن، ولكي يعتد به أيضا يجب أن يكون مثل هذا الإتفاق متضمنا في وثيقة الشحن والسبب في ذلك أن الحد القانوني وجد لحماية الناقل كما سبق فلا ضرر إذا تنازل عنه.

- **أيضا في المجال الجوي**: إن التشديد الإتفاقي لمسؤولية الناقل الجوي لم تعرف نفس حكم البطلان المقرر لباقي درجات التعديل الأخرى على نقل الأشخاص، فقد نصت المادة 23 من إتفاقية وارسو على أنه: "يجوز للراكب بناء على إتفاق خاص مع الناقل أن يضع حدا أعلى للمسؤولية."

كما نصت المادة 22 في فقرتها الثانية من إتفاقية وارسو التي جاء فيها: "في نقل الأمتعة المسجلة أو البضائع تكون مسؤولية الناقل محدودة بمبلغ مائتي وخمسين فرنكا عن كل كيلوجرام ،مالم يذكر المرسل مصلحته في التسليم عند تسليم الطرد إلى الناقل وفي مقابل أن يدفع رسما إضافيا إذا إقتضى الأمر ،وعندئذ يكون الناقل ملزما بدفع التعويض في حدود المبلغ المذكور،مالم يقيم دليل على أن هذا المبلغ يجاوز المصلحة الحقيقية للمرسل في التسليم."

ف نجد في المادة عبارة "ذكر المصلحة في التسليم" ففي كثير من الأحيان تكون البضاعة المراد نقلها أعلى قيمة من الحدود القصوى للتعويض المنصوص عليه في هذه المادة مثال ذلك نقل سبائك ذهبية أو الأشياء الأثرية فلا جدل في أنه تتوفر للمرسل في هذه الحالة مصلحة في الحصول على مبلغ أكبر للتعويض من ذلك المنصوص عليه في الإتفاقية طالما سيدفع رسما إضافيا عند تسليمه البضاعة.

فلا بد إذا من توفر شرطين لإمكانية تجاوز القيمة المحددة في الإتفاقية وحصول المرسل على المبلغ الأعلى المعلن عنه في وثيقة النقل، هو أن يتم هذا الإعلان عند تسليم المرسل البضاعة و الأمتعة المسجلة إلى الناقل ،كما يشترط أيضا أن يقوم المرسل بدافع الرسم الاضاقى المنصوص عليه بجانب أجره النقل العادية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد نعيم علوة، المرجع السابق، ص 195.

## خلاصة الفصل الثاني

عالج هذا الفصل التدرج الذي تأخذه الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية والتي تتجلى في ثلاثة درجات للتعديل، ففي المبحث الأول تناولت أول درجة منها و المتمثلة في درجة الإعفاء الكلي من أحكام المسؤولية العقدية التي تعد من أبر صور التعديل وأكثرها جدلا من الناحية الفقهية، رغم ذلك فقد أجاز التشريع المدني الإعفاء من المسؤولية العقدية في وجهين نستعرضهما في المطلب الأول حيث يشمل الوجه الأول الإتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية للمدين، والوجه الثاني على الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية عن فعل الغير التابعين له في تنفيذ العقد لكن في حدود حالتين فقط هما الخطأ الجسيم وحالة الغش، أما في المطلب الثاني فقد أظهرت الأثر الذي يترتب على الإتفاق المعفي من المسؤولية العقدية والذي يمس نقل عبء الإثبات وذلك من المدين للدائن، فلا يقتصر دور الدائن فقط على مجرد إثبات الإلتزام بل يلتزم هذا الأخير أيضا بإثبات الخطأ الجسيم أو الغش الصادر من المدين، أما الثاني فيدور حول الأثر المترتب على إلتزام المدين نفسه، أما في المطلب الثالث فقد دعمت هذه الدرجة من التعديل بجملة من التطبيقات حول إجازة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية من عدمه في بعض العقود المدنية كعقد البيع والإيجار والمقاوله وأخيرا في عقد النقل بأنواعه.

أما في المبحث الثاني الذي خصص لدرجة التخفيف من المسؤولية العقدية والتي تتخذ عدة أوجه بينها في المطلب أول و تتجلى في إعفاء المدين جزئيا من المسؤولية العقدية كما يعد من قبيل التخفيف الإتفاق على تدرج الإلتزام من تحقق نتيجة إلى بذل عناية أو في حالة الإتفاق على التخفيف من درجة العناية المطلوبة، كذلك الاتفاق على إنقاص مدة التقادم وآخر صورة تتمثل في الشرط المحدد لمسؤولية المدين بحد أقصى للتعويض يقل عن التعويض الأصلي للضرر، وبينت في المطلب الثاني لأثر المترتب عن كل من هذه الصور من حيث نقل الإثبات ومن حيث الإلتزام نفسه، أما المطلب الثالث فقد

أفردته لعرض نماذج تطبيقية حول درجة التخفيف من المسؤولية العقدية في بعض العقود المذكورة في تطبيقات درجة الإعفاء.

