وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

آثار المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الخاص

من إعداد الطالبة:

-عرفي الحاجة الزهرة

تحت إشراف الأستاذة:

- زهدور كوثر

أعضاء لجنة المناقشـــة

الأستاذ	فنينخ عبد القادر	رئيسا
الأستاذة	زهدور كوثر	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن عوالي علي	مناقشا

السنة الجامعية : 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/07/07

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـــر وتقـــديـــر

نشكر أوّلا الله سبحانه وتعالى الذي أمدّنا بالصبر والثقة و ذلّل الصعوبات أمامنا و أعاننا على إنجاز هذه المذكرة.

ثم نتقدّم بأسمى عبارات التقدير والاحترام،وبخالص الشكر والامتنان إلى الأستاذة المشرفة زهـــدور كوثر على ما قدّمته من نصائح و إرشـــادات قيّمة،و لمساعدتها في إنجاز هذا العمل المتواضـــع.

فجـــزاها الله خـــيرا

وإلـــى كل من مدّنا يد العـــون من قـــريب أو بعـــيد لإتمام هـــذا العمـــل،خاصـــة موظّفـــي مكتبة جامعـــة عبد الحمـــيد بن باديـــس.

كما أتوجّه بالشـكر الجزيل إلـــى الأساتذة الأفاضـــل أعضاء لجنة المناقشة علـــى قبولهم إثراء هذا العمل ومساهمتهم في إضاءة سبيـــل العلم.

إهـداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

التي حملتني وهـنا على وهــن وسهرت الليالي الطوال، وقاسمتني أفراحي وأحزاني

أمّي الغالية فيمان خديجة، طيّب الله ثراها وجعلها من أهل الجنّة.

الذي ربّاني على الفضيلة والأخلاق، صاحب القلب الطيّب، إلى الذي تعب لنرتاح،

و شقي لنسعد، إلى مثلي الأعلى وقدوتي في الحياة، إليك أبي الحبيب.

الذين ترعرعت بينهم إخوتي وأخواتي الأحباء: الشارف، حفيظة، نورالدين،منصور،

نورية، جيلالي ،شريفة، عبد الحفيظ، عبد القادر، جمال، خيرة، خيرالدين.

أبناء وبنات إخوتي وأخواتي الأحباء،إلى البراعم الصغار:بلقاسم،هاجر،محمد،خديجة،

فاطـمة، يوسف،محمـد، عبد القادر، محمد طـارق،منـال، لجـين، ياسين عبد الصـمد،

محمد جواد،وصال.

صديقاتي الحبيبات:عمّي عي فوزية، بن عز الدين لامية، العربي بن شريف نعيمة،

بلجيلالي زهيرة، ختـّاوي تيـجانية، ختـّاوي زيــن الهدى، مصباح بشرى، بن زيدان جيهان.

كل الذين أعرفهم من أصدقاء وزملاء في الجامعة .

قائمة المختصرات المستعملة في الدراسة:

ج: الجزء.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.ط: دون طبعة.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ص: الصفحة.

ص.ص: من الصفحة.....إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

ف: الفقرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م: قانون مدني.

مج: المجلد.

مقدمة

لقد أدى التطور بالمجتمع الإنساني إلى تشعب العلاقات والمعاملات بين الناس، الأمر الذي دعا إلى زيادة عدد العقود المبرمة فيما بينهم، وكلما ازدادت هذه العقود، اتجهت القناعة نحو التسليم بزيادة المصالح المتعارضة بين الأشخاص، فكل يبحث عن تحقيق مصالحه، شريطة أن يحققها في الإطار المسموح به، فالقانون هو الذي يكفل عدم تصادم مصالح الأشخاص فيما بينها، مادام أن من حق كل واحد منهم أن يحقق مصلحته في توفير سبل الحياة وديمومتها.

