وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص عقود ومسؤولية

إعداد الطالب

بن عامرخير الدين

إشراف الأستاذ

د. سمير شيهاني

لجنة المناقشة

أ.د. سي يوسف قاسي: أستاذ التعليم العالي..... رئيسًا

د. سمير شيهاني: أستاذ محاضر قسم "أ"..... مشرفًا ومقرّرًا

د. الصادق ضريفي: أستاذ محاضر قسم "أ"..... ممتحنًا

تاريخ المناقشة:

2018/11/27

الشَّرْطُ أَمْلَكُ، عَلَيْكَ أَمْ لَكَ(*)

الأفعى بن الحصين الجرهمي

(*) أحمد بن يحيى بن جابر البلاذري، جمل من أنساب الأشراف، ج1: السيرة النبوية، تحقيق: سهيل زكار ورياض زركلي، دار الفكر، ط 1، بيروت، لبنان، 1417هـ- 1996م، ج1، ص14؛ الحسن اليوسي، زهر الأكم في الأمثال والحكم، تحقيق: محمد حجي ومحمد الأخضر، دار الثقافة، ط1، الدار البيضاء، المغرب، 1401هـ- 1981م، ج3، ص230.دار الفكر، ط 1، بيروت، لبنان، 1417هـ- 1996م، ج1، ص14؛ الحسن اليوسي، زهر الأكم في الأمثال والحكم، تحقيق: محمد حجي ومحمد الأخضر، دار الثقافة، ط1، الدار البيضاء، المغرب، 1401هـ- 1981م، ج3، ص230.

إهـــــداء

إلى اللفظ الخالد: أمي
بما صبرت، وبما تحملت ودعت.

إلى صاحب الجود: أبي
تلبية لما كان يرجوه.

إلى من أشد به أزري: أخي
الذي كان عونا لي وأملا.

إلى كل من ساعدني على إتمام هذا البحث، من قريب أو بعيد
إلى كل أصدقائي وزملائي بتشجيعاتهم.

أهدي ثمرة جهدي هذا، راجيا من الله عز وجل أن يتقبله في ميزان صالح أعمالي.

شـــكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ والصلاة والسلام على أشرف المرسلين،

أحمد الله تعالىالذي وفقني لإنجاز هذه المذكرة

وأتقدم بالشكر الخالص للأستاذ المحترم **د.سميرشيهاني** الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، ولم يبخل علي بالنصح والإرشاد والتوجيه، فأدعو الله أن يجزيه عني خير الجزاء، وله مني جزيل التقدير والاحترام

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم إثراء هذا العمل ومساهمتهم في إضاءة سبيل العلم.

قائمة بأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

- ج. ر: الجريدة الرسمية.
- ج: جزء.
- د. ت. ن: دون تاريخ نشر.
- د. د. ن: دون دار نشر.
- د. ط: دون طبعة.
- ص: صفحة.
- ص. ص: من الصفحة... إلى الصفحة.
- ق. ت. ج: القانون التجاري الجزائري.
- ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.
- ق. م. م: القانون المدني المصري.
- مج: مجلد.

مقدمة

تقوم المسؤولية العقدية عندما يخل احد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الذي رتبه عليه العقد، أو أن يقوم بتنفيذه على وجه معيب؛ والعقد هو الذي يحدد مسؤوليات المتعاقدين من حيث الالتزامات والشروط، فالعقد شريعة المتعاقدين.

وتتفق المسؤولية العقدية مع المسؤولية التقصيرية في أن كلاهما يقوم على أساس الخطأ، لكنهما تختلفان في طبيعة هذا الخطأ، فالمسؤولية العقدية أساسها الإخلال بكل أو بعض ما نص عليه العقد، أما المسؤولية التقصيرية فهي الإخلال بالتزام قانوني عام أساسه هو عدم إلحاق الضرر بالغير، وهذا يعني أنهما تختلفان في أن ما يحدد الخطأ في المسؤولية العقدية هو العقد، أما ما يحددها في المسؤولية التقصيرية هو القانون.

وسنناقش خلال هذا البحث، أحد أهم مواضيع المسؤولية العقدية، والمتمثل في الشروط المعدلة لها، والشروط و الشرائط جمع شرط، و الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشروط على ضروب، فمنها ما يناقض البيوع ولا يلائمها، ومنها ما لا يفسدها، وقد روي المسلمون عند شروطهم، وثبت عن النبي ﷺ أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وقال ﷺ:« من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فهذه الشروط قد أثبتها رسول الله ﷺ في عقد البيوع ولم يرد أن العقد يفسد بها وبالتالي فإن ليس كل شرط مبطل للبيع[1]. أما في اصطلاح الفقه القانونيفإن كلمة شرط أطلقت على الأمر الخارجي الذي تضيفه الإرادة على الالتزام الذي استكمل عناصر تكوينه[2]، ومن الفقهاء من اعتبره أمر عارض مستقبلي غير محقق الوقوع يتوقف عليه وجود الالتزام أو إنهاؤه[3]، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في

---

[1]–أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن (شرح سنن أبي داوود)، ج3، أخرجه الأستاذ عبد السلام ابن الثاني محمد، دار الكتاب السنية، ص 121.

[2]– نادية محجوب، النظام القانوني، للاشتراطات التعاقدية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعةابو بكر بلقايد– تلمسان، 2012/2011، ص 17.

[3]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3(نظرية الالتزام بوجه عام)، القسم الأول: أوصاف الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س،ص12.

المادة 203 ق.م.جما يلي: «يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع»[1].

ولفظ الشرط يطلق للدلالة على معانٍ مختلفة، كالشرط الفاسخ والشرط الواقف، وقد يستعمل للدلالة على أركان العقد وشروط صحته فيسمى شرطًا شرعيًّا.وما يهمنا من هذه الدراسة هو لفظ الشرط الذي يطلق للدلالة على اتفاق يدرج في شكل بند بالعقد أو في وثيقة منفصلة تلحق بالعقد، يعدل المسؤولية العقدية في حال تحققها.

والشروط المعدلة للمسؤولية العقدية تمثل خروجا عما تقضي به قواعد المسؤولية، حيث يقتضي الأصل تحقق المسؤولية العقدية إذا أخل المدين ببعض أو كل التزاماته التعاقدية، ونتج عن ذلك الإخلال ضرر بالدائن، وتوافرت علاقة السببية بين الإخلال والضرر، لكن يمكن تجنب هذا الجزاءالذي يتحمله المدين جراء تحقق المسؤولية العقدية، أو التخفيف منه، أو تشديد مسؤوليته عبر تعديل قواعدها؛ لأن القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم هذه المسؤولية تعتبر قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين وليست قواعد آمرة.

ففضلا عن وجود مبدأ قانوني يتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين، أجازت القوانين والتشريعات المدنية[2]– من بينها القانون المدني الجزائري– لأطراف العقد وضع شروط معدلة للمسؤولية، وذلك عبر تضمين عقودهم شروطًا تعفيهم من المسؤولية أو تخفّفها أو تشدّدها. فهذه الشروط، والتي يصطلح عليها أيضا بالاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، تجسد سلطان إرادة الأطراف في العقد باعتبارها أساسًا لهذا التعديل الذي يصل في بعض الأحيان إلى درجة انعدام أثر المسؤولية ككل، وفي أحيان أخرى يتم تعديلها بدرجة أقل أو أكبر من أثرها الأصلي. هذا ما قد يؤدي إلى تهديد مبدأ التوازن العقدي، فيؤثر على الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية، وكون الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية تعد اهم تجسيد قانوني وعملي لمبدأ سلطان الإرادة كما ذكرنا، إلا أنها ترتب آثار تضرب مباشرة استقرار العلاقة التعاقدية، ما يستدعي بروز إشكالية مهمة تتمثل في: ماهي آثار صحة هذه الشروط و القيود التي تضبطها؟

---

[1]– أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]– المادة 217 مدني مصري؛ المادة 218 مدني سوري؛ المادة 100 من قانون الالتزامات السويسري.

للإجابة عن الإشكالية المطروحة ارتأينا تقديم هذا البحث من خلال فصلين؛ يعالج الفصل الأول شرطي التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية، بينما يعالج الفصل الثاني شرط تشديد المسؤولية العقدية، وكل فصل مقسم إلى ثلاث مباحث تتناول على الترتيب تعريفات الشروط وصورها، صحتها والآثار المترتبة عنها، تطبيقاتها في أهم العقود المتداولة والقيود الواردة عليها.

أهمية الموضوع:

يكثر التعاقد على مثل هذه الشروط في وقتنا الحاضر؛وذلك بسبب انتشار نماذج العقود من جهة، وبسبب سعي الطرف القوي في العقد إلى تحسين مركزه بوضع شروط في العقد تصب في مصلحته من جهة أخرى في ظل هيمنة التوجه الفردي، الذي لا يقيد –غالبا– حرية الأطراف، فهي وإن كانت في بعض الأحيان تسهل من الحياة العملية التعاقدية إلا أنها قد تمثل تعسفًا في حق أحد المتعاقدين.كما أن هذه الشروط،كما سبق وذكرنا، تخرج عن الأصل الذي يقتضي تحقق المسؤولية العقدية بموجب توافر كل من الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية، وبالتالي كان علينا دراسة هذا الموضوع لتحديد ضوابط وصحة هذه الشروط ومدى تأثيرها على العلاقة العقدية.

أسباب اختيار الموضوع:

كطالب قانوني باحث في تخصص عقود ومسؤولية، فإنني أولي اهتمامًا كبيرًا بهذا الموضوع، وذلك راجع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية تتمثل في:

الأسباب الذاتية:

– الشغف العلمي والرغبة في دراسة وتحليل ما هو متعلق بمواضيع العقود والالتزامات.

– رغم أهمية الموضوع إلا أننا لم نتطرق إليه خلال السداسيات بشكل محدد ومفصل.

– المكتسبات القبلية وتوفر المراجع في هذا المجال.

– من خلال وجهات النظر العلمية التي سنجمعها ونحللها في هذا البحث نستطيع إثراء كليتنا بنتائج هذه الدراسة حتى يتمكن زملاؤنا من بعدنا من الاستفادة منها.

الأسباب الموضوعية:

تكمن الأسباب الموضوعية لهذا البحث أساسا في تدعيم الدراسات العلمية السابقة له، حيث لفت الموضوع انتباهي بشكل خاص لكونه يتناول أثر إعمال الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية باعتبارها خروجا صارخا عن القواعد التي تقتضيها أحكام المسؤولية العقدية، لذلك أوليت اهتماما بدراسة هذا الموضوع من عدة جوانب كالآثار والقيود والتطبيقات العملية وغيرها في محتوى هذه الدراسة.

أهداف البحث:

بعد دراستنا النظرية لأهم ما يتعلق بالعقد خلال السداسيات (الليسانس و الماستر)، سواء من حيث التكوين أو الانقضاء أو الجزاء المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، سنقوم خلال هذا البحث بدراسة تكميلية في إطار النظرية العامة للعقد، وموضوعنا هذا كغيره من المواضيع العلمية يحتوي على عدة أهداف يمكن إيجازها في ما يأتي:

- توضيح الضوابط والقيود والاستثناءات الواردة على الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية.

- تبيين الآثار التي ترتبها هذه الشروط على العلاقة العقدية.

- القيام بعملية إسقاط الدراسة النظرية على أهم العقود المتداولة لإبراز موقف المشرع الجزائري، وكذلك موقف القضاء منها.

منهج الدراسة:

نظرا لطبيعة هذه الدراسة، فقد اعتمدت على المنهجين التاليين:

- منهج تحليل محتوى، فحسب برلسون فان منهج تحليل محتوى هو تقسيم محتوى الشيء، أو الفكرة، إلى عناصره الأولية البسيطة[1]، وهو ما تم تطبيقه خلال هذا البحث حيث قسمنا محتوى نص المادة 178 ق.م.ج إلى فكرتين أساسيتن، تتحدث الأولى عن تشديد المسؤولية والثانية عن الإعفاء من المسؤولية، وحللنا مضمونهما تحليلا علميا.

[1]- صلاح الدين شروخ، منهجية البحث العلمي، دار العلوم للنشر و التوزيع، د.ط، الجزائر، 2003، ص 156.

– المنهج الوصفي، وهو منهج يتبع لدراسة الظاهرة وتصويرها كميا عن طريق جمع معلومات مقننة عن المشكلة وتحليلها وإخضاعها للدراسة الدقيقة[1].

[1]– صلاح الدين شروخ، المرجه نفسه، ص 146.

الفصل الأول: شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

بعد بروز الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، وقيام المشاريع الكبرى وزيادة نشاط التجارة الخارجية والداخلية، أصبحت الشركات هي التي تسيطر على المعاملات المالية بين الأشخاص وخدماتهم خصوصا ميدان النقل، وكانت شركات النقل تدرج شروطا في عقودهم تقضي بعدم مساءلتهم في حال وقوع ضرر أو في حال قيام المسؤولية وهو ما يعرف بالشرط المعفي للمسؤولية[1].

وثار بشأن هذا الشرط جدل فقهي كبير حول مدى الحكم بصحته والآثار المترتبة عليه[2]، فبينما يرى البعض أحكام هذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز استبعادها بواسطة الاتفاق، يرى البعض الآخر[3]أنه لا علاقة لها بالنظام العام ويجوز الاتفاق على استبعادها.

هذا عن الفقه، أما من حيث التشريع، فالمشرع الجزائري أقر بصحة هذا الشرط، وجعل له قاعدة عامة في المادة 178 ق.م.ج فتنص فقرتها الثانية على أنه: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. غير انه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». إلا أن هذه القاعدة العامة قد خرجت عما هو وارد في الأحكام الخاصة ببعض العقود، كعقد النقل مثلا الذي يبطل كل شرط يهدف إلىإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من الأضرار البدنية التي تصيب المسافر.

---

[1]– محمد دمانة، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 5، جوان 2011، ص241.

[2]–عبد الرحيم سليم، شروط الإعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدات سندات الشحن 1955، ص 25–26؛ نقلا عن محمد دمانة، المرجع نفسه، ص 241–242.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1(نظرية الالتزام بوجه عام)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س، ص671.

وبما أن شرط التخفيف باعتباره إعفاء جزئي من المسؤولية العقدية، فيطبق عليه ما يطبق على الإعفاء من أحكام ولا يختلفان إلا من الناحية الشكلية أي باختلاف صور وأوجه كل منها، لذا سنقوم بدراستهما معا خلال هذا الفصل.

وهكذا إن هذا الموضوع شائك ويثير إشكالات، ولإيضاح معالمه ومعرفة حلوله الفقهية والتشريعية والقضائية سنقوم بتحديد مفهوم للشروط المعفية والمخففة للمسؤولية العقدية **(مبحث أول)**، ثم التطرق إلى أحكام هذين الشرطين والآثار المترتبة عنهما **(مبحثثان)** وأخيرا سنتناول بعض التطبيقات التشريعية والقيود التي ترد على هاتين الدرجتين من التعديل**(مبحث ثالث)**.

المبحث الأول: التعريف بالشرط المعفي والمخفف من المسؤولية العقدية

القاعدة العامة تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين وخاضع لمبدأ حرية التعاقد، فيجوز للطرفين إذن تنظيم علاقاتهم القانونية كما يشاءان، شرط مراعاة النظام العام والآداب والأحكام القانونية الإلزامية، وبالتالي لا مانع قانونا من إدراجبند ينفي كليا أو جزئيا من المسؤولية العقدية إذا تخلف احد الطرفين عن تنفيذ التزامه، ولهذا سنتناول في هذا المبحث تعريف شرطي الإعفاء والتخفيف **(مطلب أول)** وتبيان أهم الصور التي يتخذانها**(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: المقصود بشرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

الاتفاق على الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية هي إحدى الاتفاقات المعدلة لها، وتؤدي إلى رفع المسؤولية كليا أو جزئيا عن المدين بحسب درجة الشرط، حيث لا يعد المدين مسؤولا في حين انه يكون مسؤولا بموجب القواعد العامة، وقد خصصت هذا المطلب لتحديد تعريف بشرط الاعفاء،**(فرع أول)**، و شرط التخفيف**(فرع ثان)**.

الفرعالاول: تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

يعرف الشرط المعفي بأنه:« ذلك الشرط الذي ترفع بموجبه مسؤولية المدين، أو هو الاتفاق على إعفاء المدين من التزاماته بالتعويض عن الفعل الضار و منع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة»[1]، وهذا التعريف يخلط بين أمرين: التعويض الاتفاقي من جهة، والتعديل في المسؤولية العقدية من جهة ثانية، فالإعفاء من التعويض يدخل في نظام التعويض الاتفاقي، أماالإعفاء من المسؤولية فهو مسألة سابقة على التعويض، ذلك أن عدم التعويض أثر من آثارها، وليست مسألة الإعفاء من المسؤولية ذاتها.

ويعرفه آخر بأنها:« اتفاق بين طرفين على أنه إذا وقع ضرر بفعل أحدهما في ظروف معينة فإنه لا يكون مسؤولا عنه، وبصيغة أخرى هو الاتفاق المبرم مسبقا بين الدائن والمدين

---

[1]– حميدة يوس/ ساعو كهينة، الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015/2014، ص 36.

قبل حدوث الضرر ويقضي بعدم مساءلة المدين في حالة تحقق الضرر»[1]، وهذا التعريف يتسم بالوجاهة والدقة، ذلك أن شرط الإعفاء يقصد به رفع المسؤولية، أي اعتبار المدين بموجب هذا الشرط غير مسؤول رغم أنه بموجب القواعد العامة يكون مسؤولا لو لم يرد مثل هذا الشرط.