وأخيرا وصلت في المبحث الثالث لدرجة الاتفاق المشدد من المسؤولية العقدية فحصرت الأوجه المختلفة له في المطلب الأول و المتمثلة في صورة تحميل المدين السبب الأجنبي المقنصر في القوة القاهرة ، كما يرد الاتفاق المشدد من المسؤولية العقدية في صورة الشرط جزائي ، فضلا على الأوجه الأخرى التي تشدد من نوع الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق غاية أو على التشديد في درجة العناية المطلوبة ، وبينت في المطلب الثاني لأثر الاتفاق المشدد للمسؤولية العقدية على عبء الإثبات من جهة وعلى الإلتزام من جهة أخرى، وأخيرا في المطلب الثالث عرضت تطبيقات هذا الاتفاق المشدد في نفس العقود المطبقة عليها في الدرجات الأخرى للتعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية.

خاتمة

تثير فكرة العقد تنازع متطلبين أساسيين أحدهما يمس التوازن الاقتصادي بين الأطراف والذي يسعى القانون إلى تحقيقه من أجل الحفاظ على إستقرار الأوضاع الاقتصادية و الإجتماعية ومتطلب ثاني مبني على الأناية لدى الأشخاص الذي قد يدفعهم إلى الرغبة في تحقيق أكبر نفع إقتصادي على حساب شركائهم في العملية التعاقدية، ومنها الإتفاقات التي تصدر عن المتعاقدين محاولة منهم لتعديل قواعد المسؤولية العقدية لمصلحة أحدهما، وبعد إستعراضنا لهذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية التي كانت محل بحثنا المنجز توصلت لجملة من النتائج وهي كالتالي:

#### أولاً-النتائج:

1-إن الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية تعد مفهوما قانونيا مبني على الحرية التعاقدية للأطراف في تحديد ملامح العلاقة العقدية التي يسعون إليها، والذي ينبع مصدرها من مبدأ يعد من المبادئ الراسخة في القانون وهو مبدأ سلطان الإرادة .

2- سعى كل من الفقه و القانون لوضع قيود،محاولة منهما لتلجيم سلطان إرادة المتعاقدين في وضع الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية حفاظا على التوازن العقدي وذلك بضبط حدودها بعدم تجاوز أحكام النظام العام وحسن الآداب العامة والتي يدخل ضمنها قيد عدم جواز أي إتفاق يهدف لإعفاء المدين من تحمل الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده أو سلامته ،وكذلك بقيد الخطأ الجسيم والغش ،وعدم المساس بكيان الإلتزام الجوهرى للعقد.

3-إن تفعيل مبدأ الإنقاص المطبق عند تخطي الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية لحدوده و تعرضه لجزاء البطلان يتم إقراره سواءا على العقد الأصلي أو على الاتفاق المعدل نفسه ،مالم يكن هذا الاتفاق هو الباعث للتعاقد أو أن يكون العقد غير قابل للتجزئة فيسري هنا البطلان على مجمل العقد.

4- لم يحسم التشريع المدني موقفه بنص قانوني صريح من مبدأ الأخذ بمبدأ الخيار بين المسؤولين العقدية و التقصيرية من عدمه و ترك الأمر للفقهاء والإجتهادات القضائية، رغم وجود جدل قائم حوله خاصة للأثر المهم الذي يحدثه على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، فالقول بالأخذ بمبدأ الخيرة بين المسؤولين يجعل الدائن يتمسك بالتعويض الناشئ عن المسؤولية التقصيرية في حالة ما إذا كانت مصلحته في ذلك أي عندما يتضمن العقد إتفاق على الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية المدين، في حين نجده يلجأ للتعويض الذي تفرضه المسؤولية العقدية في حالة ما إذا تضمن العقد لإتفاق يشدد من مسؤولية المدين فيمنع ذلك تحقيق الفعالية المطلوبة للإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية كونها تبقى مرهونة بمصلحة الدائن .

5- إن مبدأ النسبية في إطار الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية والتي يحصر أثرها على المتعاقدين وخلفهما العام والخاص ضمن شروط محددة مادامت تمس الذمة المالية للسلف ولم تكن تقوم على إعتبار شخصي للمتعاقدين كما أنه يمنع إمتدادها نحو الغير و الدائن العادي، إلا أنه يوجد بعض الحالات تعد خروجاً عن هذا المبدأ، فوجدت أن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية تسري و يتمسك بها من قبل المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير وفقاً لحق مباشر تقرر له فيه ، كذلك الأمر في مسألة الدعوى المباشرة حيث وجدت جواز سريان هذه الإتفاقات المعدلة خاصة المعفية منها لمسؤولية مدين المدين وهذا لإعتبار أن دائن الدائن إستند لإستفاء حق مدينه لمصلحته بالعقد المبرم بين مدينه ومدين مدينه وبالتالي هو ملزم بما جاء فيه من إتفاقات ، أما بالنسبة للخطأ المشترك فلا مجال للتمسك بهذه الإتفاقات في حق الغير الأجنبي عن العقد رغم إشتراكه مع المدين في الخطأ العقدي إلا أنه من الناحية العملية يستطيع المدين المتعاقد أن يتمسك بالإتفاق المعفي أو المخفف من مسؤوليته العقدية عندما يرجع عليه المدين (الغير) الذي أدى

التعويضات للدائن عن طريق المسؤولية التقصيرية وذلك عبر اللجوء إلى طلب إدخال هذا الأخير في الدعوى ليستفيد من الإعفاء أو التخفيف المقرر له في العقد المبرم بينهما.