وتتعدد أوجه تعارض المصالح، لدرجة أنها قد تصل إلى حد التعاكس أو التناقض، فمصلحة البائع تتناقض حتما مع مصلحة المشتري، عندما يقف كل واحد منهما عند رأيه سواء في البيع بالسعر الذي يريد، أو في الشراء بالسعر الذي يريد، فيأتي دور القانون ويصور هذا التناقض على أنه مجرد تعارض بالإمكان الجمع في نهايته بين مصلحتين لتحقيق على الأقل الحد الأدنى لكل منهما. فينعقد العقد ويلتقي الطرفان في نقطة وسطى بينهما، فتتحول العلاقة بين الطرفين من علاقة بين شخصين لا يجمعهما رابط معين، إلى علاقة خاصة متجسدة في العقد.

وفي هذا العقد قد تتناقض المصالح، فيخل أحد الطرفين بالتزامه تحقيقا لمصلحة خارجة عما اتفق عليه، فيصيب الدائن ضررا بسبب هذا الإخلال، سواء اتخذ هذا الإخلال صورة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، بحيث يكون هذا الضرر ناتجا عن هذا الإخلال وهذا ما يسمى بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وبذلك تتحقق شروط قيام المسؤولية العقدية، فتقوم هذه الأخيرة لترتب آثارها كاملة، وأول هذه الآثار وأهمها تحريك دعوى المسؤولية العقدية والتي تعتبر آلية منحها القانون للمتعاقد حماية لمصالحه، ومن ثم وقايته من انحراف الطرف الآخر عن سلوكه القائم على حسن النية.

وإذا ما قام الطرف المتضرر بتحريك تلك الدعوى فرض القاضي على الطرف المسؤول جزاءً لجبر الضرر اللاحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، ويكون ذلك عن طريق التعويض.

فالتعويض وباعتباره من مواضيع المسؤولية المدنية عموما والمسؤولية العقدية خصوصا قد لاقى اهتماما واسعا من قبل المشرع الجزائري، وذلك من خلال تضمين القانون المدني بنصوص واضحة وصريحة تبين أهم الأحكام التي تضمن التعويض عن الضرر، وكان ذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني في المواد من 176 إلى 187 من القانون المدني الجزائري تحت عنوان" التنفيذ بطريق التعويض "، وذلك كله من أجل حماية مصالح الدائن، واستيفاء حقه في إطار علاقته الدائنية .

وإلى جانب الآثار السالفة الذكر، يترتب أيضا عن قيام المسؤولية العقدية أثر آخر والمتمثل في إعمال الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية والتي يصطلح عليها أيضا بالشروط المعدلة للمسؤولية العقدية، بحيث تمثل هذه الأخيرة خروجا عما تقضي بها قواعد المسؤولية، حيث يقتضي الأصل تحقق المسؤولية عند توافر شروطها، غير أنه يمكن تجنب هذا الجزاء الذي يتحمله المدين جراء إخلاله بالتزامه بإعفائه منه، أو بتخفيفه، إضافة إلى إمكانية الاتفاق على خلاف ذلك بتشديد مسؤوليته. على اعتبار أن القواعد التي وضعها المشرع لتنظيم هذه المسؤولية هي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين وليست قواعد آمرة.

أهمية الموضوع:

إن موضوع آثار المسؤولية العقدية يحتاج إلى الكثير من الدراسة والتحليل؛ لما له من أهمية عملية فهو الهدف النهائي من بحث المسؤولية ودراستها، إضافة إلى الدور الكبير الذي يلعبه هذا الموضوع في إضفاء الصفة الإلزامية على العقد، وبالتالي منع تراخي المدين في تنفيذ التزامه،

إضافة إلى أن دراسة هذا الموضوع تؤدي إلى حصر العواقب أو النتائج التي قد تواجه المدين في حالة ما إذا أخل بالالتزام الواقع على عاتقه في نطاق العقود والمسؤولية العقدية.

أسباب اختيار الموضوع:

كطالب قانوني باحث في تخصص القانون الخاص، فإنني أولي اهتماما كبيرا 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 مفصل ومعمق.

-المكتسبات القبلية في هذا المجال.