وتردد القضاء والفقه الفرنسيّان كثيرا بشأن صحة الإعفاء من المسؤولية؛ وذلك لكونهما يريان أنّه يشجع على الإهمال وعلى عدم التحفظ، وعلى العمل دون تقدير لما يمكن أن يرتبه من ضرر، كما أنه في أغلب الأحيان بمثابة شرط تعسفي يفرضه القوي على الضعيف؛مستغلاً حاجة هذا الأخير ومعرفته أنه مضطر لقبوله[2].

والحقيقةوإن كان لشرط الإعفاءمساوئ، فإنه في المقابل يشجع المبادرات الفردية. هذه الأخيرة لا يمكن أن تتم إذا كان الشخص دائما في تخوفمن نتائج أي تصرف له[3].

الفرعالثاني: تعريف شرط التخفيف

من الجائز الاتفاق على تحويل الالتزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية،أو ما يشترط لتحديد المدة التي تقوم فيها المسؤولية،إلاإذا نص القانون على عدم جواز ذلك، كما هو الشأن فيما يوجبه المشرع في نص المادة 556 ق.م.ج والتي تنصعلى مايلي: «يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاولين الضمان أو الحد منه»، أو الإنقاص من المدة التي يجوز خلالها رفع دعوى المسؤولية.

وبالتالي يتضح مما سبق أن الشرط المخفف هو اتفاق يرد في عقد أو في وثيقة منفصلة تحصر بموجبه مسؤولية المدين في جزء منها فقط.

ومن الملاحظ أن الفرق بين الاتفاق المخفف للمسؤولية العقدية و بين الاتفاق المعفي منها، يكمن في أنالأول يرد على جزء من المسؤولية العقدية في حين يرد الثاني على مجمل المسؤولية، لكن لا يكون الإعفاء من المسؤولية المترتبة على العقد كليا وإنما على أحد أوبعض آثاره على ألا يمس الاتفاق المعفي من المسؤولية العقدية الالتزامات الرئيسية في العقد، إلاأن

---

[1]– محمد دمانة، المرجع السابق، ص 241.

[2]– Aubert Carole De Vincelles, droit des obligations–Tome I, editiondalloz, paris, 2014, p341.

[3]– بلقاسم أعراب، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، معهد العلوم الإدارية والقانونية، جامعة الجزائر، 1984، ص6.

هذه التفرقة في الحقيقة شكلية ولا اثر لها على الأحكام المطبقة في كل من صورتي التعديل السابقتين، فيطبق على التخفيف ما يطبق على الإعفاء من أحكام، ويختلف التخفيف عن الإعفاء من ناحية واحدة و هي الناحية الكمية، في حين نجد أن الفرق بين الاتفاق على الإعفاء وباقي صور التخفيف الأخرى يكون الاختلاف عنها نوعيا[1].

المطلب الثاني: صور شرطيالإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

بما أنا ما يطبق على الإعفاء من أحكام يطبق كذلك على التخفيف، فلا يختلف شرط التخفيف عن شرط الإعفاءإلا من الناحية الشكلية، أي باختلاف صور وأوجه كل منهما، وسنلاحظ من خلال هذا المطلب أن صور شرط الإعفاء التي ترمي إلى رفع المسؤولية نهائيا عن المدين أكبر من حيث الكمية من صور التخفيف التي رغم تعددها يبقى المدين مسؤولا جزئيا في حال إخلاله بالتزامه العقدي، وبالتالي سنفصل خلال هذا المطلب في صور كل من شرط الإعفاء**(فرع أول)** وصور شرط التخفيف **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: صور شرطالإعفاء

تتمثل صور شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بحسب نوع المسؤولية ووفقا لما جاء في القانون في صورتين، إحدى هذه الصور تشمل الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي **(أولا)**، والصورة الثانية تتجلى في الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير **(ثانيا)**.

[1]– محمد دمانة، المرجع السابق، ص 242.

أولا: الاتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية

تتصف اتفاقات الإعفاء من المسؤولية الشخصية بأنها تجعل من المدين بالالتزام العقدي في وضع وسط ما بين كونه ملتزما بتنفيذ التزامه العقدي، وما بين عدم مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ هذا الالتزام والتي تلحق بالدائن[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 2/178 ق.م.ج والتي تنص على أنه: «و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي...»، حيث جاءت عبارة النص حاسمة في هذا الصدد، حيث استعمل المشرع عبارة عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، أي أن الاتفاق على الإعفاء يجب أن يرد على عدم التنفيذ وبالضرورة أن الخطأ العقدي يولد الضرر، ومن أمثلة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي، اشتراط البنك عدم مسؤوليته إذا لم يقم بتحصيل حقوق العميل من الغير كون القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفاء الوكيل أوحتى المودع لديه من المسؤولية، لأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام هذا الاتفاق[2].

ثانيا: الاتفاقات المعفيةعن فعل الغير

لابد لنا قبل التطرق إلى هذه الصورة المتمثلة في إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير بأن نوضح هذه المسؤولية أولا، فقد وردت تعريفات حول المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير إلاأنها في معظمها شابها بعض القصور، في حين نجد أفضلها هو الذي عرفها بأنها مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه في تنفيذ الالتزام، أو ممن يساعدونه في تنفيذه، أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حق اكتسبه هذا الأخير بواسطة العقد، وأدى سلوك واحد من هؤلاء

---

[1]– محمد دمانة، المرجع السابق، ص 242.

[2]– ناهد خشمون، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016/2016، ص 103.

إلىالإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين[1]، وعليه حسب هذا التعريف فإن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم إذا توافر شرطان:

الشرط الأول: وجود عقد صحيح بين المدين والدائن، فإذا كان العقد باطلا فقواعد المسؤولية التقصيرية هي واجبة التطبيق.

الشرط الثاني: أن يكون المدين قد عهد إلى الغير تنفيذ العقد، أو أن يكون الغير مكلف بموجب الاتفاق أو القانون بتنفيذ العقد[2].

أما بخصوص الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فقد أصر القضاء الفرنسي سابقا على موقفه بعدم الاعتراف باتفاقات إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه العقدي، حيث اعتبرها 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 أحكاممسؤولية المتبوع عن فعل التابع والخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مما أدىإلى الاعتراف بصحة الاتفاقات التي يدرجها المدين عند عدم تنفيذ الالتزام العقدي والراجع إلى فعل معاونيه أو مساعديه، حالها حال الاتفاقات المعفية الخاصة بمسؤولية المدين عن فعله الشخصي أو خطئه الشخصي[3].

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري عدم جواز الاتفاق المعفي كليا من خطأ الغير في حالتي الغش والخطأ الجسيم[4]، ففيما يتعلق بمسؤولية مدير الشركة مثلا أنه ليس وكيلا عنها بل هو مجرد أداة لها، لذا لا تستطيع الشركة أن تعفي نفسها عن الأخطاء الجسيمة أو الغش

---

[1]– سامي عمر الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مجلة العلوم القانونية و الشرعية ، كلية العلوم، جامعة الجبل الغربي، عدد 06، يوليو 2015، ص 36.

[2]– عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، منشور من دار الكتاب العربي، مصر ، د.س، ص 34.

[3]– سامي عمر الفرجاني، المرجع السابق، ص 37.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 674.

الصادر عنه، كما اعتبر أن شركات النقل تستطيع أن تعفي نفسها من السرقات التي يرتكبها عمالها و هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير وهو غير صحيح، لكن إن مثل هذا الشرط –حسب رأيه– إذا فرضته الشركات الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضي إبطاله[1].

فيما يرى جانب آخر من الفقه أن نطاق اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير تمتد إلىأوسع من الاتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية للمدين، بحيث تصل لتشمل جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم، وذلك لعدم مخالفتها للنظام العام[2].

الفرع الثاني: صور شرط التخفيف

الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية بالتخفيف من درجتها يأخذ عدة صور كونها قد تمس كمية الالتزام ونوعه، ولهذا سنعرض في هذا الفرع أهم الصور التي تتدخل فيها الإرادة لتخفيفها، من تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية **(أولا)**، أو الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة **(ثانيا)**، أو الاتفاق على إنقاص مدة التقادم **(ثالثا)**.

أولا: الاتفاق على تخفيف تدرج الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية

باعتبار أن التصنيف الذي استحدثه الفقيه الفرنسي ديموج، ارتكز على أن النتيجة التي يتعهد بها المدين في الالتزامات التعاقدية في مجملها تدور حول نوعين، أولهما التعهد بتحقيق نتيجة أو غاية معينة، والنوع الثاني التعهد ببذل جهد أو عناية مطلوبة[3]، فيقع على عاتق المدين في النوع الأول تحقيق نتيجة معينة تكون هي محل التزامه، فلا يتم تنفيذ العقد ولا تبرأ

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع نفسه، ص 677.

[2]– أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011، ص 96.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ص 26.

ذمة المدين إلاإذا تحققت الغاية المقصودة، بمعنى أن الالتزام هنا يتحدد فيه مضمون الأداء بالنتيجة المحددة التي يرمي الدائن إلى تحقيقها و المتفق عليها مسبقا، و هذا بحسب ما ورد في قرار المحكمة العليا ملف رقم 53010 بتاريخ 1988/05/25[1]، ومثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية و بتسليم الشيء المبيع للمشتري.

أما الالتزام ببذل عناية ففيه يقتصر التزام المدين على بذل العناية المطلوبة اللازمة لتحقيق الهدف المعين الذي قصد الدائن تحقيقه سواء تحقق الهدف المنشود أو لم يتحقق، فيكفي إذن أن يقوم المدين ببذل العناية الواجبة وهي بحسب المادة 172 ق.م.ج عناية الرجل العادي[2]، ومثال ذلك التزام الطبيب بعلاج المريض، فهو يبذل العناية و الجهد المطلوب لتحقيق شفائه، ولا تقوم مسؤوليته إذا لم يتم شفاء المريض ما دام لم يكن هناك تقصير منه.

وعليه فان اتجاه إرادة الطرفين إلى تحويل التزام معين يشترط فيه تحقيق النتيجة المرجوة من التعاقد إلى التزام ببذل عناية يعد من قبيل التخفيف من المسؤولية المترتبة عن إخلال المدين من التزاماته، فلا يكون إذن مسؤولا عن فعله المجرد من الخطأ ولا تتحقق مسؤولية المدين إلاإذا اثبت الدائن ارتكابه خطأ ولو كان تافها[3].

ثانيا: الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة

القاعدة العامة تقضي أن العناية المطلوبة في التزام المدين هي عناية الرجل العادي وهذا ما جاءت به المادة 1/172 ق.م.ج: «في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء، وأن يقوم بإدارته وأن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام 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»، فمن بين الأمثلة القانونية

---

[1]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد 2، سنة 1993، ص 11.

[2]– العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 54.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 675.

على الالتزام ببذل عناية ما جاء في المادة 576 ق.م.ج والتي نصت على:« يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي».

فمن الممكن الاتفاق على جعل الالتزام 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 حفاظه على أشيائه، فيمكن هنا أيضا الاتفاق على تخفيف درجة العناية، ومثال ذلك إذا استعارة شركة من شركة أخربرافعة وجب على الشركة المستعيرة أن تحافظ عليها كما تحافظ على أموالها الخاصة، فإذا كانت تدير رافعاتها عن طريق خبراء ومهندسين فيجب أن تفعل نفس الشيء بالرافعات المستعارة، لكن يمكن الاتفاق 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[1].

ثالثا: الاتفاق على إنقاص مدة التقادم

يعمل الاتفاق على إنقاص مدة التقادم على إسقاط الالتزام بالتعويض في مدة يحددها الطرفان أقصر من المدة المقررة لذلك قانونا[2]، فقد نص المشرع على ذلك في المادة 386 ق.م.ج التي جاء فيها انه: «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى 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 ذلك».

---

[1]– احمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 128.

[2]– مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي، ج2 (أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه)، المغرب، د.د.ن، د.س، ص 572.

فالغاية من هذا الإنقاص في مدة التقادم هي إعفاء المدين وإبراء ذمته من هذا الالتزام فور انصراف المدة التي عينها لذلك، رغم انه كان يجب ان يبقى ملتزما به لولا وجود هذا الاتفاق إلى أمد أطول، وعلى هذا يعتبر الاتفاق بمثابة شرط إعفاء من التعويض[1].

إلا أن المشرع الجزائري لم يترك الأمر مطلقا بل جعله كاستثناء، ففي المادة 322 ق.م.ج في فقرتها الأولى وضع قاعدة آمرة بتحريم إنقاص المدة اللازمة لرفع دعوى المسؤولية، فتنص المادة على انه: «لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون».

المبحث الثاني: أحكام شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة على صحتهما.

إن من مبادئ حرية التعاقد أن تكون الإرادة الحرة هي منشأ العقد، ولما كان العقد وليد إرادة المتعاقدين فلهما أن يتفقا على تعديل قواعد هذه المسؤولية وذلك في حدود النظام العام والآداب، أي أن هذه الأخيرة تقيد من حرية المتعاقدين، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم وإلا كان التزام المدين معلق على شرط إرادي محض، ولكن يجوز للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن عمل الغير، حتى لو كان هذا العمل عمدا أو خطأ جسيما فإن عمد الغير لا ينزل إلى منزلة الشرط الإرادي المحض[2].

لهذا سنتناول في هذا المبحث أحكام الشروط المعدلة للمسؤولية العقديةسواءبالإعفاء أو التخفيف، من حيث جوازها من عدمها **(مطلب أول)**، والآثار المترتبة عنها **(مطلب ثان)**،

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 915.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 674.

المطلب الأول: صحة الشرط المعفي والمخفف للمسؤولية العقدية

بما أن لكل من المتعاقدين حرية مناقشة الآخر حول ما يعرضه أو ما يطلبه من شروط تعاقدية تكريسا لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة وفق ما رأينا سابقا، فإنه من اللازم أن تكون هذه الشروط صحيحة وجائزة وفق ما يقتضيه القانون، لذلك سنقوم بدراسة صحة كل من شرط الإعفاء**(فرع أول)**، شط التخفيف **(فرع ثان)** كما سيأتي.

الفرع الأول: صحة الشرط المعفي من المسؤولية العقدية

تنص المادة 178 ق. م. ج في فقرتها الثانية على أنه: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه»[1].

يتبين لنا من نص المادة أن المشرع الجزائري يجيز تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق،بالإعفاء من المسؤولية العقدية[2]، أي عدم قيام الدائن بالرجوع على المتعاقد المخطئ بطلب التعويض، ويلاحظ أنه يستثنى من إعفاء المدين حالتي الغش والخطأ الجسيم، مما يعني أنه لا يجوز شرط الإعفاء في الأحوال التي يكون فيها الخطأ أكثر من جسيم.

لذلك سندرس هذا الفرع من ناحيتين وفق نص المادة سالفة الذكر وهما حالة الجواز **(أولا)**، وحالة عدم الجواز **(ثانيا)**.

---

[1]– توافق هذه المادة نص المادة 2/217 مدني مصري.

[2]– بينما لا تجيز مجلة الأحكام العدلية شرط الإعفاء من المسؤولية، ذلك أن الشروط المعبرة في مجلة الأحكام العدلية هي: الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد كالبيع يشترط تسليم المبيع على عاتق البائع وشرط الثمن على عاتق المشتري (المادة 186 من المجلة)، الشرط الذي يؤيد العقد كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل بالثمن (المادة 187 من المجلة)، الشرط المتعارف عليه (المادة 188 من المجلة)؛ نقلا عن أحمد سليم فيرز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006، ص 68.

أولا: جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية

يقضي المبدأ العام بجواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ذلك أنه لما كانت المسؤولية منشؤها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية، وإذا كانت الإرادة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية، فان لها أن تعدلها وذلك في حدود النظام العام و القانون[1]، ومن وجهة نظري وان كانت الإرادة هي أساس المسؤولية العقدية، فإنها غالبا ما تكون ضعيفة، فكثير من العقود تبرم بين الشركات والأفراد دون أن تتطلع الفئة الأخيرة على محتواها، ذلك بأن الفرد المتعاقد سيجد تلك الشروط تتكرر في معظم هذه العقود، وأنه و إن كان له أن يرفض التعاقد، إلاأن رفضا كهذا لن يفيده في شيء، وبالتالي سيضطر عاجلا أم آجلا إلىإجراء هذه العقود بالشروط المدرجة فيها.

وبالرجوعإلى نص المادة 178 ق.م.ج نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بشأن مدى صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، بين الشرط الذي يقضي بالإعفاء عن الأخطاء الشخصية، والشرط الذي يرمي إلىالإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة، لكن إذا كان يرمي إلى أكثر من ذلك، كأن يرمي إلىالإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة أو عن الغش، فقد حكم ببطلانه[2].

وبالتالي يجوز الاتفاق على إعفاء المدين في الحالات التالية:

- عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي والذي يرجع لفعله الشخصي ما لم يكن عدم التنفيذ راجعا إلى غشه أو خطئه الجسيم[3].
- إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم قد وقع من غير المتعاقد نفسه، أي ممن

---

[1]– السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 673.

[2]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 25.

[3]– عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام (الكتاب الثاني:المسؤولية المدنية)، ط3، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 53.

يستخدمهم المدين في تنفيذ العقد[1]، وفي هذا الصدد يرى بعض الشراح[2] أنه يجوز للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن عمل الغير، ولو أني أرى مصطلح "عمل الغير" مصطلح مطلق في حين أن نص المادة اقتصر فقط على أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ العقد فحسب[3].

ثانيا: عدم جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية

كما سبق وذكرنا، فان للأطراف الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الخطأ الشخصي، إلا أن اتفاقا كهذا غير جائز في حالتين هما: الغش والخطأ الجسيم.