6- إن الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية تضم ثلاثة درجات للتعديل وتعد درجة الإعفاء من المسؤولية العقدية من أبر صور التعديل والتي تعد خروجاً صارخاً عن قواعد المسؤولية العقدية لهذا تم التركيز عليها من جانب الفقه في معظم جوانب الدراسة، فقد أجاز المشرع الجزائري الإعفاء من المسؤولية التي تمس الفعل الشخصي للمدين كما أجاز أيضاً إمكانية إعفاء المدين من مسؤوليته عن فعل الغير التابعين له في تنفيذ العقد وفي هذه الحالة الأخيرة وجدت أن المشرع الجزائري أجاز الإعفاء عن الخطأ الجسيم والغش الصادر من التابعين له، في حين لم يجر ذلك الاتفاق بالنسبة لباقي صور المسؤولية العقدية عن فعل الغير التي تكون مصدرها القانون كمسؤولية المؤجر عن أي تعرض صادر من الغير يمس بحق المستأجر، أو التي يكون مصدرها الاتفاق. كما تعد درجة التخفيف من المسؤولية العقدية ذات نتائج أقل خطورة وفداحة من أعمال إتفاقات الإعفاء كونها لا تحرم الدائن من التعويض من وجهة نظر الاقتصادية، في حين أن يكون الاتفاق المشدد للمسؤولية العقدية يرمي لدعم الهدف المرجو تحقيقه من إبرام العقد بنوع من الإجبار.

7- لا يجوز الاتفاق على أي تعديل مهما كان مخفف أو مشدد يمس مدة التقادم ذلك لإرتباطه بالنظام العام، ما لم يوجد نص قانوني خاص يسمح بذلك وهذا النوع من الإستثناء وجد في المادة 386 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع فعلي المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه."

8- يعد نظام التعويض الإتفاقي بالنسبة للإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية رغم وجود بعض الفروقات التي تميزه عن كيان هذه الإتفاقات المعدلة مجتمعة، من بين صوره إذا تجسد الإتفاق على وضع حد أعلى للتعويض لا يتم تجاوزه عند حدوث الضرر فهنا يكون وجه من أوجه التعديل المخفف لقواعد المسؤولية العقدية كون الضرر غالبا ما يفوق هذا الحد من التعويض ،وكذلك الحال إذا تم الاتفاق على التعويض في صورة الشرط الجزائي و وفقا لصفته الجزائية يعد كذلك وجها من أوجه التشديد من مسؤولية المدين العقدية .

9-إن أثر الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية لا تقتصر فقط على نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن كما كان سائدا قديما ووفقا لنوع درجة التعديل من لمسؤولية ،بل إن له أثر على مسلك الإلتزام بحسب نوعه إذا كان الإلتزام ببذل عناية أو الإلتزام بتحقيق نتيجة.

وبناء على ما تقدم من هذه الدراسة وجدت عرض بعض التوصيات على المشرع الجزائري وهي كالتالي:

**التوصية الأولى:** أقترح على المشرع الجزائري ضرورة وضع نص قانوني فاصل، يمنع الأخذ بالخيار بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وإقتصار رفع الدعوى على أساس تعاقدية فقط،ذلك حماية لإرادة الطرفان خاصة عند وجود مثل هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية لتكون ذات فعالية أكثر مالم يكن هناك ما يخالف النظام العام أو وجود حالة الغش أو الخطأ الجسيم ،مع إضافة ذكر قيد منع المساس بالسلامة الجسدية للمتعاقد .

**التوصية الثانية:** كما أقترح تعديل العبارة الموجودة في الفقرة الثانية من المادة 178 مدني التي جاء فيها: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه العقدي..."، وذلك بتوسيع نطاقها لتصبح: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على إخلاله بإلتزامه العقدي..." كون عدم

التنفيذ يعد صورة من صور الإخلال العقدي الذي يضم التأخر عن التنفيذ العقدي أو التنفيذ المعيب .