-أننا من خلال هذه الدراسة التي سنقوم بها في هذا الموضوع، سنتمكن من 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 آثار المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري باعتبارها نتائج حتمية لقيام المسؤولية العقدية، لذلك أوليت اهتماما بدراسة هذا الموضوع من عدة جوانب كالتعريفات والأحكام والتطبيقات العملية والقيود وغيرها في محتوى هذه الدراسة.

صعوبات البحث:

كما نود أن نشير إلى الصعوبات والعراقيل التي واجهتنا عند إعداد ودراسة هذا البحث، أبرزها كثرة فروع هذا الموضوع وتشعبه، حيث نجد أنّ كل فرع قد يحتاج إلى مذكرة خاصة به. زيادة على ذلك ندرة المراجع المتخصصة في الموضوع وصعوبة الوصول إليها

إشكالية البحث:

تهتم هذه المذكرة بدراسة آثار المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري، وذلك لإضفاء المزيد من الشرح والتحليل لهذا الموضوع، من خلال تبيان أهم الأحكام القانونية المنظمة لهذه الآثار كل منها على حدة، لذلك فإنه من خلال هذه الدراسة نحاول مناقشة الإشكالية التالية: ما هي أهم الآثار المترتبة على قيام المسؤولية العقدية؟ وهل يستقل كل أثر منها بأحكام خاصة به؟ .

منهج الدراسة:

للإجابة على الإشكالية البحثية المطروحة،فإن هذه الدراسة سارت في إطار المنهج القانوني التحليلي كمنهج أساسي، وهذا من أجل استعراض مختلف النصوص القانونية المنظمة لموضوع آثار المسؤولية العقدية، وتحليلها تحليلا قانونيا من أجل الوصول إلى أهم الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري من أجل تنظيم موضوع آثار المسؤولية العقدية. وكذا الاستعانة بالمنهج الوصفي لدراسة كل أثر بشكل مفصل وشرحه.

هيكل الدراسة:

يقتضي الأمر تناول هذه الدراسة في فصلين، يتم في الفصل الأول منها تناول دعوى المسؤولية العقدية والجزاء المترتب عنها، وذلك من خلال مبحثين يخصص المبحث الأول لدعوى المسؤولية العقدية، أما المبحث الثاني فيخصص لتحديد جزاء قيام هذه المسؤولية أي التعويض. في حين يتناول الفصل الثاني من هذه الدراسة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، ودلك من خلال مبحثين يتم في المبحث الأول عرض الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية، أما المبحث الثاني فيتضمن الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية، وبذلك يتم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: دعوى المسؤولية العقدية والجزاء المترتب عنها.

الفصل الثاني:الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

الفصل الأول:

دعوى المسؤولية العقدية والجزاء المترتّب عنها

تمهيد وتقسيم:

تعتبر دعوى المسؤولية العقدية من بين مواضيع القانون المدني، وكذا أهم أثر مترتب عن قيام المسؤولية العقدية، يتم تحريكها ورفعها من قبل الشخص أو الأشخاص الذين لحق بهم ضرر، ضد الشخص أو الأشخاص المتسببين في حدوث هذا الضرر باستخدام وسائل وطرق معينة قانونا. ويترتب على رفع هذه الدعوى وعلى الحكم فيها أثر آخر من آثار المسؤولية العقدية والذي يعد كجزاء يفرض لجبر الضرر الحاصل. ومن ثم فإنّ الإشكال المطروح في هذا الفصل هو:من هم الأشخاص الذين منحهم المشرع حق رفع هذه الدعوى؟ وضد من ترفع هذه الدعوى؟ وفيم تتمثل الوسائل المخوّلة قانونا لهؤلاء الأشخاص لرفعها؟ وما هو الجزاء المترتب عن رفعها؟ وما هي أهم الأحكام التي تنظم هذا الجزاء؟

هذا الإشكال سنحاول الإجابة عليه من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: دعوى المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: التعويض.