يعرف الغش بأنه عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر ويتضمن الغش بهذا المفهوم معنى سوء النية، وهو يشوب سبب نشوء الحق واستعماله، ويجعله على غير أساس مشروع، لأن الحق بذلك فقد ميزته الخلقية والاجتماعية وانصرف إلىإلحاقالأذى بالمجتمع[4].

ويشترط البعض في الغش أن تتجه نية المدين ليس فقط إلى التخلص من الأعباء التي يفرضها العقد بل وكذلك إلى نية إحداث الضرر بالدائن[5].

أما الخطأ الجسيم فهو ما يأتي في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه، ويعرف أيضا بأنه الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس حذرا وحيطة[6].

---

[1]– سامي مصطفى عمار الفرجاني، المرجع السابق، ص 45.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 675.

[3]– وهو من رأي الأستاذ سمير عبد السيد تناغو إذ يفضل استعمال مصطلح تابعيه.

[4]– وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة مؤتة، 2006، ص 17.

[5]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 34.

[6]– وليد أحكم مهنا، المرجع السابق، ص 26.

ويتعين لإعفاء المتعاقد من المسؤولية العقدية إعمالا لشرط الإعفاء، التزام كل متعاقد بتنفيذ العقد بما يتطلبه حسن النية، بحيث إذا انتفى ذلك وتوافر الغش أو الخطأ الجسيم عند تنفيذ العقد، أدى ذلك إلى بطلان شرط الإعفاء[1]، حيث يتحقق بذلك قدر من قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر.

ويأخذ كل من الخطأ الجسيم والغش نفس الحكم، رغم أن الأول غير عمدي، وذلك خوفا من تستر المدين وراء الخطأ الجسيم لإخفاء نية الإضرار بالدائن، هذا من جهة، ومن جهة ثانية حتى نفرض على المدين حدا أدنى من العناية في المعاملات إعمالا لمبدأ حسن النية[2].

الفرع الثاني: صحة الشرط المخفف للمسؤولية العقدية

إنه من المنطق أن من يملك بالهبوط بالمسؤولية إلى درجة الإعفاء يملك أيضا تخفيفها إلى أي قدر يشاء، وبما أن شرط الإعفاء صحيح وجائز وفق ما سبق وذكرناه، فان شرط التخفيف كذلك صحيح وجائز، ولكن جوازه من عدمه يختلف باختلاف صوره، ولعل أهمها هي الاتفاق على إنقاص مدة التقادم **(أولا)**، والاتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية إلى تخفيف درجة العناية **(ثانيا)**.

أولا: حكم الاتفاق على إنقاص مدة التقادم

يقصد بالاتفاق على إنقاص مدة التقادم أن يتفق الطرفان في أن تتقادم دعوى المسؤولية التي قد تنشأ عن علاقتهما العقدية خلال مدة أقل من الأصل وهي خمسة عشر(15) سنة[3]، ومن الواضح أن مثل هذا الاتفاق لا يمس المسؤولية مباشرة، وإنما يرتبط بدعوى المسؤولية وهي من آثار المسؤولية[4].

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص 178.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 675

[3]– مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 572

[4]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 915.

وتقضي القاعدة العامة بجواز الاتفاق على إنقاص مدة التقادم بحيث تنص المادة 1/322 ق.م.ج على انه: «لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون»، إلا أنه إذا وجد نص في التشريع يجيز مثل هذا الاتفاق يمكن للأطراف الاتفاق على مدة أقل، ومثال ذلك نص المادة 386 ق.م.ج.

ثانيا: حكم الاتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية إلى تخفيف درجة العناية

يمكن تصور أن يكون الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صوره، فلا يكون المدين مسؤولا عن فعله المجرد من الخطأ، وعند ذلك ينقلب الالتزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية[1]، فالمدين بهذا الالتزام لا يعتبر أنه وفى التزامه إلاإذا حقق النتيجة المقصودة، فإذا لم يحققها اعتبر أنه لم ينفذ التزامه وكان بالتالي مسؤولا أيا كان سبب عدم التنفيذ.

ويتحقق التخفيف في هذه الصورة بالاتفاق على إعفاء المدين من الخطأ التافه فلا يسأل إلا عن خطئه اليسير فصاعدا وقد ينزل الدائن بالتخفيف أكثر فلا يسأل المدين إلا عن خطئه الجسيم والعمد وعندئذ لا يمكن الذهاب بالتخفيف إلى أبعد من ذلك[2].

ثالثا: حكم الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة

الأصل أن يبذل المدين في تنفيذ التزامه عناية الرجل العادي، و هذا ظاهر في الالتزام

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 676.

[2]– أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص 334.

ببذل عناية، إلا أنه قد يتفق على أن يبذل المدين عناية أقل من عناية الرجل العادي[1]، أو يبذل عناية أقل من عناية هو ذاته في شؤون نفسه.

وهذه الصورة من التخفيف تثير إشكالا من ناحية تفسير إرادة الأطراف، حيث من الصعب أن يتوصل المتعاقدان إلى تنظيم درجة العناية المتفق عليها بشكل دقيق، بل من شبه المؤكد وجود ثغرات في مثل هذا الاتفاق، وكمثال لتوضيح هذه المشكلة، كما لو اتفق على أن يبذل المدين في تنفيذ عقد الوديعة عنايته بشؤون نفسه، دون أن تتجاوز تلك العناية عناية الرجل المعتاد، فإنه من الصعب معرفة العناية التي يبذلها المدين في شؤون نفسه، لذا سيبقى المدين غير مسؤول مهما كانت درجة العناية التي بذلها، وسيكون من الصعب إثباتأن المدين قد بذل عناية تقل عن عنايته في شؤون نفسه، لأن عنايته في شؤون نفسه قد تكون متفاوتة أصلا، كما لو وضع الوديعة في صندوق على مرمى العامة وغير مقفل، فيقول المدين أنه وضع الوديعة في المكان الذي يضع فيه مستلزمات شؤون نفسه، وإن تجاوزنا مسألة الإثبات، ستثور مشكلة تفسير إرادة الأطراف، حيث قد يدعي الدائن أنه قصد في بذل العناية تلك العناية المعقولة بحيث وضع الوديعة في الصندوق الذي يضع فيه حاجيات نفسه، في حين أن معيار الرجل العادي ونظرا لقيمة الوديعة العالية، ما كان ليحفظها في ذلك الصندوق، مما يجعل الفصل في مثل هذا النزاع غالبا لمصلحة المدين الذي سيتهرب من خلال الادعاءات التي قد لا تكون صحيحة من التزامه بالحفظ، وسيتراخى في تأدية التزامه[2].

---

[1]– السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 675-676.

[2]– هذا المثال لا يتعارض مع ما جاء في القانون المدني فيما يتعلق بحفظ الوديعة، من أن يبذل في حفظها إذا كانت غير مأجورة عناية الرجل العادي، فمثل هذا الحكم يفترض وجود اعتبار شخصي في العلاقة بين المودع و المودع لديه، و هذا الاعتبار الشخصي ليس بالضرورة أن يتوفر في الوديعة المأجورة، لذا اشترط المشرع في الأخيرة عناية الرجل العادي، و من التطبيقات التشريعية لمثل هذا الشرط ما ورد في المادة 576 ق.م.ج و المادة 592 ق.م.ج

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على صحة شرطي الإعفاء والتخفيف

إن الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية وكأي اتفاقات أخرى واردة على العقد، ترتب آثارا قانونية طالما كانت جائزة وصحيحة كما سبق بيانها، إذ لا فائدة عملية من اتفاقات لا ترتب أي آثار قانونية، وتختلف آثار الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية باختلاف صورها من إعفاء، تخفيف وتشديد، لهذا سنتطرق إلى كل من آثار شرط الإعفاء**(فرع أول)**، آثار شرط التخفيف **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على شرط الإعفاء

عرف أثر الاتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية خلافا واضحا، حيث ذهب اتجاه منهم إلى إعطاء هذا الاتفاق الصحيح أثره في إعفاء المدين من المسؤولية العقدية **(أولا)**، فيما ذهب اتجاه آخر إلى اقتصار أثر هذا الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن[1]**(ثانيا)**.

أولا: من حيث التزام المدين

يترتب على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أن المدين يعتبر غير مسؤول عن الخطأ العقدي في حدود الشرط، وهذا هو الرأي الغالب[2].

وقد نصت المادة 2/178 ق. م. ج على ذلك بصريح العبارة: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أوالخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه»، حيث يتضح أن المادة استثنت هذا الأثر في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فهنا لا يتخلص المدين من التزامه ويكون

---

(1)– أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 186.

(2)– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 679، صبري السعدي، المرجع السابق، ص 318، حسين عامر، المرجع السابق، ص 567، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 333.

عبئ إثبات الغش والخطأ الجسيم على الدائن، بينما يبقى هذا الأثر ساري المفعول في خطأ مساعدي المدين في الحالتين.

ثانيا: من حيث الإثبات

الأصل أن الدائن هو الذي يتحمل عبء الإثبات كاملا، إلا انه في الخطأ العقدي فإنه على المدين أن يثبت فقط وجود العقد، ولا يلتزم أن يثبت خطأ المدين، وعلى هذا الأخير أن يثبت أنه قام بتنفيذه[1].

إلا أن محكمة الإستئناف المختلط في فرنسا قضت بأن: « البند المدرج في سند الشحن والذي يلقي على المرسل أو المرسل إليه تبعة أخطار النقل البحري لا يجيز للناقل أن يتخلص من نتائج خطئه الشخصي أو خطأ عماله وتابعيه، بل ينحصر أثره في إقامة القرينة على الحادث الفجائي لمصلحة الناقل بإلقاء عب إثبات الخطأ على عاتق المطالب بالتعويض»[2].

ويرى البعض أن هذا التوجه التي تبنته محكمة النقض الفرنسية لا يقوم على أساس الخطأ فقط، بل يشمل أيضا فكرة الضمان، ويعني ذلك تحمل الدائن لمخاطر الأسباب غير المعروفة التي أدت إلى عدم تنفيذ الالتزام العقدي بدل مدينه[3]، وبالتالي نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن.

فيما يرى البعض الآخر أن الأساس وراء نقل عبء الإثبات يكمن في أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية، وللدائن الخيرة بينهما، إلا أن القضاء والفقه تخلا عن مبدأ الجمع والخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[4]، حيث يعتبر ذلك خرقا صريحا

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص642.

[2]– استئناف مختلط في 06 نوفمبر 1929، مجلة التشريع والقضاء المختلط، السنة 42، ص 21، نقلا عن أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 187.

[3]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 84.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 678، راجع في مسألة الجمع والخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 18، السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 758.

لإرادةالأطراف التي انصرفت إلى وضع هذا الاتفاق المعفي للمدين من المسؤولية العقدية، وبالتالي فالتوجه الحالي يذهب إلى ترتيب الشرط لآثاره كاملة، أي إعفاء المدين من المسؤولية التي شملها الشرط[1].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على شرط التخفيف

بما أن الإعفاء هو أقصى درجات التخفيف، بالتالي فإن آثار شرط الإعفاء من حيث الإثبات والتزام المدين تنطبق على شرط التخفيف، لذا سنقتصر هذا الفرع على دراسة آثار جانبية خاصة بشرط التخفيف دون الإعفاء والمتمثلة في الآثار المترتبة عن كل من تحويل نوع الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية **(أولا)**، تخفيف درجة العناية **(ثانيا)**، وكذا الإنقاص من مدة التقادم (**ثالثا**).

أولا: الآثار المترتبة عن تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية

في الإلتزام بتحقيق نتيجة لا يستطيع المدين التذرع بأنه لم يخطئ، وإنما له فقط أن ينفي العلاقة السببية، أما فعله المجرد عن الخطأ فيسأل عنه، لأنه لا يستطيع الادعاء بأنه بذل العناية المطلوبة أو التي يبذلها الرجل العادي، لذا يبقى مسؤولا وإن كان فعله مجردا عن الخطأ، أما في ظل شرط تحويل نوع الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية، فان المدين يستطيع التمسك بأن فعله ليس خطأ، ولذا فلا يكون مسؤولا بحكم هذا الشرط[2].

ثانيا: الآثار المترتبة على شرط تخفيف درجة العناية

يترتب على شرط تخفيف درجة العناية ألا يكون المدين مسؤولا إن هو بذل العناية المتفق عليها وإن كانت أقل من عناية الرجل العادي، وكما سبق وأشرنا أن شرط التخفيف كشرط الإعفاء من حيث عبء الإثبات، إلا أنه في هذه الحالة يزداد عبء الإثبات صعوبة، لأن

---

[1]– أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 193.

[2]– أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 334.

إثباتاًأن العناية المبذولة أقل من العناية المتفق عليها أمر من الصعب تحقيقه، فهذا الشرط وإن كان لا يؤثر على توزيع عبء الإثبات، فهو يؤثر على مدى الإثبات، أي انه سيكون على الدائن إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ الالتزام العناية المتفق عليها وفي ذلك صعوبة بالغة على الدائن[1].

ثالثا: الآثار المترتبة على إنقاص مدة التقادم

يترتب على شرط تقصير مدة التقادم أن الدائن لا يستطيع رفع دعوى المسؤولية ضد المدين بعد المدة المتفق عليها، ويستطيع المدين التمسك بهذا التقادم كأحد الدفوع أمام القضاء مستندا إلى شرط تقصير المدة الوارد في العقد.

وكون المحكمة لا يجوز لها أن تقضي بالتقادم تلقائيا[2]فإن أثر الاتفاق على إنقاص مدة تقادم دعوى التعويض في حال ورود هذا الاتفاق صحيحا لا يخالف القانون.

المبحث الثالث: تطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف والقيود الواردة عليهما

أورد المشرع في مواطن متعددة نصوصا تجيز و تحضر صراحة أو ضمنا شرط التشديد في المسؤولية العقدية، لذلك سنقوم بدارسة ما سبق بيانه في كل من عقود البيع، المقاولة، النقل كنماذج تطبيقية في هذه الدراسة **(مطلب أول)**، ثم سنتطرق إلى القيود الواردة على شرط التشديد سواء المستخلصة من الدراسة التطبيقية سابقة الذكر أو من الآراء الفقهية **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: تطبيقات شرطي الإعفاءوالتخفيف

ندرس من خلال هذا الفرع صور وأشكال شرطي التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية في كل من عقد البيع **(فرع أول)**، عقد المقاولة**(فرع ثان)**، عقد النقل **(فرع ثالث)**، مبرزين

---

[1]– عبء إثبات المسؤولية العقدية، من موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية almerja. net/reading. php ?idm7357 آخر زيارة للموقع 2018/09/26 على الساعة 19:50.

[2]– المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 4، سنة 1991، ص 188.

الحالات التي يجوز فيها هذين الشرطين والحالات التي يمنع فيها ذلك لتعارضها مع فكرة النظام العام.

الفرع الأول: تطبيقات في عقد البيع لشرطي التخفيف والإعفاء

عقد البيع من أهم العقود على الإطلاق لكونه شريان المعاملات المالية الدائرة بين الأفراد، نظم أحكامه المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب السابع ضمن الكتاب الثاني المعنون بـ: الالتزامات و العقود، و من بين الاحكام التي نظمها في عقد البيع، الاتفاق على التخفيف والإعفاء من ضمان الاستحقاق **(أولا)**، و ضمان العيوب الخفية **(ثانيا)**.

أولا: الاتفاق على التخفيف أوالإعفاء من ضمان الاستحقاق

تنص المادة 377 ق. م. ج علىأنه:«يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه.

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد اعلم به المشتري.

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير».

فطبقا لهذه المادة يستطيع المتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الإنقاص من الضمان كالإنقاص من حقوق والتزامات بعضهما، وحتى ينجز هذا الاتفاق لابد من توافر شروط وهي ألا يكون الاستحقاق ناشئ عن فعل البائع وكذلك عدم تعمد البائع إخفاء حق الغير على المبيع[1]، كما يستطيع المتعاقدان إسقاط الضمان في بعض الأحيان[2].

---

[1]– دليلة معزوز، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 160.

[2]– وليد تركي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والإيجار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2011/2010، ص 89.

أ- الاتفاق على إنقاص ضمان الاستحقاق

يمكن للبائع والمشتري الاتفاق على إنقاص حقوق هذا الأخير عند استحقاق المبيع للغير، ومثال هذا الاتفاق التزام البائع برد ثمن المبيع للمشتري عند وقوع الاستحقاق دون الالتزام برد تعويضات أخرى[1]، وقد يتفق على إعفاء البائع من سبب معين من أسباب الضمان كالاتفاق على إخفائه من ضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة خلافا لما يقضي به القانون من ضمانها، أو الاتفاق على إنقاص مايستحق المشتري من تعويضات أو على حرمان المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي من أن يرد المبيع ولو كانت الخسارة جسيمة[2].

ب- الاتفاق على إسقاط ضمان الاستحقاق

أجازت الفقرة الأولى من المادة 377 ق. م. ج سابقة الذكر الاتفاق بإسقاط الضمان على البائع سواء في حالة الاستحقاق الكلي أو الاستحقاق الجزئي، وبالتالي لا يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع إطلاقا سواء استحق المبيع أو جزء منه، إلاإذا كان الاستحقاق راجعا إلى فعل البائع، فان الاتفاق على إسقاط الضمان يعتبر باطلا[3]، ويقصد بفعل البائع تعمده لإخفاء سبب الاستحقاق أو حق الغير وهو ما جاءت به الفقرة الثالثة من نص المادة 377 ق. م. ج، وقيد المشرع هذا الشرط بقيدينهما:

- أن يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد (أي استحقاق) قد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.
- يكون البائع مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقتالاستحقاق إذا كان استحقاق المبيع قد نشا من فعل الغير، وعلى هذا النحو يظل البائع ملتزما بان يدفع

---

[1]- عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 117؛ خليفة الخروبي، العقود المسماة (الوكالة، البيع والمعاوضة، الكراء، الهبة)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، ص 207.