**التوصية الثالثة:** للتأكد من صحة رضا الطرف الضعيف في العقد وقدرته على العلم بمثل هذه الإتفاقات المعدلة وأثرها عليه، أقترح على المشرع النص على وجوب وضع إطار مكتوب واضح وصريح للإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية إذا تم اللجوء إليها من طرف المتعاقدين في جميع العقود-على غرار ما نص عليه في عقد النقل البري في المادة 66 من القانون التجاري - بما في ذلك العقود النموذجية والفواتير التي يفضل أن تكون مكتوبة بشكل معين ليسهل على المتعاقد الإطلاع عليها، وكذا وضع آلية لإعلام المتعاقد الأمي وذلك بوجوب قراءة العقد عليه بجميع بنوده خاصة التي يكون فيها الشرط المعدل للمسؤولية ليس في مصلحته.

تم بعون الله

المراجع

المراجع بالعربية

المراجع العامة :

- 1- أبو السعود رمضان :النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،مصر (د ط)،سنة 2002.
- 2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان النظرية العامة للالتزام ،المصادر الإرادية وغير الإرادية (العقد ،الإرادة المنفردة،المسؤولية المدنية ،الإثراء بلا سبب)،منشأة المعارف ،الإسكندرية مصر،(دط)، سنة 2008.
- 3- إدريس فاضلي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، قصر الكتاب للنشر و التوزيع، الجزائر،(د ط)،سنة 2006.
- 4- أنور سلطان: مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، المكتب القانوني،رام الله ،فلسطين، ط 3 ، سنة 2000.
- 5- بلجاج العربي:النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ،الجزائر،(د ط)،سنة 2014 ، ج1، ج 2.
- 6-حسن قاسم محمد: محاضرات في عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الاسكندرية. (د.ط).سنة 1999.
- 7- حسن يونس :العقود البحرية ، دار الفكر العربي القاهرة،مصر، (د ط)،سنة 1978.
- 8- حسني محمد حاد الرب :التعويض الاتفاقي ، عن عدم تنفيذ الالتزام ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر،(د ط)،سنة2013.

- 9- حسام الدين محمد كامل الأهواني: النظرية العامة للإلتزام ، القاهرة، مصر ، ط 3 ،سنة 2000 ، ج1، م1.
- 10- حسن علي الذنون :المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر،شركة تايمس للطبع والنشر المساهمة ،بغداد ،العراق،سنة 1991، م1.
- 11- خليل أحمد حسن قدارة :الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،مصادر الإلتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،(دط)،سنة 1996 ، ج 1، ج4.
- 12- خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، ، دار النهضة العربية، مصر، ط 2 ،سنة 1984.
- 13- دسوقي محمد إبراهيم : الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية ، معهد الإدارة العامة للبحوث ، الرياض، السعودية ،(دط)، سنة 1995.
- 14- دسوقي محمد إبراهيم: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي، الإسكندرية،مصر، ( د ط ) ،سنة 1998.
- 15- سعد نبيل إبراهيم : النظرية العامة للإلتزمات، ، مصادر الإلتزام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر،(د ط)، سنة2004،ج1.
- 16- سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، موسوعة الفقه والقضاء،القاهرة ، مصر ، (دط)،سنة 1982.
- 17- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزمات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المنشورات الحقوقية ،بيروت لبنان، ط 5 ،سنة 1992،، ج 1 ، م 1 .

- 18- سي يوسف زاهية حورية :الواضح في عقد البيع ، دراسة مقارنة ومدعمة بالإجتهاادات قضائية وفقهية ، دار هومة ،الجزائر،(د ط)، سنة 2014.
- 19-صالح ناصر العتيبي : فكرة الجهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية،مصر،(د ط) ،سنة2009.
- 20- العطار عبد الناصر : مصادر الإلتزام ،دار النهضة العربية،مصر،ط1،سنة199.
- 21- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، محاولة نظرية في قانون الإلتزامات المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، (دط)،سنة 2005 .
- 22- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، القاهرة،مصر ،(د ط)،سنة 1954، ج 2.
- 23- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ،(دط)،سنة 1982 ، ج1، م 1 .
- 24- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، م 1م ،ج4،م 6، م 7 ،نهضة مصر ، ط 3،سنة 2011،
- 25- عبد القادر العرعاري:مصادر الإلتزامات ،المسؤولية المدنية دار الأمان، الرباط ،مغرب، ط3 ،سنة 2011.
- 26- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون ط1، 1988.
- 27- علي علي سليمان : مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر،(دط)،سنة 2006.

- 28- علي فيلاي : الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد - موفم للنشر ، الجزائر، (ط د) ، سنة 2012.
- 29- علي فيلاي : الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض ، موفم للنشر ، الجزائر ، ط2 ، سنة 2010.
- 30- علي هادي العبيدي : العقود المسماة ، البيع والإيجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن (د ط)، سنة 2005.
- 31- غني حسون طه : الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد، العراق، (د ط) ، سنة 1971.
- 32- فتيحة قره: أحكام عقد المقاوله ، منشأة المعارف ، مصر، (د ط)، سنة 1992.
- 33- فرج محمد علي : عبء الإثبات ونقله المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، مصر، ط2 ، 2009 .
- 34- فودة عبد الحكم : الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، (د ط) ، سنة 1996 .
- 35- محمد حسن قاسم، القانون المدني: العقود المسماة، (البيع ، التأمين ، الإيجار) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، ط 1، 2003 .
- 36- محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2006 .
- 37- محمد حنون جعفر :مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط 1 سنة 2011.