المبحث الأول: دعوى المسؤولية العقدية

لقد منح المشرع الجزائري في مجال المسؤولية العقدية للمتعاقد المتضرر من إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه آلية تخوله اللجوء إلى القضاء و تلافي الضرر اللاحق به، هذه الآلية تتمثل في دعوى المسؤولية العقدية. يتم رفع هذه الدعوى من قبل الطرف أو الأطراف المتضررة في مواجهة الشخص مرتكب الخطأ العقدي، وذلك عن طريق وسائل شرّعها القانون في سبيل حماية الحقوق، والتي تتمثل في الطلبات والدفوع، بحيث تعتبر هذه الأخيرة وسائل قانونية مخصصة لتبادل الادعاءات أمام القضاء.

وعليه، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتم في المطلب الأول التعريف بأطراف هذه الدعوى من مدعي ومدعى عليه وكذا بيان شروطهما، أما في المطلب الثاني فسيتم التطرق إلى وسائل هذه الدعوى من طلبات قضائية ودفوع .

المطلب الأوّل:أطراف الدعوى

في العقود التي يبرمها الأطراف فيما بينهم تحقيقا لمصالحهم، قد يتخلف أحدهم عن تنفيذ التزامه أو قد يتأخر في تنفيذه مرتكبا بذلك خطأ عقديا يلحق به ضررا بالطرف المقابل ويكون هذا الضرر نتيجة مباشرة لذلك الخطأ المرتكب، فتقوم مسؤولية الطرف الذي ارتكب ذلك الخطأ، وحماية للطرف المضرور فقد منحه المشرع الحق في رفع دعوى على الطرف المسؤول لاسترجاع حقه المهدور،والتي تتجسد في دعوى المسؤولية العقدية، وبذلك يتمثل أطراف هذه الدعوى في المضرور أو المدعي (فرع أول)، والشخص المسؤول أو المدّعى عليه (فرع ثان) .

الفرع الأول:المدّعي(المضرور)

الأصل أن ترفع دعوى المسؤولية من المضرور أي المدّعي والذي يعرّف بأنّه الشّخص الذي وقع به ضرر والذي يثبت له الحقّ في المطالبة بالتعويض عمّا أصابه من ضرر.

فإذا لم تكن للمضرور أهلية التّقاضي ترفع الدعوى من نائبه كالوليّ أو الوصيّ أو القيّم.وإذا كان المضرور مدينا،فلدائنه طلب التعويض باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة،بشرط أن يكون الضرر الذي أصاب المدين ماديا،فإذا كان الضرر الذي أصابه معنويا امتنع على الدائن استعمال الدعوى غير المباشرة،إلاّ إذا كان هذا الضرر جسمانيا وترتب عليه عجز المدين كليا أو جزئيا عن العمل.

وإذا توفيّ المضرور وكان الضرر الذي أصابه ماديا،انتقل الحق في التعويض عنه إلى الورثة كل بقدر نصيبه من الميراث.أمّا إذا كان الضرر الذي أصابه معنويا،فلا ينتقل إلاّ إذا تحدّد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسؤول،أو طالب به المضرور أمام القضاء،حيث نصت المادة 222 من القانون المدني على أنّه:"يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا،ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلّا إذا تحدّد بمقتضى اتفاق،أو طالب الدائن به أمام القضاء.ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلّا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عمّا يصيبهم من ألم من جرّاء موت المصاب".

وكما ينتقل الحق في التعويض بالوفاة،كذلك قد ينتقل حال الحياة بالاتفاق بين المضرور والمحال له،ولكن إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور ضررا معنويا فيتعيّن لجواز انتقاله بالحوالة أن يكون المضرور قد طالب به أمام القضاء ،أو اتفق في شأنه مع المسؤول.

وقد يكون المضرور جماعة،وهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية أم لا.فإذا كان لها شخصية معنوية جاز لها رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي أصابها.أمّا الضرر الذي يصيب فردا من أفرادها،فيكون طلب التعويض عنه من شأن هذا الفرد وحده،غير أنه فيما يتعلق بالنقابات استقر الفقه على أنّ لها أن ترجع بالتعويض على أي شخص اعتدى على المصلحة العامة للمهنة التي تمثلها،ولو لم يكن لها في ذلك مصلحة شخصية،فمثلا عدم مراعاة

صاحب عمل لقوانين العمل بالنسبة إلى العمّال الذين يستخدمهم،يخوّل لنقابة العمّال الحقّ في الرجوع عليه بالتعويض.