[2]- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 149.

[3]- أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 170.

للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق، ويقتصر أمر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى[1].

غير أن هناك حالتين أوردتهما المادة 2/378 ق.م.جيعفيهما البائع من الضمان كليا بموجب شرط عدم الضمان فلا يلتزم برد قيمة المبيع وهما:

- أن يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق وقت التعاقد وارتضى مع ذلك شرط عدم الضمان.
- أن يكون المشتري قد اشترى المبيع عالما وتحت مسؤوليته[2]جميع الأخطار محتملة الوقوع وبذلك يكون مضاربا أي يحتمل الربح والخسارة[3].

و بهذا الخصوص أقرت محكمة النقض المصرية بأنه: «**إذا كان يشترط لصحة الاتفاق على إنقاص الضمان أوإسقاطه توافر شرطين أولهما الا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعل البائع، اذ يظل في هذه الحالة مسؤولا عن الضمان ولو تضمن العقد الإعفاء منه، وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة 446 آنفة الذكر، و ثانيهما، الا يتعمد البائع إخفاء حقا لأجنبي، ذلك ان عقد البيع يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، فان لم يقم البائع بتنفيذ التزامه أو لم يتمكن من القيام به أو استحق العين المبيعةأو قضى بعدم نفاذ عقده أو بطلانه أو انتزعت ملكيتها، فانه يتعين على البائع رد الثمن مع التضمينات، إلاإذا اشترط البائع على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقا واستحق المبيع كله أو بعضه و لم يكن هذا التعرض ناشئا عن فعله أو لم يتعمد إخفاء حقا لأجنبي على المبيع فان حق الضمان يسقط عن البائع**»[4].

---

[1]– محمد حسنين، المرجع السابق، ص 150.

[2]– ساقط الخيار حسب عبارة القانون المدني المصري في نص المادة 2/446 منه.

[3]– محمد حسنين، المرجع السابق، ص 151.

[4]– الطعن رقم 901 لسنة 68 قضائية، جلسة 30 مايو 1999، المكتب الفني، السنة 50، عدد 1، ص 768، القاعدة 151.

ثانيا: الاتفاق على التخفيف أوالإعفاء من ضمان العيوب الخفية[1]

وأحكام ضمان العيب الخفي ليست من النظام العام فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديلها، والتعديل قد يكون بالزيادة كما سنرى لاحقا، أو بالإسقاط وهو ما تقضي به المادة 378 ق. م. ج[2]، والإسقاط قد يكون جزئي في شكل إنقاص الضمان، أو كلي في شكل إعفاء تام.

أ- الاتفاق على إنقاص الضمان

الاتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق إما بأسباب الضمان وإما بدعوى التعويض، ومثال أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيبا معينا يذكره بالذات، أو ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني المتخصص[3]، ومثال إنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشتري إذا رد له المبيع ألا يرد للمشتري إلا اقل القيمتين، قيمة المبيع سليما أو قيمة التعويض وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على انه إذا ظهر عيب في بعض أجزاء السيارة انحصر الضمان في استبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء سليمة خلال مدة معينة، فكل هذه الشروط جائزة ويجب العمل بها، إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالما بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعمد إخفاءه من المشتري غشا منه[4].

---

[1]- العيب الخفي هو ذلك الذي ينقص من قيمة المبيع أو حد من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، وعرفه الأستاذ محمد شكري سرور بأنه شائبة أو نقيصة لا توجد عادة في مثل المبيع ولكنها وجدت فيما اشتراه المشتري، ويغلب عليه صفة الخفاء أي لا يكون ظاهرا للعيان سواء كان بائع أو مشتري، وهذا العيب يكون موجبا للضمان، نقلا عن علي حساني، الاطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابوبكربلقايد- تلمسان، 2012/2011، ص107.

[2]- تنص المادة 378 ق. م. ج على أنه: «يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشا عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فان البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد الا إذا اثبت ان المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو انه اشترى تحت مسؤوليته».

[3]- أو اشتراط البائع عدم ضمان لون المبيع.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط،ج1، فقرة 379 ص 757

ب- الاتفاق على إسقاط الضمان

الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع[1]، فلا يكون البائع ضامنا لأي عيب يظهر في المبيع حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفاءها عن المشتري، ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى عالما ومضاربا كما سبق ورأينا في ضمان الاستحقاق[2].

وأرى أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالما بعيب في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشتري غشا منه، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهذا لا يجوز[3].

الفرع الثاني: تطبيقات في عقد المقاولة لشرطي التخفيف والإعفاء

تتعلق أحكام عقد المقاولة[4] بالنظام العام[5]، وفي ذلك تنص المادة 556 ق. م. ج على أنه:«يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه»، وتنص المادة 18 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري[6]على أنه:«كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص

---

[1]- أحمد خليل حسن قدادة، المرجع السابق، ص 182.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط، ج1، فقرة 379 ص 758

[3]- ومثال ذلك أن يكون العيب ناشئا من فعل البائع، فيكون باطلا الاتفاق على عدم ضمان هذا العيب أو الاتفاق على إسقاط الضمان.

[4]- تجدر الملاحظة أنه هناك فرق بين عقد المقاولة والمقاولة، فعقد المقاولة هو عقد وارد على عمل مالي، هذا العمل ينفذه المقاول باستقلالية، أما المقاولة فلها مدلول اقتصادي ويراد بها كل تنظيم يكون غرضه تزويد الإنتاج أو التبادل أوالتداول بالسلع أو الخدمات، فالمقاولة هي الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي، نقلا عن صافية ولد رابح، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2007، ص. ص 12-18.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج1 (العقود الواردة على عمل)،ط3ن منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 140.

[6]- المرسوم التشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 7 رمضان 1413 الموافق لأول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج. ر عدد 14، الصادرة في 03 مارس 1993.

عليها في المادتين 11 و14 وفي المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل أوتحديد مداها إما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده، يعد باطلا وكأنه لم يكن...»، إن هذين النصين يفيدان تعلق مسؤولية المعماريين المقررة في المادة 554 ق. م. ج بالنظام العام لذلك يثور التساؤل عن أثر هذه العلاقة على الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية.

أولا: الاتفاقات المخففة للمسؤولية في عقد المقاولة

تنص المادة 556 ق. م. ج على مايلي:«يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه.»، فيخلص عن صريح عبارة هذا النص أن البطلان يشمل اتفاقات الحد من المسؤولية أي التخفيف منها، وعلى هذا يعتبر باطلا كل اتفاق من شأنه إنقاص مدة الضمان أو يجعله قاصرا على بعض الأعمال أو بعض العيوب، وكذلك يبطل الاتفاق الذي يقصر الضمان على مهندس أومقاول دون الآخر، أو يستبعد التضامن بين المهندس والمقاول.

فكل هذه الاتفاقات أيا كانت صورها تعتبر باطلة والبطلان هنا محله الشرط لا العقد، وهو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام، فيستطيع رب العمل أن يرجع بالضمان كاملا عن جميع العيوب لكل مدة الضمان بالرغم من أي اتفاق مخالف[1].

ثانيا– الاتفاقات المعفية للمسؤولية في عقد المقاولة

لا يجوز الاتفاق في عقد المقاولة على إعفاء المهندس المعماري والمقاول من ضمان شأنه الأعمال وسلامتها لمدة عشر (10) سنوات كاملة، ومثال ذلك أن يشترط المقاولأو المهندس المعماري في عقد المقاولة انه بمجرد تسلم رب العمل البناء تبرأ ذمة المقاول أو المهندس

[1]– عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 141.

المعماري من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء علما أن التسلم لا يعفي من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة[1].

وعبرت محكمة النقض المصرية فيما يخص الاتفاقات المعفية من المسؤولية والتي يكون من شأنها جعل المقاول والمهندس المعماري غير مسؤولين من تهدم البناء أو عيوب تحد من منفعته، في حكم لها صادر بتاريخ 1967/04/03 أعلنت فيه: «**أنه لما كانت المادة 665 ق.م.م تلزم المهندس المعماري والمقاول بضمان ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني، وما يوجد فيها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتنص المادة 653 منه على بطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من هذا الضمان أو الحد منه فان مقتضى ذلك أن كل شرط في عقد صلح قصد به إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من ضمان ما لم يكم قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان يكون باطلا ولا يعتد به، إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع به، ولما كان ذلكن وكان إقرار رب العمل في عقد الصلح يتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها، ليس من شأنه أيضا أن يعفي المهندس المعماري والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم، ولم يكن رب العمل يعلمها، لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطي الا العيوب الظاهرة أو المعروفة لرب العمل وقت التسليم، فان الحكم المطعون فيه، اذ عمم فجعل الاتفاق الذي تضمنه عقد الصلح معفيا للمهندس المعماري والمقأول من ضمان كافة العيوب، ما كان ظاهرا منها وقت الصلح أو خفيا، فانه يكون قد أخطا في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه**»[2].

---

[1]– مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون تخصص مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ص 247.

[2]– أشارت اليه سعاد بلمختار ، المرجع السابق، ص 168.

الفرع الثالث: تطبيقات في عقد النقل لشرطي التخفيف والإعفاء

من بين الأحكام التي نضمها المشرع الجزائري في عقد النقل[1] تلك المتعلقة بجواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية من عدمها، وبما أن عملية النقل تشمل حالتين، فإننا سنقوم بدراسة هذه الأحكام في حالة نقل الأشخاص ثم في حالة نقل البضائع.

أولا: في حالة نقل الأشخاص

فيما يتعلق بالنقل البري للأشخاص، فالمشرع الجزائري كان صريحا في مدى جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بكيان الراكب، حيث جاء في المادة 65 ق. ت. ج أنه: «يكون باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين»، يتضح من نص المادة أنه قد يقوم الناقل بوضع شروط في العقد تعفيه كليا أو جزئيا من المسؤولية في حالة حدوث أضرار بدنية للمسافر، فإن هذه الشروط تكون باطلة لأن الناقل ملزم بضمان سلامة المسافر أثناء عملية النقل وإيصال المسافر سالما معافى إلى المكان المقصود بموجب عقد النقل المبرم بين الناقل والمسافر، وإذا تعرض المسافر لضرر أثناء تنفيذ العقد، لا يمكن للناقل أن يتهرب من المسؤولية الملقاة على عاتقه، بحجة أنه تم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الالتزام بضمان سلامة المسافر وعلى الناقل في هذه الحالة أن يقوم بالتعويض عن الأضرار التي سببها المسافر[2]، وهذا ما رمت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/03/30 ملف رقم 27429 حيث اعتبرت مسؤولية ناقل الأشخاص عن ضمان سلامة المسافر واجب قانوني حسب المادتين 62 و63 ق. ت. ج، حيث نص القرار على أنه: «إذا كان من السائد فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين فان الأمر ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص الذي أوجب فيه القانون على الناقل

---

[1]–الفصل الرابع من الباب الرابع المعنون بـ: في العقود التجارية من الكتاب الأول المعنون بـ: التجارة عموما من القانون التجاري الجزائري من القانون رقم 75–59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم.

[2]– زهير قزان/عمر علالي، عقد النقل البري للأشخاص، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2015/2014، ص 38.

ضمان سلامة المسافر وحمله المسؤولية المترتبة عن إخلاله بذلك الالتزام، وفي هذا السياق اعتبر كل شرك يرمي إلى إعفاء المسؤولية مخالفا للنظام العام، غير أنه جاز التخلص منه كليا أو جزئيا عن طريق إثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة»[1].

وقد استثنى المشرع من الحالات التي لا يجوز فيها شرط الإعفاء فيما يتعلق بنقل الأشخاص الحالة التي تتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تصيب الراكب وفي ذلك تنص المادة 66 ق. ت. ج على أنه: «يجوز للناقل، استنادا لاشتراط كتابي مدرج في سند النقل ومطابق للقوانين والأنظمة الجري بها العمل ومبلغ للمسافر، وفيما عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه بنفسه أو من مستخدمه إعفاءه كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن التأخير أو الأضرار غير البدنية الحاصلة للمسافر»[2].

أما بالنسبة للنقل الجوي للأشخاص فيتبين من نص المادة 78 من القانون رقم 166/64 المتعلق بالخدمات الجوية[3] والتي تقضي بما يلي:«باستثناء الشروط المتعلقة بالخسائر التي يمكن أن تنتج عن طبيعة الأشياء المنقولة أو من عيب خاص بها يعد كل شرط يرمي إلى إبراء ذمة الناقل من المسؤولية أوإلى إقامة حد أدنى من الحدود المضبوطة في هذا القانون ملغى ودون مفعول، إلا أن إلغاء الشرط لا يقضي ببطلان عقد النقل الذي يضل خاضعا لأحكام هذا القانون».يتبين منها أن المشرع الجزائري أبطل كل شرط يهدف إلىإعفاء الناقل من مسؤوليته المترتبة عن نقل الركاب، وبطلان الاتفاق لا يؤدي إلى بطلان العقد الذي يضل خاضعا لأحكام القانون[4].

---

[1]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق العليا للمحكمة العليا، عدد1، سنة 1986، ص 192.

[2]– زهير قزان/عمر علالي، المرجع السابق، ص 39.

[3]– قانون رقم 166/64 مؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق لـ 8 يونيو 1964 المتعلق بالمصالح الجوية، ج. ر عدد 06 المؤرخة في 16 يونيو 1964، (ملغى).

[4]– وليد بوشافع، مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص وفقا للقانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند اولحاج البويرة، الجزائر، 2013/2012، ص 67.

بينما لم يحدد القانون البحري[1] حكم الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في عقد النقل البحري للأشخاص، واقتصرت المواد من 841 إلى 850 منه على إبعاد المسؤولية أو تخفيفها من طرف المحكمة بعد وقوع الضرر.

ثانيا:حالة نقل البضائع

بالنسبة للنقل البري للبضائع فقد نصت المادة 52 ق. ت. ج بأنه: «فيما عدا حالة الاشتراط الكتابي المدرج بسند النقل والمطابق للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل والمبلغ لعلم المرسل، يجوز للناقل، عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه أو من مستخدمه:

1- تحديد مسؤوليته بسبب الضياع أو التلف بشرط ألا يكون التعويض المقرر أقل بكثير من قيمة الشيء نفسه بحيث يصبح في الحقيقة وهميا،

2- إعفاؤه كليا أو جزئيا من مسؤولية التأخير.

3- يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف»، حيث يتضح من هذا النص أن المشرع اقر جواز اتفاق الناقل مع المرسل على إعفاءه من المسؤولية في حالة التأخير في تسليم البضاعة للمرسل إليه، وعدم جواز الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية في حالة ضياع أو تلف البضاعة المنقولة[2].

ويعد في حكم الإعفاء كل شرط من شأنه تحميل المرسل أو المرسل إليه دفع كل أو بعض نفقات التأمين على مسؤولية الناقل وهذا ما نصت عليه المادة 75 ق. ت. ج[3]، وكذلك كل

---

[1]- أمر رقم 76-80 المؤرخ في 28 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري، ج. ر عدد 29 الصادرة بتاريخ 10 ابريل 1977، المعدل والمتمم.

[2]- العياشي شواح، عقد النقل البري للبضائع، مذكرة لاستكمال مقتضيات الحصول على شهادة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2005/2004، ص 77.

[3]- تنص المادة 75 ق. ت. ج على ما يلي: « يعد كاشتراط بالإعفاء بالنسبة للمواد 52و65و66و71و72 الاشتراط الذي يضع بصفة مباشرة أو غير مباشرة التأمين الكلي أو الجزئي لمسؤولية الناقل أو الوكيل بالعمولة، على عاتق المرسل أو المرسل إليه أو المسافر أو الموكل. »

شرط يقضي بتنازل المرسل أو المرسل إليه عن الحقوق التي تنشأ عن التأمين على البضاعة ضد مخاطر النقل لصالح الناقل.

كذلك الحال بالنسبة لعقد النقل الجوي للبضائع، إذ يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل الجوي من المسؤولية أو بتحديدها بأقل من الحدود المنصوص عليها في حالة هلاك البضاعة أو ضياعها أوحتى في حالة التأخير[1].

بينما في حالة النقل البحري للبضائع فالمادة 811 ق. ب. ج تلغي كل شرط تعاقدي يكون موضوعه أو هدفه إبعاد المسؤولية عن الناقل التي وضعها القانون على عاتقه، وفي هذا تقضي المادة السابقة الذكر على ما يلي:« يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط تعاقدي يكون هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر ما يلي:

أ/ إبعاد أو تحديد المسؤولية الخاصة بالناقل والناجمة عن المواد 770 و773 و780 و802 و803 و804 من هذا الكتاب،

ب/ تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 أعلاه، ما عدا في حالة ما جاء في المادة 808،

جـ/ منع الناقل من الاستفادة من التأمين على البضائع"

وبالتالي فكل شرط أو اتفاق في عقد النقل البحري للبضائع يتضمن إعفاء الناقل من المسؤولية عن الهلاك أو التلف الناشئ عن إهمال أو خطأ أو تقصي في الواجبات أوالالتزامات

[1]– سهام سويح، عقد النقل الجوي، مذكرة تخرج ماستر قانون تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2016/2015، ص 55.

المنصوص عليها في هذه المواد أو يتضمن تخفيف هذه المسؤولية يعد باطلا دون أن يؤثر ذلك على صحة عقد النقل أو باقي شروطه[1].