- 38- محمد سليمان الأحمد :الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ،مكتب التفسير للنشر و الإعلان ،أربيل العراق،ط1 ،سنة 2008 .
- 39- محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ،دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر،ط2، 2004 ،ج1،ج2.
- 40- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني،عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر،(د ط)،2008 .
- 41- محمد محي الدين إبراهيم سليم:نطاق بدأ نسبية إثر العقد ، دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،مصر (د ط) ،سنة2007.
- 42- محمد نعيم علوة: موسوعة القانون الدولي العام، القانون الجوي ،منشورات زين الحقوقية ، (د ط)،سنة2012، ج 4.
- 43- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة :شرح عقد البيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط) ،سنة2006.
- 44- محمود جمال الدين زكي :الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المصري ،مطبعة جامعة القاهرة ،مصر (دط)،سنة 1977.
- 45-محمود جمال الدين زكي:مشكلات المسؤولية المدنية ، مطبعة جامعة القاهرة،مصر، سنة1990 ،ج1، ج 2 .
- 47- محمود شحماط :الموجز في القانون البحري الجزائري ، دار بلقيس ،الجزائر (د ط)،سنة 2014-.
- 48- مصطفى العوجي :القانون المدني ،المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان ،(د ط)،سنة 2009،ج2.

- 49- مصطفى محمد جمال :السعي إلى التعاقد ،مظاهره وآثاره القانونية ،الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت،(دط)،سنة 2000.
- 50- المققادي عادل علي عبد الله : مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن ،(دط)،سنة1997.
- 51- منصور أمجد مجد: النظرية العامة للإلتزامات ،مصادر الإلتزام ، دراسة مقارنة ،الدار العلمية للنشر و التوزيع ،عمان،الأردن ،(د ط) ،سنة 2003
- 52- محمد شكري سرور : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر العربي،مصر(دط)، سنة1985.
- 53- النعيمات موسى : النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، هـ،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ،ط1 ، 2006.
- 54- ياسين محمد جبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية ، نظرية العقد، دار وائل ،عمان، الأردن،(دط)،سنة 2002.

### المراجع المتخصصة:

#### أ-الكتب:

- 1- إبراهيم سيد أحمد : الشرط الجزائي في العقود في العقود المدنية بين القوانين المصري والفرنسي،دراسة مقارنة فقها وقضاءا ،المكتب الجامعي الحديث ،إسكندرية، مصر ،ط1،سنة،2003.
- 2- أحمد مفلح خوالده: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ،دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن،ط1 ،سنة2011.

- 3- إدريس فتاحي: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي و المقارن ، مطبعة الأمنية، الرباط،المغرب، (دط)،سنة 2004.
- 4- فرهاد حاتم حسين : عوارض المسؤولية المدنية،دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،(د ط)،سنة 2014.
- 5- مجاهد أسامة أبو الحسن :فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، القاهرة، دار النهضة العربية، مصر،(دط) ،سنة2003.
- 6- محمد مرعي صعب : البند الجزائي ،دراسة مقارنة ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،لبنان ،(د ط)،سنة 2006.
- 7- وليد خالد عطية وعلي حسين منهل: تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دراسة في القانون الإنكليزي، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،ط 1،سنة2016.

#### ب -المذكرات والرسائل

- 1- أحمد سليم فريز نصره :الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري،رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ،نابلس،فلسطين،سنة 2006.
- 2-بحماوي الشريف : التعويض عن الأضرار الجسمانية، بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية و الأساس الحديث،رسالة مجستار ،جامعة تلمسان،الجزائر، سنة،2007.
- 3- بلقاسم أعراب: شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية،رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ،سنة1984.
- 4-بشوع علاوة: التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات في الجزائر .رسالة ماجستير،جامعة منتوري، قسنطينة. الجزائر. سنة 2006.

- 5- بو دليو سليم : عقد النقل البحري للبضائع في القانون الجزائري، رسالة ماجستير ، جامعة عنابة،الجزائر،سنة 1999.
- 6- تركي وليد: ضمان التعرض و الاستحقاق في عقدي البيع و الإيجار طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير القسم الخاص، جامعة باجي مختار ،عنابة ،الجزائر،سنة2010 .
- 7- جبارة نورة : نظام إعفاء الناقل البحري للبضائع ،دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة بن عكنون ، الجزائر،سنة2008.
- 8- جمعة زمام : الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، الجزائر،سنة 1996.
- 9- عبد الحميد الشواربي :الإلتزامات والعقود التجارية دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،مصر،ط1،سنة2014،ج1.
- 10-العرباوي نبيل صالح : مسؤولية الناقل البري على نقل البضائع والأشخاص في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة تلمسان ،الجزائر،سنة2009.
- 11- علاق عبد القادر : أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص ،جامعة تلمسان ،الجزائر،سنة 2007.
- 12- عياشي شعبان : الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون الجزائري، رسالة ماجستير .قسنطينة،الجزائر،سنة 1989.
- 13- فريدة زواوي : مبدأ نسبية العقد في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر،سنة 1992.