أمّا إذا لم يكن للجماعة شخصية معنوية،فلا يجوز لها بوصفها جماعة الرجوع على المسؤول بالتعويض،ولكن يجوز لأي فرد ينتمي لهذه الجماعة الرجوع بدعوى المسؤولية،إذا ثبت أنّه قد لحق به ضرر شخصي من الاعتداء على مصلحة الجماعة[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ غير المضرور ليس له الحق في التعويض،إذ أنّه من البديهي أنّ هذا الأخير لا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه،ولكن يقع كثيرا وخاصة في الأضرار الأدبية أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عمّا يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسّة تعمل للصّالح العام.والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة،ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطّلب،لأنّ الجهة الخيرية التي عينّها المضرور لم يصبها أي ضرر،فلا يجوز الحكم لها مباشرة بالتعويض.أمّا إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه،وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النّزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ما فلا مانع من ذلك،ويجوز أن يشير حكم المحكمة إلى هذا الأمر،ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون[2].

الفرع الثاني: المدّعى عليه(المسؤول)

ترفع الدّعوى على المسؤول أي المدّعى عليه،سواء كان مسؤولا عن فعله الشّخصي أم عن فعل الغير، و هو يعرّف بأنّه الشخص الذي ينسب إليه الضرر اللاحق بالمدعي

[1]– أنور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني .دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، الأردن ،الطبعة الرابعة ،2010،ص.ص.344-345.

[2]– دراسات قانونية واقتصادية ،دعوى المسؤولية ، من موقع : sites.google.com/alkhlasa ،آخر زيارة للموقع بتاريخ 2021/05/28 على الساعة 17:40.

أمّا إذا توفيّ المسؤول، فترفع الدّعوى على ورثته.غير أنّه لمّا كانت القاعدة في الشريعة الإسلامية ألّا تركة إلاّ بعد سداد الدّيون،فالتّركة هنا تكون هي المسؤولة بعد وفاة المسؤول،ويمثّلها أي وارث في دعوى المسؤولية،هذا بالنّسبة إلى الخلف العام المسؤول.

أمّا بالنّسبة إلى الخلف الخاص،فالأصل أنّه لا يجوز الرّجوع عليه بالتعويض بسبب خطأ السلف،إلّا إذا اجتمعت فيه من جديد أركان المسؤولية العقدية بسبب المال الذي تلقّاه من السّلف.

وفي حالة تعدّد المسؤولين عن الضرر الواحد،اعتبروا جميعا مسؤولين على وجه التضامن بتعويض المضرور،ونصّت على ذلك المادة 169 من ق. م بقولها:"إذا تعدّد المسؤولون عن عمل ضارّ كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر،وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتّساوي،إلّا إذا عيّن القاضي نصيب كلّ منهم في التعويض".بمعنى أنّ لذلك المضرور الرّجوع على أيّهم شاء بتعويض كلّ الضرر الذي لحقه،وعلى من دفع كامل التعويض الرجوع على الباقين كلّ بقدر نصيبه،سواء قسّم القاضي التعويض بينهم بالتساوي أم بحسب جسامة خطأ كلّ منهم.

وكما قد يكون المدّعي في دعوى المسؤولية العقدية شخصا طبيعيّا،كذلك قد يكون المدّعي عليه في هذه الدّعوى شخصا اعتباريا،ولا يعترض على ذلك بأنّ الخطأ وهو أساس المسؤولية المدنية لا يتصوّر وقوعه من الشّخص المعنوي،لأنّ هذا الخطأ قد يقع من أحد أعضاء الشّخص المعنوي أثناء مباشرته لعمله فتتحقّق بذلك مسؤولية الشّخص المعنوي[1].

تجب الإشارة في الأخير إلى أنّ المشرع الجزائري قد اشترط لقبول أي دعوى بوجه عام،ودعوى المسؤولية العقدية بوجه خاص توفر مجموعة من الشروط والتي تتمثل في الصفة ،المصلحة والإذن متى قرّر القانون ذلك ،أما بخصوص الأهلية فلم يعتبرها المشرع شرطا لوجود الحق في التقاضي بل هي شرط لممارسة الدعوى.