كما يعد باطلا كل شرط يعفي من مسؤولية الناقل البحري عن هلاك البضاعة بسبب العوامل الطبيعية المفاجئة خلال الرحلة البحرية[2].

الفرع الثاني: القيود الواردة على شرطي الإعفاء و التخفيف

بالإضافة إلى حالات عدم الجواز التي أوردناها سابقا على شرط الإعفاء المتمثلة في حالتي الغش والخطأ الجسيم، هناك العديد من القيود التي ترد على شرط الإعفاء. وتتعلق هذه القيود بالأضرار الجسدية، وعقودالاستهلاك، والشروط التعسفية في عقود الإذعان.

أولا:بطلان شرطي الإعفاء والتخفيف عن الأضرار الجسدية

من المسلّم به أن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل المالي؛ لأنه ليس من الأشياء، وأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو سلامته يكون باطلا.

ويجب الاعتراف مع البعض[3]أن المشرع الجزائري حتى وإن أقر صحة شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة، فإن ذلك لا يسري بالنسبة للأضرار الجسمانية المخالفة لفكرة النظام العام، ولعدم جواز أن يكون الجسم الإنساني محل معاملة أومساومة، ومثال ذلك: أنه لا يجوز للناقل أن يعفي نفسه من الحوادث التي تصيب المسافرين

---

[1]– أمين خليفي، المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري واتفاقية هامبورغ 1978)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون تخصص مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2009/2008، ص 133.

[2]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد 1، سنة 2013، ص 190.

[3]– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص52.

في أجسامهم، ولا يستطيع الطبيب أن يشترط إعفاءه من الأضرار التي تصيب المريض أثناء العلاج، أو من جراء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أوإهمالهوإن كان يسيرا[1].

وكأساس قانوني يمكن الرجوع إليه، نجد أن نص المادة 47 ق.م.جتقضي بما يلي: «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما لحقه من ضرر».فهذه المادة جاءت بصفة عامة لتشمل الأضرار الناجمة عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، والتي قد يعفى المسؤول منها بموجب الاتفاق، فيكون هذا الاتفاق باطلا.

ثانيا: بطلان الشروط التعسفية في عقود الإذعان

عقدالإذعان هو عقد ترتب على احتكار بعض المرافق الهامة احتكارا قانونيا أو فعليا كخدمات المياه، الكهرباء، الإتصالات وغيرها...، فالمشترك أو المستفيد من هذه المرافق يقبل الشروط التي تفرضها هذه الأخيرة عليه كما هي دون نقاش، وبالتالي فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين، بل إحداهما تُملي والأخرى تذعن[2].

وتقضي المادة 110 ق.م.ج على أن القاضي يستطيع استبعاد الشروط التعسفية من عقود الإذعان بما يتفق مع القانون[3]، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص، فإن مثل هذا الاتفاق يكون مخالفا للنظام العام[4].

---

[1]– فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012/2011، ص 86.

[2]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص26.

[3]- تنص المادة 110 ق.م.ج على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك».

[4]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص73.

الفصل الثاني: التشديد في المسؤولية العقدية

سندرس في هذا الفصل تعديل المسؤولية العقدية عن طريق تشديدها، ولم يورد القانون المدني الجزائري إلا صورة واحدة من هذا التشديد، وهي تلك الواردة في الفقرة الأولى من المادة 178 والمتمثلة في شرط تحمل المدين للسبب الأجنبي، بل وحتى هذا الأخير حصره المشرع في نص المادة سالفة الذكر في القوة القاهرة والحادث المفاجئ، بينما لم ينص على صور أخرى لتحمل السبب الأجنبي، كخطأ الدائن وخطأ الغير، مما يستدعي البحث حول طبيعة السبب الأجنبي وشروطه والآثار المترتبة عليه، وهل وفق في استبعاد جواز الاتفاق على تحمل خطأ الدائن وخطأ الغير، كما سنفصل أكثر في هذه الدرجة من التعديل من خلال إبرازأهم ما يترتب عن صحتها وجوازها مبرزين موقف الفقه والقضاء منها وكذا بعض التطبيقات التشريعية فيما يتعلق بالشرط المعدل للمسؤولية العقدية.

وبما أن التشديد في المسؤولية العقدية هي الدرجة المخالفة لشرطي الإعفاء والتخفيف، فسنعتمد في هذا الفصل إلى ما تم الاعتماد عليه في الفصل الأول، حيث سنتطرق إلى التعريف بالتشديد في المسؤولية العقدية من حيث توضيح مقصودها وأهم صورها **(مبحث أول)** ثم تبيان أحكام هذا الشرط من حيث صحته من عدمه والآراء الفقهية والقضائية في ذلك والآثار المترتبة عنه **(مبحث ثان)** وأخيرا أهم التطبيقات التشريعية لهذا الشرط وكذا القيود التي ترد عليه **(مبحث ثالث)**.

المبحث الأول: مفهوم التشديد في المسؤولية العقدية

تنص المادة 178 ق.م.ج في فقرتها الأولى على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة»، وبالتالي يعد تحمل المدين للقوة القاهرة والحادث المفاجئ إحدى الصور المشددة للمسؤولية العقدية، إلا أن هناك صورا أخرى توسع فيها الفقه كتحويل نوع الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة و التشديد في درجة العناية المطلوبة.

لكن قبل التطرق لهذه الصور سنحدد المقصود بالشرط المشدد للمسؤولية العقدية **(مطلب أول)** ثم نفصل في الصور سالفة الذكر **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: المقصود بشرط التشديد

لتحديد المقصود بالشرط المشدد للمسؤولية العقدية سنضع تعريف شامل له **(فرع أول)** ثم نميزه عن الشرط الجزائي بتحديد أوجه التشابه و أوجه الاختلاف بينهما **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: تعريف شرط التشديد

يعرف الشرط المشدد للمسؤولية العقدية، بأنه ذلك الشرط الوارد في العقد أو في وثيقة منفصلة، الذي يقضي بمسؤولية المدين في حال أو في أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة[1].ومن صور هذا الشرط ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 178 ق.م.ج بنصها:«يجوز الاتفاق على أن يتحمّل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة...»؛حيث يفهم من هذه الفقرة أنه بالإمكان الاتفاق على أن المدين مسؤولية عدم التنفيذ،أوالإخلال بالتنفيذ عمومًا، حتى ولو كان ذلك راجعًاإلى سبب أجنبي، كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، ويعتبر هذا الاتفاق كنوع من التأمين للدائن[2].

---

[1]– أحمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص36.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص176.

الفرع الثاني: تمييز الشرط المشدد للمسؤولية العقدية عن الشرط الجزائي

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي، لكنه اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183ق.م.ج، ونظم أحكامه في المواد من 184 إلى 187 ق.م.ج.

والشرط الجزائي عبارة عن اتفاق تبعي، قد يرد في ذات العقد أم في عقد لاحق، يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حالة إخلاله بالتزام ترتب في ذمته، سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي أو عدم تنفيذ جزئي، أوتأخر في التنفيذ أوفي حالة التنفيذ المعيب للالتزام[1].

ويتفق الشرط الجزائي مع الشرط المشدد للمسؤولية العقدية في أن كلاهما يعتبر تعديلا اتفاقيا على ما تقضي به القواعد العامة، كما يتفقان أيضا في أنهما –كاتفاقين– يعدان باطلين في حالتي الغش والخطأ الجسيم[2].

ويتشابهان كذلك، في أن كلا النظامين يؤديان في أحيان كثيرة إلى نفس النتيجة، وهي تحميل المدين أكثر من التعويض الذي من المفروض أن يحصل عليه الدائن[3]، ومثال ذلكأن يتفق الأطراف على مبلغ من النقود كجزاء عن الإخلال بالعقد.

بينما يختلفان في أن الشرط الجزائي يتناول قيمة التعويض ولا يتناول مسؤولية المدين، أي أن هذا الأخير يظل مسؤولا مسؤولية كاملة حتى ولو كان التعويض أقل من الضرر الواقع.كذلك يختلفان من حيث تعديل الشرط؛ فلا يجوز للقاضي التعديل في الشرط المشدد للمسؤولية العقدية إلاإذا كان مخالفًا للنظام العام، أما الشرط الجزائي فقد أجاز المشرع للقاضي

---

[1]– بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013، ص20.

[2]– محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008/2007، ص67.

[3]– أحمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص39.

تعديله أوالإعفاء منه إذا ثبت أنه كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة، أو أن الدائن لم يلحقه أي ضرر[1].

المطلب الثاني: صور شرط التشديد

سنتناول في هذا المطلب الصور المختلفة لشرط التشديد التي تتجسد في تحمل المدين السبب الأجنبي ومنها ما أورده المشرع الجزائري من تحمل تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة **(فرع أول)**، التشديد في درجة الالتزام المطلوب **(فرع ثان)**، تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول: تحمل المدين لسببالأجنبي

من الثابت في التقنين المدني أن السبب الأجنبي هو السبب المباشر لنفي العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين؛ فيدفع من خلاله المدين عنه قيام المسؤولية العقدية، فالمقصود إذن 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 و الضرر الواقع بالدائن، و من ثمة انتفاء المسؤولية المدنية ككل[2].

و هذا ما جاءت به نص المادة 176 ق.م.ج والتي تنص على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه»، كذلك الأمر في نص المادة 307 من نفس القانون والتي تنص على أنه: «ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته».

---

[1]– أحمد سليم فريز نصرة، المرجع نفسه، ص40.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 156.

و يتجسد السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، في صور جاءت في المادة 127 ق.م.ج[1] وهي كالتالي:

أولا: القوة القاهرة

في بداية الأمر لابد من التذكير من أن هناك خلاف فقهي حول علاقة القوة القاهرة بالحادث المفاجئ، إلا أن أغلب الفقه[2] لا يفرق بينهما لان كليهما يرتب نفس النتيجة ألا وهي دفع المسؤولية عن المدعى عليه، وأنهما 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[3].

وبالتالي ففي القوة القاهرة ثلاث شروط لابد أن تتوافر لتتحقق وتقوم على معيار موضوعي بحت وهي:

1-أن يكون الحادث خارجا عن إرادة الشخص

بمعنى انه يجب أن يكون منبثقا من عامل خارجي عن المدين باعتبار انه إذا نسب إليه شخصا أو بسبب إهماله يكون مسؤولا عن نتائجه، كما يكون مسؤولا عن هذه النتائج إذا حصلت بفعل أحد تابعيه[4]، أوالأشياءأو الآلات التي تحت يده أو حراسته.

---

[1]- تنص المادة 127 على مايلي:« إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».

[2]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 867؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195.

[3]- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد02، سنة 1983، ص 58.

[4]- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، لبنان، 2009، ص 113.

2-يجب ان تكون القوة القاهرة غير متوقعة الحدوث عادة وقت توقيع العقد

أي انه ليس ضمن ما يمكن حدوثه في الظروف العادية، و يعد أمر التوقع من المسائل التي أخذت حيز اهتمام 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 يمنع من تنفيذ العقد أو انه لم يتخذ الإجراءات اللازمة التي من شأنها تمنع حدوثه، ففي الحرب مثلا يدخل ضمن التوقع إمكانية الاستيلاء على البضاعة، فإذا حصل ذلك فلا يشكل قوة قاهرة، كما أن طبيعة الإلتزام تجعل التوقع ممكنا ففي نقل مبلغ كبير من المال فإن احتمالية تعرضها للسرقة أمر ممكن الحدوث[1].

3- يجب ألا 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 الاستحالة بالنسبة للمدعى عليه فقط، بل يجب ان تكون كذلك بالنسبة لأي شخص وجد في نفس الظروف التي وجد فيها هو[2]، فإذا حصل حريق في مصنع حال دون تنفيذ الطلبية أو تم مصادرة البضاعة من طرف السلطة، فان الحدث يكون غير قابل للدفع[3]، أما إذا كان الالتزام يعد مرهقا أو صعبا لم يصل لحد الاستحالة، فلا يتم نفي المسؤولية العقدية عن المدين.

ثانيا: خطأ المدين

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 177 من القانون المدني على انه: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه».

---

[1]- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 111.

[2]- أنور السلطان، المرجع السابق، ص 357.

[3]- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 113.

إن خطأ المضرور بوصفه صورة من صور السبب الأجنبي وعارض من عوارض الرابطة السببية في المسؤولية العقدية شغل حيز اهتمام وذلك باعتباره 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 اشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر.

فينبغي التمييز بين الأثر المترتب على فعل الدائن غير الخاطئ وفعله الخاطئ، فإذا كان فعل المتضرر غير الخاطئ يعد السبب الوحيد في إحداث الضرر اللاحق به، أو كانت درجة فعله المجرد من الخطأ مستغرقة للضرر الحاصل به، فان الدائن المتضرر هنا لا يستحق التعويض لعدم ترتب الضمان على فعل المدين لاستغراق 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[1]، أما في حالة اشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين فللقاضي بحسب المادة 177 ق.م.ج السلطة التقديرية للحكم بنسبة كل خطأ.

ثالثا: فعل الغير

يعرف الغير على أنه الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولا عنه و هو يعتبر سببا أجنبيا ويترتب عن فعله نفس السببية إذا توافرت فيه الشروط المتوفرة في القوة القاهرة من عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع وهذا وفقا لما اقتضت به المحكمة العليا في قرارها ملف رقم 71728 بتاريخ 1990/09/24[2].

ليس ضروريا أن يتصف فعل الغير بالخطأ بل يكفي أن يكون ساهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة في الحلول دون قيام المدين بتنفيذ التزامه، فإذا تعاقد صاحب ارض على البيع لجاره كمية من المياه من البئر، وأقدم جار آخر له بحفر بئر في أرض فأدى إلى انسياب الماء

[1]– سامي عمر الفرجاني، المرجع السابق، ص 37.

[2]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد 02، سنة 1999، ص28.

من بئر الجار الأول إلى الثاني، مما حال دون تنفيذ الجار الأول لالتزامه بتوفير كمية من المياه محل البيع، فيعتبر الجار الثاني مانعا لمسؤولية الجار الأول دون قيام مسؤوليته هو أيضا، لأنه لا يمكن أن يسأل عن ممارسة حقه الذي منحه له القانون وإن أحدث ضررا للغير، بكونه ضرر مشروع بحكم القانون، ولكن يجب أن يكون ذلك بحسن نية، أما إذا كان تم بسوء نية فيتسم عندها فعله بالخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية[1].

يترتب على قيام السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وخطأ الدائن وخطأ الغير، انقضاء الالتزام الملقى على عاتق المدين بموجب العقد[2].

ونصا القانون المدني الجزائري 176 و307 يجب أن يقرآ إلى جانب نص المادة 121 من نفس القانون التي جاء فيها:« في العقود الملزمة لجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون»، وهذا النص يوضح حكم الاستحالة، و كما هو وارد فحكمها الانفساخ، ذلك أن العقد ينفسخ ولا يتحمل المدين تبعا لهذا الانفساخ أي مسؤولية عقدية[3]، وشروط الانفساخ هي: استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، وان تكون هذه الاستحالة في تاريخ لاحق لقيام العقد، ذلك أن وجود الاستحالة وقت العقد يعني ان العقد لم ينعقد فهو باطل، وان تكون الاستحالة كاملة، أما إذا كانت جزئية، ففي هذه الحالة لا ينفسخ العقد بحكم القانون كلية، بل يجب على الدائن إذاأراد فسخ العقد أن يلجأ إلى القضاء[4]، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 176 ق.م.ج و اكتفى بالقول: «... ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه»، فالأجدر أن يقول: «و يكون الحكم كذلك إذا كانت الاستحالة جزئية أو تأخر المدين في تنفيذه أو نفذه معيبا».

---

[1]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 179.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195.

[3]– أحمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 163.

[4]– السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 702.

ويكون إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناتج عن سبب اجنبي مصدره خطا الغير في حالة أن يكون هذا الأخير هو المتسبب الوحيد للضرر، أو يكون خطأ الغير مستغرقا لخطا المدين بدرجة أكبر.

هذه كانت نظرة عامة شاملة عما يترتب عن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، هذه الآثار –سابقة الذكر– تلغى تماما أو جزئيا بوجود الشرط المشدد للمسؤولية العقدية بحسب درجة التشديد التي سنراها فيما سيأتي لاحقا.

ومما سبق بيانه عن المقصود بالسبب الأجنبي و الصور التي يتجسد فيها، وكون أثره على العلاقة التعاقدية بتوفر جميع شروطها يصل لحد انقضاء الالتزام 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 من القانون المدني على انه:« يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة».

و بالنظر إلى الفقرة السابقة من المادة 178 ق.م.ج نلاحظ أن المشرع اقتصر فكرة الاتفاق على التشديد من المسؤولية على الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وذلك نابع بحسب الاعتقاد إلى ضرورة عملية تتعلق بصعوبة الإثبات[1]، ولما كانت هذه الصعوبة موجودة في حالتي خطا الغير وخطأ الدائن فان مثل هذا الاتفاق يكون غير سليم قانونيا[2].

والجدير بالذكر أيضا أن المشرع بإجازته الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية بتحمل المدين تبعة القوة القاهرة في نص المادة 178 ق.م.ج، عرضه لنوع من الانتقاد حيث اعتبر بأنه فاضل بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة[3]، حيث ادخل هذه الأخيرة ضمن

---

[1]– انظر صفحة 59 من هذه المذكرة.

[2]– ناهد خشمون، المرجع السابق، ص 179.