- 14- لزرق بن عودة: وسائل حماية الضمان العام، رسالة ماجستير ،جامعة وهران ،الجزائر ،سنة 2013.
- 15- محمدي سلمان : نفاذ العقد في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر،سنة 2004.
- 16- مدوري الزايدي : مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ،جامعة تيزي وزو،الجزائر،2012.
- 17- هلال شعوه: الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر، ط1 ،2010.
- 18-وليد حكم أحمد مهنا : فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة مؤتة،الأردن ،سنة2006 .

### ج -مقالات

- 1- أبو الليل إبراهيم الدسوقي :مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد 2،سنة 1987.
- 2- بن عمارة محمد :مقالة المعيار الذاتي و الموضوعي في القانون المدني الجزائري ،مجلة الفقه والقانون ،جامعة تيارت ،الجزائر ،أفريل 2013 ،
- 3- رجواني كمال :مستجدات القانون المدني الفرنسي، "قراءة في مرسوم 10 فيفري2016 المعدل و لقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات"،موقع الطلبة والباحث و المهتمين بالقانون المغربي والمقارن،2016/05/20 ، [www.9anonak.com](http://www.9anonak.com) ،تاريخ الإطلاع 2016/11/02 ،10:30.

4- شكري السباعي : الخيرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وارتباطها بتطور القضاء الغربي،المجلة المغربية للقانون والسياسة و الإقتصاد ،العدد 13، 14، سنة 1983.

5-سليمان بن الشريف :التفاعل بين وسائل الضمان، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون ، جامعة عنابة ،الجزائر ، عدد 35،سنة2013 .

6- عباس الصراف : المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ،دار الكتاب العربي ،مصر،(دس).

7- محمد جمال الدين زكي: إتفاقات المسؤولية، مجلة القانون و الإقتصاد، القاهرة، مصر،العدد 3، 1960.

8- هشام طه محمود سليم : بحث في الدعوى المباشرة بين المفهوم التقليدي والحديث لمبدأ نسبية اثر العقد، مركز الإعلام الأمني [www.policemc.gov.bh](http://www.policemc.gov.bh) ،تاريخ الإطلاع :2016/07/15، 15:45.

9- ياسين محمد الجبوري:الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني ،مجلة الشريعة والقانون ،الأردن ،العدد 52 ،سنة 2011.

#### د-القوانين:

1- القانون رقم 75-58 المؤرخ 26سبتمبر 1975،المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13ماي 2007 ، ،جريدة رسمية عدد 31،سنة 2007 .

2- القانون رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005 ، جريدة رسمية عدد 11، سنة 2005.

3- قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4- القانون رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 ، المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، الجريدة الرسمية عدد 15، سنة 2006.

5- القانون رقم 76-80 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 ، المتضمن القانون البحري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 ، الجريدة الرسمية، عدد 47، سنة 1998.

6- القانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 جوان 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ، جريدة رسمية ، عدد 48، سنة 1998.

7- القانون رقم 01 - 13 المؤرخ في 07/08/2001 المتعلق بتوجيه النقل البري وتنظيمه ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11 - 09 المؤرخ في 05/06/2011 ، الجريدة الرسمية عدد 32، سنة 2011.

8- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 15، سنة 2005..

9- القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 ، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، الجريدة الرسمية العدد 15 ، سنة 2009.

10- القانون 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 55، سنة 2013.

11- القانون رقم 17 لسنة 1983 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المصري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 197 لسنة 2008.

12- القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسة القضائية-النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007 مدعم بالإجتهاد القضائي -2009، 2010، منشورات بيري.

13- القانون المدني الفرنسي والمعدل بالمرسوم 10 فيفري 2016.

14- القانون المدني المصري رقم 131 الصادر في 29 جويلية 1948، طبقا لأحدث التعديلات، مصر.

15- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

16- قانون الإلتزامات والعقود المغربي الصادر في سنة 2009.

17- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في سنة 1932.

#### هـ- الأحكام القضائية:

1- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد أ ، سنة 2011 ، ص 105.

- 2- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،العدد 2،سنة1996،  
ص80.
- 4- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،العدد 2 ، سنة1993  
ص11.
- 5- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 2، سنة1992  
ص 28.
- 6- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،العدد 1، سنة1992  
ص17.
- 7- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 2، سنة 1992،  
ص 58.
- 8- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 1، سنة1990  
ص 15 .
- 9- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، العدد 1 ، سنة 1990  
ص 254.
- 10- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،عدد2، سنة  
1989،ص39.
- 11- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، عدد1 ، سنة 1989  
ص55،56.
- 12- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، عدد1، سنة  
1986،ص42-44.