[1]– أنور سلطان ، المرجع السابق ،ص.345.

-الصفة :

تعتبر الصفة صلاحية الشخص في رفع الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية من أجل حماية الحق المدعى به[1] ، وعليه نجد المادة 13 ف 1 من ق.إ.م.إ تنص على أنه :"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، ويفهم من أحكام هذه المادة أن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة ، أي أن تنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق وسلبا لمن اعتدى على هذا الحق[2] .

توجد الصفة لدى المدعي بمباشرة الدعوى شخصيا أو أن يمنح للغير قانونا أو اتفاقا في حالة وجود عذر مشرع سلطة تمثيله في الإجراءات كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة ويقع على القاضي الالتزام بالتأكد من التمثيل أولا ،ثم يبحث لاحقا في مدى توفر شرط الصفة لدى صاحب الحق ؛ فيمكن أن يكون التمثيل صحيحا والصفة فاسدة في الدعوى والعكس صحيح ، ومثال ذلك : أن يحضر الأب جلسة المحاكمة تلقائيا من دون وكالة من ابنه البالغ الذي رفع دعوى قضائية يطالب فيها استعادة شقة يملكها بسند ، محتلة من الغير دون وجه حق، ظنا من الأب بأن الملكية واحدة في هذه الحالة الصفة صحيحة والتمثيل فاسد .

وعكس ذلك أن يكون الأب حاملا لوكالة صحيحة في أن الابن المدعي لا يملك أي سند يثبت ملكيته ،فالتمثيل هنا صحيح ولكن ترفض الدعوى لانعدام الصفة لدى الابن ، وصحة التمثيل يعتبر شرط لصحة إجراءات الخصومة ، وليس شرط لقبول الدعوى .

---

[1]- العيش فضيل ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون 08-09) ، د.ط ،منشورات أمين ،الجزائر ،2009 ،ص.144.

[2]- علي أبو عطية هيكل ،شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ،د.ط ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،2007 ،ص.187.

كما يشترط توفر الصفة لدى المدعى عليه وإن تعدوا فلصحة الدعوى يجب أنت ترفع ضد من يكون معنيا بالخصومة ، كدعوى العامل ضد رب العمل أو مؤجر ضد مستأجر وذلك من أجل عدم تحميل الغير أعباء عن تصرفات ليس لهم علاقة بها ، بالإضافة إلى ذلك أن يكون ممن يجوز مقاضاتهم إذ لا يمكن قبول أي دعوى ضد من ليس له أهلية لتعلق ذلك بحق الدفاع أو ضد مؤسسة لا تمتلك الشخصية المعنوية[1] .

تجدر الإشارة أن المشرع لم يمنع أن تكون الدعاوى بصورة جماعية والدليل على ذلك ما جاء في نص المادة 38 من ق.إ.م.إ التي تنص : "في حالة تعدد المدعي عليهم"، رغم أن المادة 13 من ق.إ.م.إ جاءت بصيغة الفرد ، فمثلا أن يتقاضى الوارث باقي الورثة في دعوى قسمة عقار ، فالأصل أن يتقاضى كل مدعي بصفة فردية لضمان حسن سير العدالة ، فالعبرة بوحدة المصلحة والموضوع وليس بالعدد. واستثناء من ذلك أن الدعوى تكون مقبولة كلما كان ارتباط ناتج عن وحدة الأطراف ووحدة المسائل التي أثيرت حماية لمصلحة جماعية ، أما إذا رفعت الدعوى من عدة أطراف مع اختلاف موضوع الخصومة بالنسبة لهم فيتعين على القاضي رفض الدعوى [2].

2-المصلحة:

تعتبر الفائدة أو المنفعة التي يحصل عليها المدعي وقت اللجوء إلى القضاء ،فهي إذن الدافع لرفع الدعوى وفي نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها ،فالمصلحة شرط مستمر إلى حين الفصل في الدعوى، فإذا توافرت لدى المدعى وقت إقامة الدعوى ثم زالت عند الفصل فيها

[1]- بربارة عبد الرحمن ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط .03 ،منشورات بغداوي ، الجزائر ،2009 ،ص.ص.40-42.