[3]–تنص المادة 107 ق.م.ج في فقرتها الثالثة على انه: «غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة،جاز =

نطاق النظام العام[1]، وبالتالي لم يجز مثل هذا التعديل بالاتفاق على إمكانية تحميلها للمدين، رغم أن الظروف الطارئة على الالتزام ينحصر في وصفه بالإرهاق فقط، بينما لم يرقى بالقوة القاهرة لدرجة النظام العام في حين نجد أن أثرها على الالتزام هو أشد وطأة فهي تجعله مستحيل التنفيذ، ألا أنه وبالنظر لشروط تحقق الظروف الطارئة و القوة القاهرة[2]، نجد أن هناك انفراد للظروف الطارئة بصفة جعلت المشرع يضعها ضمن نطاق النظام العام، فهي تتسم بصفة العمومية التي تجعلها مؤثرة في استقرار المجتمع ككل أو حتى جزء منه، لكن هذه الصفة لا نجدها في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ التي تثبت دون توافر ركن العمومية[3] مما يجعل أثرها منصبا فقط على المتعاقدين بصفة خاصة[4].

ثانيا: التشديد في درجة الالتزام المطلوب

يكون هذا النوع من التشديد في مسؤولية المدين باشتراط الدائن على المدين بذل عناية اكبر من العناية التي يفرضها القانون عليه والمتمثلة في عناية الرجل العادي، وذلك بان يكون المدين مسؤولا عن الخطأ التافه أو اليسير الصادر من جانبه[5]، بالرغم من انه ما كان ليسال عنها في الأحوال العادية، كأن يتفق على أن يبذل المدين عناية الرجل الحريص، في التزام

=للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.»

[1]– قوقوبلعجات و آخر، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015/2014، ص 36.

[2]– راجع في ذلك العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 255؛ علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، ص.ص 299–303.

[3]– في بعض الأحيان لا يعني هذا أنه لا تتوفر في حدوث القوة القاهرة صفة العمومية من الناحية الواقعية، فإذا كانت القوة القاهرة حربا أو زلزالا، فهنا اعتقد ان مثل هذا الحدث القاهر يعد متعلقا بالنظام العام، ذلك ان العمومية تفرض مصلحة المجتمع، و الإخلال بهذه المصلحة إخلال بالنظام العام.

[4]– قوقوبلعجات، المرجع السابق، ص 37.

[5]– حميدة يوس؛ساعوكهينة، الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري، ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014، ص 23.

يستلزم تنفيذه مجرد عناية الرجل العادي، فيحاسب المدين إذن عن التأخير ولو لدقائق معدودة و عن عدم الاحتياط الذي يقع فيه الرجل العادي، و عن أي هفوة من المعتاد التجأوز عنها[1].

ويدخل ضمن التشديد في مسؤولية المدين العقدية أيضا أن يشمل التزام المدين بعض الأضرار غير المباشرة مثل التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تحدث عادة من جراء خطا المدين أو التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ولو كان الخطأ المنسوب إليه لم يصل إلى درجة الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم[2].

ثالثا: تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة

يعتبر من قبيل التشديد من مسؤولية المدين العقدية الاتفاق على تحويل التزام كان في الأصل التزاما ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، إلا أن تحويل الالتزام بفعل هذا الاتفاق لا يمنع المدين من التمسك بالسبب الأجنبي كسبب لانقضاء الالتزام، وقد استند البعض إلى أن الأساس في إجازة مثل هذه الاتفاقات يرجع لنتيجة منطقية مفادها انه إذا أجيز الاتفاق على تحمل المدين القوة القاهرة، فمن باب أولى انه يجوز كذلك الاتفاق على تشديد طبيعة التزام المدين[3]، لكن يعد السند القانون الأكثر قوة لأجازة مثل هذه الصورة من الاتفاقات المشددة للمسؤولية العقدية في المادة 172 ق.م.ج.

ومن بين الأمثلة الدالة على هذا الوجه من التشديد، الاتفاق على ان التزام الشركة التي تتولى إدارة مصانع شركة أخرى أن تضمن تحقيق أرباح تصل إلى مئة ألف على الأقل نهاية السنة الأولى لتنفيذ العقد، ففي الأصل أن هذه الشركة التي تتولى الإدارة لا تسال إلا عن حسن

---

[1]– أحمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 157.

[2]– حميدة يوس؛ ساعو كهينة، المرجع السابق، ص 25.

[3]– أحمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 157-158.

أدائها للإدارة ولكنها في ظل التشديد تسأل عن تحقيق النتيجة المتفق عليها، ولو كانت قد بذلت كل ما في وسعها لكن لم تفلح، وتلتزم بالتعويض بمجرد عدم تحقيق الارباح المتفق عليها[1].

ومثال ذلك أيضا اشتراط الموكل على وكيله في العقد المبرم معه على ان يلتزم هذا الأخير في العمل الموكل إليه بتحقيق نتيجة، مقابل أجرة زائدة عادة على رغم من أنأصل التزامه هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة لا تنتفي مسؤولية الوكيل اتجاه موكله بمجرد بذله العناية المطلوبة أو اللازمة في تنفيذ الالتزام، وإنما يلتزم بتحقيق الغاية من توكيله في العقد.

ويصح هذا المثال لو كان الوكيل محامي وفقا للقانون المصري الذي يسمح بهذا الوجه من التشديد في الالتزام في تنظيمه لمهنة المحاماة في القانون رقم 197 لسنة 2008[2]، حيث نص في المادة 82 منه على انه: يدخل في تقدير أتعاب الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها...، في حين لا يجوز هذا الوجه من التشديد في التزام المحامي الجزائري وفقا لقانون 13-07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة[3]، وذلك وفقا للمادة 23 منه: لا يمكن أن يكون مبلغ الأتعاب خاضعا للنتائج المتوصل إليها ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

المبحث الثاني: أحكام شرط التشديد والآثار المترتبة على صحته

يرى الفقه[4] أن الشرط المشدد للمسؤولية العقدية يستمد مشروعيته من مبدأ حرية المتعاقدين، ومن أهم صوره مثلما رأينا فيما سبق أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة والحادث المفاجئ وخطأ الغير وخطأ الدائن، فسنرى من خلال هذا المبحث صحة الشرط المشدد في الصور السالفة الذكر، وهل وفق المشرع الجزائري حين استبعد تحمل

---

(1)- أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص 125.

(2)- قانون رقم 17 لسنة 1987 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المصري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 197 لسنة 2008.

(3)- قانون رقم 13-07 مؤرخ في 29 اكتوبر 2013 المتضمن نتظيم مهنة المحاماة الجزائري، ج.ر عدد 53 لسنة 2013.

(4)- السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 649؛ تناغو، المرجع السابق، ص 161؛ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 279.

المدين خطأ الدائن وخطأ الغير بشكل ضمني من نص المادة 178 ق.م.ج من خلال التطرق إلى أحكام شرط التشديد **(مطلب أول)**والآثار المترتبة عن صحته **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: أحكام شرط التشديد

بما أن الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية تعد خروجا عن القواعد العامة للمسؤولية التي تقضي بقيام مسؤولية المدين عند إخلاله بالالتزامات المترتبة عن العقد، ومنها شرط التشديد، إلا أن الفقه والتشريع قد أجاز هذا الشرط كونه يجسد مبدأ هام في التعاقد وهو سلطان الإرادة، إلا انه لم يجزه بصفة مطلقة فيما يخص بتحمل المدين للسبب الأجنبي، إذ أجازه فقط فيما يتعلق بتحمل المدين القوة القاهرة والحادث المفاجئ **(فرع أول)**، فثار جدل فقهي حول تكييفه القانوني **(فرع ثان)**، بينما لم يجزه فيما يخص بتحمل المدين خطأ الدائن وخطأ الغير لاعتبارات خاصة**(فرع ثالث)**.

الفرع الأول: جواز شرط تحمل المدين للقوة القاهرة و الحادث المفاجئ

يذهب غالبية الفقهاء والشراح إلى جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية[1]، إلاأن هذا الجواز كان محل نقد من قبل البعض، و وجه النقد يكمن في أنه لما كان لا يستطيع الأطراف أن يتفقوا على خلاف أحكام الظروف الطارئة، ولما كانت الظروف الطارئة اقل تأثيرا على الالتزام –حيث تجعله مرهقا– من القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فيجب تبعا لذلك، ألا يجاز الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة التي هي اشد، ويعتبر هذا الاتجاه أن القوة القاهرة، كالظروف الطارئة متعلقة بالنظام العام، وأن هناك تناقضا في مبادئ القانون[2].

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 161.

[2]– قوقوبلعجات، المرجع السابق، ص 21.

ويبرر البعض جواز الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة وعدم جوازه فيما يتعلق بالظروف الطارئة في أن القوة القاهرة يجوز التأمين عليها، أي التأمين على ما ينتج عنها من ضرر[1]، فيما يرى البعض الآخر تعلف الظروف الطارئة بالنظام العام دون القوة القاهرة، حيث أن الحكم الذي استحدثه المشرع بشان الظروف الطارئة حكم لم يألفه الناس بعد، وكونه فيه حرمان للدائنين، فخشي أن تعمد هاته الفئة الأخيرة إلى التخلص منه بالاتفاق على ما يخالفه فنص على بطلان مثل هذا الشرط، أما حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستقر في النفوس من أزمنة طويلة ولا يخشى أن يعمل الناس على إبطاله بصفة عامة، فأجيز لهم الاتفاق على ما يخالفه[2].

ويذهب البعض إلى جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة[3]، بل ويذهبون إلى جوازه بخصوص المسؤولية التقصيرية كذلك، ويبررون هذا الجواز بعدم مخالفة هذه الاتفاقات المشددة للمسؤولية للنظام العام، فيبقى المدين مسؤولا عن تنفيذ الالتزام رغم استحالته بسبب أجنبي إذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البداية على تحمل المدين تبعة السبب الأجنبي[4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أجاز تحمل المدين للقوة القاهرة، حيث نصت المادة 178 ق.م.ج في فقرتها الأولى على انه: يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، و يقصد تحمل المدين تبعة القوة القاهرة و الحادث المفاجئ، أن يبقى المدين ضامنا لعدم التنفيذ رغم ان القانون يعفيه من عدم التنفيذ، حيث لا يتصور في هذه الحالة إلا التنفيذ بطريق التعويض، ذلك ان التنفيذ العيني غير ممكن، و يترتب على هذا الاتفاق أن يعوض البائع المشتري عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن القوة القاهرة والحادث المفاجئ.

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 649

[2]– من انصار هذا الرأي سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج2 (في الالتزامات)، مطبعة النهضة، 1964، القاهرة،ص 228 ؛ نقلا عن احمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 168.

[3]– حميدو يوس؛ ساعو كهينة، المرجع السابق، ص 25.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 981.

ويأخذ الاتفاق على تحمل القوة القاهرة ثلاث صور على الأقل، فقد يتم الاتفاق على أن القوة القاهرة بوجه عام لا تخلي مسؤولية المدين من تنفيذ التزامه، أو أن يتم الاتفاق على أن هناك حوادث معينة دون غيرها هي التي تخلي مسؤولية المدين، اما غيرها فلا يخلي مسؤوليته[1]، وقد يتفق الأطراف على أن مسؤولية المدين تبقى قائمة في ظل حوادث معينة دون اخرى، وقد أجازت محكمة النقض المصرية الاتفاق على تحميل المدين المسؤولية الناشئة عن القوة القاهرة، فقضت بأنه: ليس هناك ما يمنع قانونا من اشتراط تحميل المتعهد مسؤولية العجز عن الوفاء الناشئ عن قوة قاهرة إذ لا مخالفة في مثل هذا الاتفاق للنظام العام، فان المتعهد يكون في هذه الحالة كشركة التأمين التي تقبل المسؤولية عن حوادث القوة القاهرة[2].

الفرع الثاني: التكييف القانوني لضمان المدين القوة القاهرة والحادث المفاجئ

لم يكن كل الفقه يعتبر ضمان المدين للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ شرطا مشددا للمسؤولية العقدية **(أولا)** بل ذهب البعض كما سنرى إلى اعتباره ضربا من التأمين **(ثانيا)**، وذهب البعض الآخر إلى اعتباره من قبيل الضمان **(ثالثا)**.

أولا: مدى اعتبار الاتفاق تشديدا للمسؤولية

يذهب البعض –وهم الغالبية– إلى القول بأن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة و الحادث المفاجئ يعد تشديدا للمسؤولية[3]، فإرادةالأطراف تكون قد اتجهت حقيقة إلى اعتبار المدين مسؤولا، دون ان يستطيع هذا الأخير التمسك بانقضاء التزامه بسبب القوة القاهرة، ولما كانت إرادةالأطراف معتبرة في هذا الشأن، فان هذا الاتفاق يقصد منه الإبقاء على المسؤولية التي يستطيع المدين التمسك بانقضائها بأي سبب آخر، ما نستنتج منه ان الاتفاق على تحميل

---

[1]– أنور طلبة، المسؤولية المدنية، ج2 (المسؤولية العقدية)، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005 ، ص 576.

[2]– نقض مصري، 1945/10/29، سنة 25 قضائية، ص 849؛ أشار اليه: أنور طلبة، نفس المرجع، ص 576.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 981.

المدين المسؤولية عن تعويض الدائن في حالة القوة القاهرة، هو اتفاق يتعلق بالمسؤولية وهو في الحقيقة تشدد فيها[1].

ثانيا: اعتبار الاتفاق ضربا من التأمين

يعتبر البعض على أن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ يعد ضربا من التأمين[2].

إلا أن هناك فرق بين التامين وبين الشرط المشدد للمسؤولية العقدية، فللأول قوانين خاصة، غالبا ما ترتب التزامات قانونية بحتة لا علاقة للعقد فيها، كما تختلف أحكام المسؤولية العقدية عموما وعقد التامين الذي يتمتع بخصوصية معينة، فمدة التقادم التي تكون في عقود التأمين ثلاث سنوات من وقوع الخطر[3]، بينما هي في العقود الأخرى خمسة عشر سنة.

كما ان المشرع عندما نظم عقود التأمين، إنما افترض وجود شركة تأمين ذات مركز مالي قوي، تستطيع تحمل الأعباء المفروضة عليها بموجب التنظيم القانوني للتأمين، و هو امر غير مفترض في الأفراد الذين قد ينصون على شرط تحمل القوة القاهرة، فلا يعقل معاملة الأفراد المعاملة نفسها التي تعامل بها الشركات الكبرى.

ثالثا: مدى اعتبار الاتفاق من قبيل الضمان

يعرف الضمان على انه التزام يفرضه القانون أو العقد في ذمة المدين بهذا الالتزام بحيث يكون المدين ملتزما بموجبه حتى في حالة تدخل قوة قاهرة حالت دون تنفيذ الالتزام عن دفع التعويض للطرف الآخر[4].

---

[1]– احمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 182.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 981 ؛ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 161.

[3]– تنص المادة 624 ق.م.ج في فقرتها الأولى على انه: تسقط بالتقادم، الدعاوي الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى.

[4]– عبد الله احميدي، أحكام الضمان في الفقه و القانون، ط3، دار الفتوى و البحوث، د.ب.ن، 2010، ص 18.

وهذا التعريف يخرج الضمان من منطقة المسؤولية، أي أن الضمان التزام و الإخلال به مسؤولية، والقول بأن شرط تحمل المدين للقوة القاهرة يعد ضمانا اتفاقيا، هو الأقرب إلى طبيعة هذا الشرط لكن على أحد الوجهين، ذلك أن الالتزام الأصلي ينقضي قانونا بفعل القوة القاهرة، وعندها لا يتصور بقاء المسؤولية بالمعنى المنصوص عليه في القواعد العامة، أو حتى الحديث عنها بخصوص هذا الالتزام، لأنه لا يتصور مسؤولية دون التزام، ولما كان الأمر على هذا النحو، فلا مجال للقول بان اتفاق تحمل التبعة هو اتفاق يشدد المسؤولية، إلا إذا قصد به التهرب من عبء الإثبات، ذلك انه في الحالة الأخيرة يراد به تشديد المسؤولية لا الضمان[1].

الفرع الثالث: تحمل المدين خطأ الدائن و خطأ الغير

سنناقش في هذا الفرع مدى اعتبار الاتفاق على ضمان خطأ الغير **(أولا)** وخطأ المدين **(ثانيا)** شرطا مشددا للمسؤولية العقدية، مبديا رأيي في مدى توفيق المشرع الجزائري في استبعاد هذا الشرط.

أولا: الاتفاق على ضمان المدين خطأ الغير

يقصد بالغير، الغير عن العقد وليس الغير الذي يسأل عنه المدين شخصيا بموجب العقد[2]، ويعد الاتفاق على ضمان المدين خطأ الغير غير جائز كون أن المشرع الجزائري استبعده ضمنيا من نص المادة 178 ق.م.ج، والأرجح أن هذا الاستبعاد راجع إلى الصعوبات التي يخلفها هذا الاتفاق من الناحية العملية، فقد يتفق على تحمل المدين الخسائر التي تلحق بالدائن جراء خطأ الغير، ومثل هذا الاتفاق، لا ينتج أثرهفي مواجهة الغير، فلا يفيد منه ولا يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن، وهو ما يثير إشكاليةأنالأضرار التي لحقت بالدائن هي أضرار غير مباشرة، و هي مما لا يعوض عنه، و عليه فان المدين لا يمكنه الرجوع مباشرة

---

[1]– أحمد سليم فيرزنصرة، المرجع السابق، ص 185.

[2]– انظر صفحة 46 من هذه المذكرة.

على المخطئ (الغير) بالإضرار التي لحقت بالدائن جراء عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب بخطأ الغير [1].

كما أن المدين لن يستطيع الرجوع على الغير إلا في حدود ما أصابه هو من أضرار مباشرة، أي التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه الغير وهو ما تنص عليه المادة 182 ق.م.ج والتي جاء فيها: «... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به... »، ومن اجل آلا يقع المشرع في تناقض في مضمون المواد فقد استبعد الاتفاق على تحمل المدين خطأ الغير وهو أحسن ما فعل من وجهة نظري.