قائمة المراجع بالفرنسية:

- 1 - Alain Bénabent :droit des obligations 15 éd L G D J ,paris France 2016.
- 2- Chris Turner ,Contract Law ,2<sup>nd</sup> edition ,hodder education ,London ,2007
- 3-Donnier Marc ,Voies d'exécution et procédures de distribution ,Litec 5 éd, paris , France 1999.
- 4- Lucien Rapp , PhilippeTerneyre ، Nil Symchowicz, Guibal Michel,le Lamy droit public des affaires, Aides publiques,contrats et marches publique,Gestion du patrimoine public,contentieux, LAMY,paris, France 2002 .
- 5-Patricia de Lescure: revue droit immobilier2009 © éd Dalloz, paris,France,2010 .
- 6- Philippe Simler : Droit civil les obligations,6eme éd Dalloz ,Paris .France 1996.

مذكرات بالفرنسية:

- 1-A bdel –Salam Ali muzaghi:le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre Public nouveau ,Thèse doctorat, L G D J ,paris France 1981.

المختصرات:

éd: édition..

L G D J : Libraire Générale Droit Jurisprudence.

# الفهرس

رقم	العنوان
1	مقدمة
5	تمهيد
33	الفصل الأول: نطاق الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية .
34	المبحث الأول القيود الواردة على الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية
34	المطلب الأول: عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة .
35	الفرع الأول: مفهوم النظام العام والاداب.
35	الفقرة أولى:النظام العام.
37	الفقرة الثانية :الآداب العامة.
38	الفرع الثاني : تطبيقات النظام العام والآداب العامة في الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية
40	المطلب الثاني : الخطأ الجسيم و حالة الغش.
42	الفرع الأول :مفهوم الخطأ الجسيم و الغش.
42	الفقرة الأولى:الخطأ الجسيم.
44	الفقرة الثانية:الغش.

47	الفرع الثاني : تطبيقات حول الخطأ الجسيم والغش في الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية
49	المطلب الثالث: عدم مخالفة الالتزام الرئيسي في العقد.
49	الفرع الأول: مفهوم الإلتزام الجوهرى في العقد.
52	الفرع الثاني: أثر مخالفة الاتفاق المعدل للمسؤولية للإلتزام الجوهرى للعقد.
54	المبحث الثاني: أثر بطلان الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية ومدى إمكانية الجمع أو الخيار بين المسؤوليتين.
55	المطلب الأول : أثر بطلان الإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية على العقد.
55	الفرع الأول: البطلان الكلى للإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية.
58	الفرع الثاني: البطلان الجزئى للإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية.
60	المطلب الثاني: مبدأ الجمع بين المسؤوليتين.
62	المطلب الثالث :مبدأ الخيار بين المسؤوليتين.
63	الفرع الأول:أنصار مبدأ الخيار بين المسؤوليتين.
65	الفرع الثاني :أنصار رفض مبدأ الخيار بين المسؤوليتين.
66	الفرع الثالث:أثر مبدأ الخيار على الإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية.

68	المبحث الثالث: الأشخاص الذي يجوز لهم التمسك بالإتفاق المعدل لقواعد المسؤولية العقدية.
69	المطلب الأول: مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية من قبل أطراف العقد .
71	الفرع الأول: مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية من قبل الخلف العام
77	الفرع الثاني: مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية من قبل الخلف الخاص.
80	المطلب الثاني: مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية قبل الدائن العادي.
83	المطلب الثالث: مدى التمسك بالإتفاق المعدل للمسؤولية العقدية قبل الغير.
85	الفرع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير.
89	الفرع الثاني: الدعوى المباشرة.
95	الفرع الثالث: الخطأ المشترك.
98	خلاصة الفصل الأول
100	الفصل الثاني: درجات التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية.
100	المبحث الأول: درجة الإعفاء الكلي من المسؤولية العقدية.
101	المطلب الأول : أوجه الإتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية.

101	الفرع الأول : الإتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية .
103	الفرع الثاني :الإتفاقات المعفية من المسؤولية عن فعل الغير.
108	المطلب الثاني:أثر الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.
108	الفرع الأول: من حيث الإثبات.
111	الفرع الثاني: من حيث إلتزام المدين.
113	المطلب الثالث: تطبيقات حول جوازعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية
113	الفرع الأول:في عقد البيع .
113	الفقرة الأولى: الإعفاء من ضمان التعرض والإستحقاق.
120	الفقرة الثانية: الإعفاء من ضمان العيب الخفي.
123	الفرع الثاني:في عقد الإيجار.
126	الفرع الثالث: في عقد المقاوله.
128	الفرع الرابع: في عقد النقل.
128	الفقرة الأولى : الإعفاء في النقل البري.
132	الفقرة الثانية: الإعفاء في عقد النقل البحري.
136	الفقرة الثالثة: الإعفاء في عقد النقل الجوي.