ثانيا: تحمل المدين خطأ الدائن

إن تحمل المدين خطأ الدائن هو أمر يخالف القواعد العامة في المسؤولية، فلو فرضنا ان تحمل المدين خطأ الدائن امر جائز، فان نص المادة 182 سالفة الذكر تتعارض مع جواز تحمل المدين خطأ الدائن، فالمبدأ في الالتزامات أن يكون للدائن موقف ايجابي بحيث يدفع الضرر قدر الإمكان، وبالتالي من باب أولى ألا يكون هو نفسه المتسبب في الضرر [2].

كما انه إذا ما اعتبرنا أن تحمل المدين خطأ الدائن يعد من قبيل التعويض الاتفاقي فهذا يخالف بشكل صارخ ما ورد في المادة 184 ق.م.ج و التي جاء فيها: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ا وان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالفأحكام الفقرتين أعلاه».

---

[1]– أحمد ليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 176.

[2]– أحمد سليم فيرز نصرة، المرجع نفسه، ص 177.

وهنا أرى انه وعلى ما جاء في هذه المادة فان على القاضي ألا يأخذ بمثل هذا الاتفاق، لأنه طالما يستطيع المدين –بموجب هذا النص الآمر– إثبات أن التعويض مبالغ فيه وبالتالي يبرأ من التعويض الاتفاقي، فإنه يستطيع أن يدفع بانقضاء التزامه في مواجهة الدائن وبخطأ من الأخير، وبالتالي احسن كذلك المشرع الجزائري تفاديا للوقوع في تناقضات ومشاكل الإثبات في استبعاد جواز الاتفاق على تحمل المدين خطأ الدائن كشرط مشدد للمسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن صحة شرط التشديد

باعتبار أن إرادة المتعاقدين منحت الحق في تعديل قواعد المسؤولية العقدية الناشئة عن إخلال أحد الطرفين بالالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد، والتي يكون تشديد المسؤولية أحد صورها؛تترتب على صحته آثار قانونية مهمة من حيث التزام المدين **(فرع أول)**، ومن حيث عبء الإثبات**(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: من حيث التزام المدين

بالنسبة للاتفاقات الخاصة التي ترمي إلى التشديد من مسؤولية المدين بشكل يفوق أو يزيد عن المسؤولية المفروضة عليه قانونا، فقد أعطى المشرع للمتعاقدين الحق في تعديل طبيعة التزام المدين، ويكون ذلك بالتشديد في درجة العناية المطلوبة منه التي تزيد عن عناية الرجل العادي لتصل إلى درجة الحرص،أو الاتفاق الذي يمس تحويل نوعية الالتزام المفروض على المدين وجعله التزاما بتحقيق نتيجة بدلا من بذل عناية، وبالتالي جعله مسؤولا عن الضرر الواقع حتى لو كان ناشئا عن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ[1].

الفرع الثاني: من حيث الإثبات

إن عبء الإثبات في وجود الاتفاق الذي يحمّل المدين القوة القاهرة كنوع من التشديد يكون على الدائن إثبات أن الالتزام لم ينفذ، وهذا بحسب نوع التزام المدين إذا كان ببذل عناية

[1]– أنور العمروسي، المرجع السابق، ص333.

أوبتحقيق نتيجة كما سبق بيانه، ويعفى من تقديم الدليل والإثبات على وجود القوة القاهرة، فعلى المدين أن يثبت قيامه بالتزاماته سواء كانت ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، فإذا دفع المدين بوجود القوة القاهرة كان دفعه غير ذي أثر؛ لأن مسؤوليته تتحقق في ظل وجود القوة القاهرة التي تكون محل اتفاق على تحملها، لكن يمكن أن يثبت سببًا آخر حتى يتخلص من المسؤولية، كخطأ الغير أو خطأ المضرور.

وفي حالة ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، فعلى الدائن أن يثبت وجود الالتزام، ويثبت أنّ النتيجة التي يفرضها الالتزام لم تتحقق، وهنا يبقى المدين ملزما بتنفيذ التزامه، ويكون الخطأ مفترضًا في جانبه[1]، فإذا لم يستطع المدين إثبات تنفيذ التزامه و تحقق النتيجة المرجوة عد دليلا على خطئه، ولا يمكنه الاحتجاج بأن التزامه كان في الأصل ببذل عناية ما دام أنه قبل بتحويله، وأنه لم يحقق غاية العقد، وله أن ينفي تنفيذه بالسبب الأجنبي.

أما في حالة كان الالتزام ببذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت عدم قيام المدين بالعناية المتفق عليها، فيما يبقى على المدين أن يثبت قيامه بالعناية المطلوبة منه، والمتمثلة في الزيادة عن عناية وحرص الرجل العادي، فلو قام بالخطأ الذي يرتكبه الرجل العادي، يكون في هذه الحالة قد أخل بالتزامه القانوني المشدّد، وتبقى مسؤوليته العقدية قائمة في حقه[2].

المبحث الثالث: تطبيقات لشرط التشديد والقيود الواردة عليه

وكما تطرقنا لتطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف خلال الفصل الأول من هذا البحث في كل من عقود البيع، المقاولة و النقل، سنتطرق لتطبيقات شرط التشديد في نفس العقود باعتبارها من اهم العقود المتداولة بين الأفراد**(مطلب أول)** ثم سنبرز أهم القيود الواردة على شرط التشديد باعتباره شرطا مقيدا بضوابط تحول دون اعتباره شرطا تعسفيا أو شرطا مخالفا للنظام العام ومبادئ العدالة **(مطلب ثان)**.

---

[1]– تقضي المادة 323 ق.م.ج بأنه: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه».

[2]– أحمد مفلح خوالدة، المرجع السابق، ص28.

المطلب الأول: تطبيقات لشرط التشديد

ندرس من خلال هذا المطلب الصورة المعاكسة لشرطي التخفيف والإعفاء، وهو شرط التشديد، وارتأينا دراسة صور وأشكال هذا الشرط في نفس العقود المدروسة في المبحث الأول؛ حتى يكون هناك انسجام في الأفكار واتضاح الفكرة أكثر حول هذه الشروط، فنستعرض تطبيقات لشرط التشديد في كل من عقد البيع **(فرع أول)**، عقد المقاولة**(فرع ثان)**، عقد النقل **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول: تطبيقات في عقد البيع لشرط التشديد

رأينا فيما سبق أن الضمان القانوني من أكبر الضمانات التي قدمها المشرع الجزائري للمشتري في عقد البيع، فهي أكثر نفعًا ومصلحة له،على خلاف البائع الذي يعتبرها حملا ثقيلا عليه، وفي هذا نصت المادة 384 ق.م.ج على أنه: «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان. غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشًّا منه»، فيتضح من هذا النص جواز الاتفاق على الزيادة في الضمان مع توفر عامل حسن النية.

كما نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، على جواز الزيادة في الضمان شريطة أن تكون هذه الزيادة مجانية، وأن تقدم منفعة للمستهلك أكثر من المنفعة التي يقدمها الضمان القانوني[1]؛ وعليه سندرس في هذا المطلب تطبيقات لشرط التشديد في عقد البيع في حالة ضمان الاستحقاق **(أولا)**، ثم في حالة ضمان العيب الخفي في المبيع **(ثانيا)**.

[1]- المرسوم التنفيذي 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، ج.ر عدد 40، الصادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990، ص14.

أولا: زيادة ضمان الاستحقاق

من خلال نص المادة 384 ق.م.ج نلاحظ أن المشرع أجاز التشديد في المسؤولية عن طريق الاتفاق في هذا الضمان، ومثال ذلك:اشتراطعدمقيامالبائع بأعمال تتعارض وطبيعة الانتفاع الخاص الذي يرمي إليه المشتري، كأن يلتزم بعدم تعاطي تجارة مماثلة لنشاط المحل موضوع التعاقد[1]، أو أن يضمن البائع التعرض المادي الصادر من الغير والذي أصلا لا يوجبه عليه القانون.

كما قد يتفق المتعاقدان على جواز الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلا، أو الاتفاق على أن يضمن البائع نزع ملكية العقار للمنفعة العامة بينما يعفيه القانون من ذلك [2].

ثانيا: زيادة ضمان العيب الخفي

أجاز القانون اتفاق البائع والمشتري على زيادة ضمان العيب الخفي كما لو اتفق الطرفان على أن يضمن البائع كل عيوب المبيع، وخاصة تلك التي لم يتوصل إلى رؤيتها وقت التسليم، أو التي جرى العرف على التسامح فيها، أو أن يضمن العيب الذي لم يعلمه المشتري وقت العقد حتى لو كان بإمكانه أن يعلمه إن فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد[3].

إضافة لهذه الصور نذكر صورة شائعة وهي ضمان الصلاحية لمدة معينة. ولتحقيق هذا الضمان يجب أن يحدث الخلل أو العيب في فترة الضمان، الفترة اللازمة لتجريب المبيع والتأكد

---

[1]– خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص206.

[2]– السنهوري، الوسيط،ج4، المرجع السابق، ص698.

[3]– أحمد خليل حسن قدادة، المرجع السابق، ص181.

من صلاحيته للعمل[1]، وقد نظم المشرع الجزائري ضمان صلاحية المبيع للعمل في المادة 386 ق.م.ج، واعتبره يخضع لاتفاق المتعاقدين.

كما يمكن للمتعاقدين وضع اتفاق في عقد بيع الأشياء المستعملة بزيادة الضمان عليها[2]؛على خلاف من ينادي بأنه قد يكون تعسفًا في حق البائع، كون المشتري يعلم غالبا أن الشيء المستعمل به عيوب أو قابلاً للمعيب، بخلاف لو كان جديدا، فما يعتبر عيبا في الشيء الجديد قد لا يعتبر كذلك في الشيء المستعمل، وهذا مجرد تطبيق لما ورد في المادة 364 ق.م.ج[3].

الفرع الثاني: تطبيقات في عقد المقاولة لشرط التشديد

رأينا أن أحكام الضمان لا تخضع للنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كالتشديد فيها أو تخفيضها أو محوها باتفاق خاص، وعلى خلاف هذا فإن أحكام ضمان المقاول والمهندس المعماري تعتبر من النظام العام[4]، وهذا ما يؤكده نص المادة 556 ق.م.ج الذي جاء فيه: «يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه».

من خلال هذا النص رأينا أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المقاول أو المهندس المعماري من المسؤولية أو الحد منها باتفاق خاص، إلا أنه يمكن تشديد هذه المسؤولية بمفهوم المخالفة لنص المادة السابقة، وبالتالي سنتطرق إلى جواز تشديد مسؤولية المقاول والمهندس المعماري

---

[1]– لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 90–266 مدة صلاحية العمل في المادة 16 منه بين 06 أشهر و18 شهرا. وبين ذلك بالتفصيل، القرار الوزاري مؤرخ في 10 ماي 1994، يتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90–266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج. ر عدد 35 الصادرة بتاريخ 05 يونيو 1994.

[2]– تنص المادة 1/17 من المرسوم التنفيذي 13–327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ «لا يمكن ان تقل مدة الضمان عن ثلاثة (03) أشهر بالنسبة للمنتجات المستعملة.»ج.ر عدد 49، الصادرة بتاريخ 2 أكتوبر 2013.

[3]– تنص المادة 364 ق.م.ج على أنه: «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع».

[4]– انظر ص 32 من هذه المذكرة.

(أولا)، ثم سنرى العلاقة الموجودة بين ضمان العيب الخفي في المبيع والمسؤولية العشرية للمشيدين **(ثانيا)**.

أولا: جواز تشديد الضمان العشري

من خلال نص المادة 556 ق.م.ج يظهر أنه لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان، فإذا قدر الأطراف أن مدة العشر سنوات غير كافية لفحص واختبار البناء، على اعتبار أنه من نوعية خاصة مثلا، سواء من حيث جسامته أو دقة العمل فيه، فيتفقون على زيادة مدة الضمان إلى أكثر من المدة المحددة قانونا[1].

إذا كان هذا هو الأصل بالنسبة للاتفاقات المشددة للمسؤولية، إلا أنه ينبغي مع ذلك التحفظ في حالة تعسف رب العمل، حين يضمّن العقد شروطا يقصد بها تشديد الضمان بإطالة المدة رغم أن العمل المطلوب لا يتطلب هذا التشدد، إذ هو في المستوى العادي من الأعمال، فمثل هذا الشرط في هذه الحالة يتنافى وقصد المشرع من تحديده لمدة الضمان، الذي كما قصد به حماية رب العمل، قصد أيضا إبراء ذمة المشيدين من المسؤولية بعد انقضاء المدة دونما انتظار لمدة التقادم الطويل[2].

ثانيا: علاقة العيب الخفي في المبيع بالضمان العشري

يقوم الضمان العشري بقوة بوجود شرط التهدم، حيث يرتكز عليه كثيرا؛ لكونه الغاية من استحقاق الضمان، إلاأنه يمكن توسيع نطاق الضمان العشري ليشمل العيوب الخفية وان لم تؤدي لانهيار البناء، ولكن هي على حدٍّ من الخطورة تتجلى في المس بصلابة البناء أو جعله غير صالح لما أعد له بسبب البيع أو بمقتضى الاتفاق، وفي ذلك يمكن للمشتري الذي اشترى البناء أن يعود على البائع (رب العمل) بضمان العيب الخفي في المبيع، وهذا الأخير يعود

---

[1]– مدوري زايدي، المرجع السابق، ص249.

[2]– سعاد بلمختار، المرجع السابق، ص191.

على المشيّدين بالضمان العشري المتفق عليه، وهي صورة من صور زيادة نطاق الضمان العشري[1].

االفرع الثالث: تطبيقات في عقد النقل لشرط التشديد

لم يورد القانون التجاري الجزائري نصوصا خاصة في مجال تشديد مسؤولية الناقل، إلا أن هذا لا يعني أنه لا يجوز ذلك، فبالعكس، من خلال استقراء النصوص المنظمة لعقد النقل نستنتج أن مسؤولية الناقل في طبيعتها هي مسؤولية مشدّدة؛ لذلك سندرس باقتضاب هذا المطلب في حالتين: حالة نقل الأشخاص**(أولا)**، ثم نقل البضائع (**ثانيا)**.

أولا: حالة نقل الأشخاص

لم ينص القانون التجاري الجزائري على جواز تشديد مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشخاص برا، كما أنه لم ينص أيضا على عدم جواز مثل هذه الشروط.وبما أن التزام الناقل هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو ما جاء في المادتين 62 و64 ق.ت.ج، فلا يمكن أن يثبت أنه بذل ما يبذله الناقل الحريص في المحافظة على سلامة المسافر، وأنه اتخذ كافة الاحتياطات لضمان سلامة المسافر. هذه الطبيعة المشددة لمسؤولية الناقل يمكن زيادة تشديدها باتفاق الأطراف؛ لأن الهدف واحد وهو ضمان سلامة المسافر، ومن صور التشديد أن يتحمل الناقل السبب الأجنبي خاصة فيما يعفيه القانون فيه كالقوة القاهرة.

كذلك الحال بالنسبة للناقل البحري للأشخاص فيجوز تشديد مسؤولية الناقل؛ كون الأمر يتعلق بسلامة جسم الإنسان. والبعض يرى أنه كلما كان هناك تشديد في المسؤولية، زادت حيطة وحرص الناقل، وبالتالي تزداد احترافيته في ممارسة عملية النقل[2].

---

[1]– مقارنة بين ضمان العيب الخفي في المبيع بالضمان العشري للمقاول والمهندس المعماري، من موقع: frssiwa. blogspot. comآخر زيارة للموقع 2018/09/30 على الساعة 22:05.

[2]– فضيلة عاقلي، محاضرات في مقياس عقود وقانون النقل، ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص نقل وإمداد، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة باتنة، 2014/2013، ص49.

وكذلك الأمر بالنسبة للناقل الجوي، لا يوجد نص صريح في القانون[1]على تشديد مسؤولية الناقل الجوي، إلاأنه لا يوجد ما يمنع ذلك أيضا.

ثانيا: حالة نقل البضائع

لم ينص القانون التجاري الجزائري كذلك على جواز تشديد مسؤولية الناقل البري للبضائع، إلا أن ذلك لا يعني عدم جواز مثل هذا الشرط، فيمكن للأطراف الاتفاق على زيادة مسؤولية الناقل، وعليه، يستطيع المرسل أن يشترط على الناقل ضمان الأخير للسبب الأجنبي[2]، أواشتراط أن يبذل الناقل عناية خاصة في تنفيذ بعض التزاماته، ومن الشروط التي تشدد المسؤولية أن يتفق الشاحن مع الناقل على أن يكون التزام الأخير قائما حتى في حالة الضرورة التي قد تلجئه إلى تغيير طريق النقل، وهي نفس الصور التي يمكن أن تطبق في حالتي النقل البحري والجوي رغم غياب نصوص صريحة تقر بذلك.

المطلب الثاني: القيود الواردة على شرط التشديد

يرد على شرط التشديد عدة قيود مستخلصة من أحكام القضاء وأراء الفقهاء وبعض النصوص التشريعية كنص المادة66 ق.ت.ج التي ترمي إلى وجوب وضوح وصراحة شرط التشديد **(فرع أول)**اضافةإلى قيود أخرى كعدم مخالفة الشرط للنظام العام ومبادئ العدالة **(فرع ثان)** والا يرد الشرط في شكل بند تعسفي في عقد إذعان**(فرع ثالث)**.