139	المبحث الثاني: درجة التخفيف من المسؤولية العقدية.
140	المطلب الأول : أوجه التخفيف من المسؤولية العقدية.
140	الفرع الأول: إعفاء المدين اعفاء جزئي من المسؤولية.
141	الفرع الثاني: الإتفاق على تدرج الإلتزام من تحقق نتيجة إلى بذل عناية.
143	الفرع الثالث: الإتفاق على تخفيف من درجة العناية المطلوبة.
144	الفرع الرابع: اتفاق على انقاص مدة التقادم .
145	الفرع الخامس: الاتفاق على حد أعلى من التعويض.
147	المطلب الثاني: أثر الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية.
147	الفرع الأول: من حيث الإثبات.
148	الفرع الثاني: من حيث إلتزام المدين.
149	المطلب الثالث: تطبيقات حول جواز و عدم جواز الإتفاق المخفف من المسؤولية العقدية.
149	الفرع الأول: في عقد البيع .
149	الفقرة الأولى: التخفيف من ضمان التعرض والإستحقاق.
151	الفقرة الثانية: التخفيف من ضمان العيوب الخفية.
152	الفرع الثاني: في عقد الإيجار.

153	الفرع الثالث: في عقد المقاوله .
154	الفرع الرابع: في عقد النقل.
156	المبحث الثالث :درجة التشديد من المسؤولية العقدية.
157	المطلب الأول: أوجه التشديد من المسؤولية العقدية.
157	الفرع الأول: تحمل السبب الأجنبي.
158	الفقرة الأولى: القوة القاهرة.
159	الفقرة الثانية: خطأ الدائن.
160	الفقرة الثالثة: فعل الغير.
163	الفرع الثاني: الشرط الجزائي.
165	الفرع الثالث: التشديد في نوع الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق غاية.
167	الفرع الرابع: التشديد في درجة الإلتزام المطلوب.
168	المطلب الثاني: أثر الإتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية.
168	الفرع الأول: من حيث الإثبات.
170	الفرع الثاني: من حيث إلتزام المدين.
172	المطلب الثالث: تطبيقات حول جواز و عدم جواز الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية.

172	الفرع الأول: في عقد البيع .
172	الفقرة الأولى: التشديد من ضمان التعرض و الإستحقاق.
174	الفقرة الثانية: التشديد من ضمان العيب الخفي.
176	الفرع الثاني: في عقد الإيجار.
178	الفرع الثالث: في عقد المقاولة .
181	الفرع الرابع: في عقد النقل.
183	خلاصة الفصل الثاني
185	الخاتمة.
190	قائمة المراجع.
204	الفهرس.

## ملخص

تعتبر الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية أحسن تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة والذي يعطي للأطراف في الرابطة التعاقدية الحرية في التعديل المنصب على أحكام المسؤولية العقدية، وذلك بمختلف درجات التعديل سواء بالإعفاء منها كلياً أو بالتخفيف من أثرها أو حتى بالتشديد من قواعدها، ولكن حرصاً من الفقه والقانون للحفاظ على التوازن العقدي بين الأطراف كان لابد من وضع حدود لضبط هذه الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد وذلك بعدم مساسها بالنظام العام وحسن الآداب العامة، وأن لا يكون خطأ المستفيد من الإتفاق جسيماً أو أن لا يصدر منه غش، فضلاً على عدم مساس التعديل بالإلتزام الجوهرى في العقد.

## Résumé

Les conventions modifiant la responsabilité contractuelle concrétisent au mieux le principe de l'autorité de l'administration offrant aux parties de l'union contractuelle la liberté de modifier basée sur les dispositions de la responsabilité contractuelle, et ce, par les différents degrés de modification, soit par la totale Dispense ou par l'allègement de ses effets ou même la sévérisation de ses règles, toutefois, la jurisprudence et la loi veillant à préserver l'équilibre contractuel entre les parties en établissant des limites pour contrôler ces conventions modifiant les règles de la responsabilité contractuelle ayant pour but de protéger la partie faible dans le contrat, et ce, sans portant préjudice à l'ordre public et aux bonnes mœurs, que l'erreur du bénéficiaire de la convention ne soit pas grave ou qu'il ne produise pas de tricherie, de plus, ne pas porter atteinte à la modification qui est l'engagement essentiel du contrat.

## Summary

Conventions modifying the contractual responsibility concretises at best the concept of the authority of administration giving for the parts of the contractual union the freedom of modifying based on dispositions of the contractual responsibility, and this, by different degrees of modification, either by the total exemption or by lightening their effects or even tightening of their rules, however, the jurisprudence and the law valiant on preserve the contractual stability between the parts by establishing limits to control these conventions modifying the rules of the contractual responsibility aiming for to protect the weak part in this contract, and this, without prejudging the public order and good practices, that the error of the beneficiary of the convention is not being severe or that he doesn't producing cheating, in addition, without damage the modification that it's the most essential engagement of the contract.