---

[1]– سواء في اتفاقية وارسو المؤرخة في 12 اكتوبر 1923، وبروتوكول لاهاي المؤرخ في 28 سبتمبر 1955، أو في القانون رقم 98-06 المؤرخ في 03 ربيع الأول 1413 الموافق 27 يونيو 1998، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج. ر عدد 48 الصادرة في 28 يونيو 1998.

[2]– نلاحظ أن القانون التجاري تشدد في شروط السبب الأجنبي، فاعتبر أنه يجب أن يكون حدثا خارجيا لا يد للناقل فيه، فلا يعد انفجار وسية النقل أو عطبها أو مرض تابعي للناقل سببا أجنبيا.

الفرع الأول: وضوح وصراحة شرط التشديد

يشترط في اتفاقات التشديد الا تكون مبهمة، وإن تكون واضحة ومحددة كونها تزيد الأعباء على المدين، وتعد خروجا عن القواعد العامة[1]، فيجب ان ينص الشرط صراحة في العقد على الأمور التي يضمنها المدين والتي تعد زيادة في الالتزام و تشددا، كأن يتفق مثلا على ان للمشتري الرجوع على البائع في حالة الاستحقاق لجميع المصروفات حتى لو كانت كمالية وحتى لو كان البيع حسن النية، كما تشترط محكمة النقض المصرية ان يكون شرط التشديد مبررا،فجاء في قرار لها إلى انه:« يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان – إذا هو اراد تشديد الضمان على البائع–ان يبين في العقد الشروط التي يفهم منها صراحة شرط التشديد ومخالفة ما نص عليه القانون...»، كما قضت المحكمة ذاتها بانه:« إذا كان الشرط – شرط تشديد الضمان–محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فانه يكون صحيحا».

وبالرجوع إلى هذين القرارين نجد ان القضاء المصري يقر بضرورة وجوب صراحة ووضوح شرط التشديد، وهناك العديد من التطبيقات القانونية لمبدا الوضوح والكتابة فيما يتعلق بشرط التشديد ومن ذلك ما نصت عليه المادة 66 ق.ت.ج

الفرع الثاني:مخالفة الشرط للنظام العام و مبادئ العدالة

لا يجوز اتفاق على تشديد المسؤولية العقدية بوضع شروط مخالفة للنظام العام، ومثال ذلك الاتفاق على مدة التقادم اطولما لم يوجد نص خاص يجيز ذلك، ومثل هذا الشرط باطل.

وجاء في المشروع العربي الموحد للقانون المدني في المادة 312 منه على انه:«إذا تم الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة جاز للمحكمة إعفاءالمدين

[1]– زهير قزان/عمر علالي، المرجع السابق، ص 58.

من هذه المسؤولية أو تعديلها وفقا لما تستوجبه العدالة، و يقع باطلا كل شرط مخالف لذلك»[1].

وبذلك يكون المشروع الموحد خلافا للمشروع الجزائري وحتى المصري قد فتح الباب واسعا للقاضي لتدخل في إجهاض مغامرة اقدم عليها المدين مخالفا قواعد العدالة.

الفرع الثالث: إلا يتخذ الشرط بندا في عقد إذعان

تنص المادة 110ق.م.ج على انه:«إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط ا وان يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة. و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، فمن خلال هذه المادة يجوز للقاضي استبعاد الشروط القاضية بتشديد المسؤولية، إذا ما وجدانها شروط واردة في عقد إذعان ويعفي الطرف المذعن في هذه الحالةمن التزامه بشرط التشديد[2].

[1]– أحمد سليم فيرز نصرة، المرجع السابق، ص 168.

[2]– محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 151.

خاتمة

الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية ثلاث، وهي الشرط المعفي والشرط المخفف والشرط المشدد للمسؤولية، وقد أجاز القانون المدني الجزائري هذه الشروط في المادة 178 منه، وهي تصدر عن المتعاقدين أثناء إبرام العقد محاولة منهم لتعديل المسؤولية العقدية لمصلحة أحدهما.

يترتب على شرط التخفيف أن المدين تحصر مسؤوليته في جزء منها، أما إذا كان الشرط يرمي إلى الإعفاء الكلي فيعفى المدين كليا من المسؤولية المترتبة عن الخطأ العقدي، بالرغم من أنه يكون مسؤولا طبقا للقواعد العامة، وقد قمنا بجمع شرط التخفيف من المسؤولية العقدية (الإعفاء الجزئي) مع شرط الإعفاء الكلي في مبحث واحد فيما يخص تطبيقاتهما التشريعية وذلك لأن شرطي التخفيف والإعفاء لا يختلفان إلا من الناحية الشكلية، فأحكام شرط التخفيف يسري عليها ما يسري على شرط الإعفاء، وذلك لاتحاد العلة بينهما.

أما لشرط التشديد فقد أجازه المشرع الجزائري بصريح العبارة في نص المادة 178 ق. م. ج، حيث أجاز تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، كما يمكن أن يرد شرط التشديد في عدة صور أوردناها على سبيل المثال في العقود المدروسة في المبحث الثاني من الفصل الثاني كأصل عام، ولكن هناك قيود ترد على هذا الشرط كوضوح وصراحة الشرط وعدم مخالفته للنظام العام والآداب، وكذلك ألا يكون تعسفيا في عقود الإذعان.

ونخلص في دراستنا للشروط المعدلة للمسؤولية العقدية بعدة نتائج نذكر منها:

1- تقوم الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية على مبدأ الحرية التعاقدية للأطراف، الذين يسعون إلى تحديد ملامح العلاقة العقدية التي تربطهم.

2- تصطدم حرية الأطراف في وضع الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية ببعض القيود التي تضبط حدودها بعدم تجاوز أحكام النظام العام والآداب.

3- تتميز الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية عن التعويض ألاتفاقي في أن الأولى ترد على المسؤولية في حين أن الثانية ترد على أثارها، كما وتتميز عن التأمين على المسؤولية في أن الأولى تنفي أو تخفف من المسؤولية، فيما الثانية تؤكدها، كما أن بنود عقد التأمين تأتي في صورة أحكام آمرة، لا يمكن تصور المدين قد ألزم نفسه بها من خلال شرط التشديد.

4- يلاحظ من نص المادة 178 ق. م. ج أن المشرع الجزائري يجيز تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق، بتخفيفها أوالإعفاء منها أو تشديدها، ويستثنى من ذلك حالتي الغش والخطأ الجسيم للمدين أومعاونيه.

5- رأينا أن بعض التطبيقات التشريعية تجيز الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية بتخفيفها أوالإعفاء منها كالتخفيف أوالإعفاء من ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية في عقد البيع، بينما أحكام بعض العقود الأخرى لا تجيزها كما رأينا بالنسبة لعقد المقاولة وعقد النقل فيما يخص السلامة البدنية للمسافر، كما تطرقنا لصور التشديد في نفس العقود، والمتمثلة في زيادة ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية في عقد البيع، وزيادة مدة الضمان العشري في عقد المقاولة، وتحمل الناقل السبب الأجنبي في عقد النقل.

وبناءً على ما تقدم من الدراسة نقدم بعض التوصيات للمشرع الجزائري وهي كالتالي:

1- تعديل نماذج العقود بهدف توضيح وجود اتفاقات معدلة للمسؤولية العقدية في جميع العقود حتى يسهل للمتعاقدين الاطلاع عليها (على غرار ما نص عليه عقد النقل في المادة 66 ق. ت. ج).

2- تعديل العبارة الموجودة في المادة 2/178 ق. م. ج، والتي جاء فيها: وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي...بجعلها كالتالي: وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على إخلاله بالتزامه العقدي... وذلك لتوسيع نطاقها، كون عدم التنفيذ يعد صورة من صور الإخلال العقدي.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

أ/ الكتب:

1. أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
2. أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
3. أنور السلطان، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، ط3، المكتب القانوني، فلسطين، 2000.
4. أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
5. أنور طلبة، المسؤولية المدنية، ج2: المسؤولية العقدية، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.
6. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ج2، الجزائر، 2014.
7. حسين عامر وآخر، المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية)، ط2، دار المعارف، 1989.
8. خليفة الخروبي، العقود المسماة (الوكالة، البيع و المعاوضة، الكراء، الهبة)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013.
9. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج1، ج1(مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج1، ج4: (العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

12. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، ج9(عقود الغرر وعقد التأمين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

13. عبد القادر العرعاري، المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط، 2011.

14. عزالدين الديناصوري وآخر، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المجلد الأول، دار الفكر العربي، مصر، 2012.

15. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

16. علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، ط2، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2007.

17. علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2012.

18. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج2 (أوصاف الالتزام)، دون طبعة، دون دار نشر، المغرب، دون سنة نشر.

19. محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

20. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر

21. محمدحسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

22. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام)، دار الهدى، الجزائر، 2012

23. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1 (المسؤولية المدنية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة نشر.

24. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1 (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

ب/ الأطاريح والرسائل والمذكرات:

25. أحمد سليم فيرز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006.

26. أمين خليفي، المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري واتفاقية هامبورغ 1978)، مذكرة ماجستير، تخصص مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2009/2008.

27. بلقاسم أعراب، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد العلوم الإدارية والقانونية، جامعة الجزائر، 1984.

28. بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2014/2013.

29. جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2013.

30. حميدة يوس/ساعو كهينة، الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014.

31. دليلة معزوز، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.

32. زهير قزان/عمر علالي، عقد النقل البري للأشخاص، مذكرة ماستر، تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2015/2014.

33. سامية أوصيف/ نجاة غشام، عقد العمل محدد المدة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2017/2016.

34. سعاد بلمختار ، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009/2008.

35. سهام سويح، عقد النقل الجوي، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016/2015.

36. صافية ولد رابح، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2007.

37. علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012/2011.

38. العياشي شواح، عقد النقل البري للبضائع، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2005/2004.

39. قوقوبلعجات وآخر، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014.

40. محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير،تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008/2007.

41. مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012.

42. نادية محجوب، النظام القانوني للاشتراطات التعاقدية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012/2011.

43. ناهد خشمون، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2017/2016.

44. وليد بوشافع، مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص وفقا للقانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2013/2012.

45. وليد تركي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والإيجار، مذكرة ماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة، 2011/2010.

46. وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 2006.

<u>جـ/ المقالات</u>

47. سامي مصطفى عمار الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية العلوم–جامعة الجبل الغربي، عدد 06، يوليو 2015.

48. محمد دمانة، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 5، جوان 2011.

<u>د/ المحاضرات</u>

49. فضيلة عاقلي، محاضرات في مقياس عقود وقانون النقل، ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص نقل وإمداد، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة باتنة، 2014/2013.

<u>هـ/ المجلات القضائية</u>

50. المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد1، سنة 1986.

51. المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 4، سنة 1991.

52. المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 1999.

53. المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد 1، سنة 2013.

و/ النصوص القانونية

القوانين:

54. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، صادرة بتاريخ 29 سبتمبر 1975، معدلومتمم.

55. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 78، صادرة بتاريخ 29 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

56. أمر رقم76-80 مؤرخ في 28 أكتوبر 1976،يتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 29، صادرة بتاريخ 10أبريل 1977، معدل ومتمم.

57. قانون رقم 17 لسنة 1987 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المصري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 197 لسنة 2008.

58. قانون رقم 13-07 مؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة الجزائري، ج.ر عدد 53 لسنة 2013.

المراسيم التشريعية

59. مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر عدد 14 صادرة بتاريخ 03 مارس 1993.

المراسيم التنظيمية

60. مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990،يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج. ر عدد 40، صادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

61. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006،يحددالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر عدد 56، صادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

ز/ المواقع الالكترونية

62.almerja. net/reading. php ?idm7357
63.frssiwa. blogspot. com
64.alwatan. com/details/56596

ثانيا: باللغة الفرنسية

65. Aubert Carole De vincelles, droit des obligation-tom I, Dalloz, paris, 2014.
66. Planiol Marcel et Ripert Georges, traité pratique de droit civil français, LGDG, 2eme édition, Paris, 1956

فهرس المحتويات

مقدمة..... 1

الفصل الأول: شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية 6

المبحث الأول: التعريف بالشرط المعفي والمخفف من المسؤولية العقدية 8

المطلب الأول: المقصود بشرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية 8

الفرع الاول: تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية..... 8

الفرع الثاني: تعريف شرط التخفيف..... 9

المطلب الثاني: صور شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية..... 10

الفرع الأول: صور شرط الإعفاء 10

أولا: الاتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية..... 11

ثانيا: الاتفاقات المعفية عن فعل الغير..... 11

الفرع الثاني: صور شرط التخفيف..... 13

أولا: الاتفاق على تخفيف تدرج الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية..... 13

ثانيا: الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة 14

ثالثا: الاتفاق على إنقاص مدة التقادم..... 15

المبحث الثاني: أحكام شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة على صحتهما..... 16

المطلب الأول: صحة الشرط المعفي والمخفف للمسؤولية العقدية..... 17

الفرع الأول: صحة الشرط المعفي من المسؤولية العقدية 17
أولا: جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية..... 18
ثانيا: عدم جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية 19
الفرع الثاني: صحة الشرط المخفف للمسؤولية العقدية..... 20
أولا: حكم الاتفاق على إنقاص مدة التقادم 20
ثانيا: حكم الاتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية إلى تخفيف درجة العناية..... 21
ثالثا: حكم الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة 21
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على صحة شرطي الإعفاء والتخفيف 23
الفرع الأول: الآثار المترتبة على شرط الإعفاء..... 23
أولا: من حيث التزام المدين 23
ثانيا: من حيث الإثبات 24
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على شرط التخفيف 25
أولا: الآثار المترتبة عن تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية 25
ثانيا: الآثار المترتبة على شرط تخفيف درجة العناية..... 25
ثالثا: الآثار المترتبة على إنقاص مدة التقادم..... 26
المبحث الثالث: تطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف والقيود الواردة عليهما 26
المطلب الأول: تطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف..... 26
الفرع الأول: تطبيقات في عقد البيع لشرطي التخفيف والإعفاء 27
أولا: الاتفاق على التخفيف أوالإعفاء من ضمان الاستحقاق 27

ثانيا: الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من ضمان العيوب الخفية()..... 30
الفرع الثاني: تطبيقات في عقد المقاولة لشرطي التخفيف والإعفاء 31
أولا: الاتفاقات المخففة للمسؤولية في عقد المقاولة 32
ثانيا– الاتفاقات المعفية للمسؤولية في عقد المقاولة 32
الفرع الثالث: تطبيقات في عقد النقل لشرطي التخفيف والإعفاء..... 34
أولا: في حالة نقل الأشخاص 34
ثانيا:حالة نقل البضائع..... 36
الفرع الثاني: القيود الواردة على شرطي الإعفاء و التخفيف..... 38
أولا: بطلان شرطي الإعفاء والتخفيف عن الأضرار الجسدية..... 38
ثانيا: بطلان الشروط التعسفية في عقود الإذعان 39
الفصل الثاني: التشديد في المسؤولية العقدية..... 40
المبحث الأول: مفهوم التشديد في المسؤولية العقدية..... 41
المطلب الأول: المقصود بشرط التشديد..... 41
الفرع الأول: تعريف شرط التشديد 41
الفرع الثاني: تمييز الشرط المشدد للمسؤولية العقدية عن الشرط الجزائي 42
المطلب الثاني: صور شرط التشديد 43
الفرع الأول: تحمل المدين لسبب الأجنبي..... 43
أولا: القوة القاهرة..... 44
ثانيا: خطأ المدين 45
ثالثا: فعل الغير 46

ثانيا: التشديد في درجة الالتزام المطلوب.....49
ثالثا: تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة.....50
المبحث الثاني: أحكام شرط التشديد والآثار المترتبة على صحته.....51
المطلب الأول: أحكام شرط التشديد 52
الفرع الأول: جواز شرط تحمل المدين للقوة القاهرة و الحادث المفاجئ.....52
الفرع الثاني: التكييف القانوني لضمان المدين القوة القاهرة والحادث المفاجئ.....54
أولا: مدى اعتبار الاتفاق تشديدا للمسؤولية.....54
ثانيا: اعتبار الاتفاق ضربا من التأمين.....55
ثالثا: مدى اعتبار الاتفاق من قبيل الضمان 55
الفرع الثالث: تحمل المدين خطأ الدائن و خطأ الغير.....56
أولا: الاتفاق على ضمان المدين خطأ الغير 56
ثانيا: تحمل المدين خطأ الدائن.....57
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن صحة شرط التشديد.....58
الفرع الأول: من حيث التزام المدين.....58
الفرع الثاني: من حيث الإثبات.....58
المبحث الثالث: تطبيقات لشرط التشديد والقيود الواردة عليه 59
المطلب الأول: تطبيقات لشرط التشديد 60
الفرع الأول: تطبيقات في عقد البيع لشرط التشديد 60
أولا: زيادة ضمان الاستحقاق.....61
ثانيا: زيادة ضمان العيب الخفي.....61

الفرع الثاني: تطبيقات في عقد المقاولة لشرط التشديد 62
أولا: جواز تشديد الضمان العشري..... 63
ثانيا: علاقة العيب الخفي في المبيع بالضمان العشري..... 63
االفرع الثالث: تطبيقات في عقد النقل لشرط التشديد..... 64
أولا: حالة نقل الأشخاص..... 64
ثانيا: حالة نقل البضائع..... 65
المطلب الثاني: القيود الواردة على شرط التشديد 65
الفرع الأول: وضوح وصراحة شرط التشديد 66
الفرعالثاني:مخالفة الشرط للنظام العام و مبادئ العدالة..... 66
الفرع الثالث: إلا يتخذ الشرط بندا في عقد إذعان 67
خاتمة..... 68
قائمة المراجع..... 70
فهرس المحتويات..... 77