[2]-بربارة عبد الرحمن ، نفس المرجع ،ص.ص.42-43.

فلا تكون مقبولة ذلك تماشيا مع وظيفة القضاء ،لذلك اشترط القانون أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة ، وهذا وفقا لنص المادة 13 من ق.إ.م.إ[1].

فالمصلحة القائمة هي التي تستند إلى حق أو مركز قانوني وتكون قائمة عندما يكون التعرض للحق قد وقع ، كأن يمتنع المؤجر عن تسليم المستأجر العين المؤجرة أو يمتنع المدين عن الوفاء للدائن عند حلول أجل الدين[2] .

فيشترط في المصلحة أن تكون جدية وذلك لمنع إقامة الدعاوى دون مقتضى أمام القضاء،لكن انعدامها لا يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه لأنه ليس من النظام العام ، إنما عليه أن ينظر في مدى توفر المصلحة حيثما يثير الخصم دفعه قبل أي مناقشة أو دفاع في الموضوع[3] .

إلا أنه عدم جواز إثارة غياب المصلحة تلقائيا من طرف القاضي لا يعني قبول أي مصلحة ولو كانت غير مشروعة ، إذ يجب أن تكون المصلحة مشروعة أي محمية قانونا ولا تخالف النظام العام و الآداب العامة كالمطالبة بدين ناتج عن قمار أو تثبيت نسب فاسد[4] .

غير أنه هناك بعض الاستثناءات التي تسمح بالدعاوى الوقائية والتي تقدم بموجب طلب على عارضة أمام قاضي الاستعجال كدعوى الحصول على حكم بإلزام المدعّى عليه بدين أو بالتزام لم يحلّ أجله ،أو دعوى الحكم بطلب الحجز على السفيه أو المجنون حفاظا على حقوق الورثة وفقا للمادة 101 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري ، فذلك يعني أنها مصلحة محتملة

[1]– انظر المادة 13 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج.ر ،عدد 21 صادر في 23 أفريل 2008.

[2]–ختال ريمه؛حمداوي وهيبة ، نظرية الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ،2017 ،ص.08.

[3]– سعد عبد العزيز ،أبحاث تطبيقية في قانون الإجراءات المدنية الجديد ،د.ط ،دار هومة ، الجزائر ،2013 ،ص.60.

[4]– بربارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ،ص.44.

والتي يكون الهدف منها منع وقوع ضرر محتمل، وهو الضرر الذي يمكن أن يقع في المستقبل فالمدعي وإن لم يتنازل في حقه إلّا أنّ له مصلحة في الاطمئنان عليه[1].

يضاف إلى هاتين الصفتين صفة ثالثة غير منصوص عليها في المادة 13من ق.إ.م.إ. وهي أن تكون مصلحة المدعي شخصية وتخص حق شخصي متنازع عليه[2] ، حتى وإن لم يدرج في هذه المادة إلا أنه يستخلص من صياغة المادة ذاتها، إذ أن عبارة " له مصلحة " دليل على اشتراط مصلحة شخصية ومباشرة بمعنى يكون المدعي هو صاحب الحق المراد حمايته، إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت ما عدا حالة التمثيل.

3- الإذن:

هو توكيل أو تفويض شخص ليقوم مقام صاحب الحق أمام القضاء في رفع الدعوى. فالإذن يعتبر من شروط قبول الدعوى الواردة ذكرها في المادة 13 من ق.إ.م.إ، فهو من الشروط الخاصة إذ يقتصر على بعض الدعاوى، حيث يجب أن ينص القانون على ضرورة استحضاره لرفع الدعوى، وفي حالة اشتراطه يصبح من النظام العام ويجوز للقاضي في حالة انعدامه إثارته تلقائيا طبقا للمادة 03/13 من ق.إ.م.إ[3] ،ومثال الدعاوى التي تشترط الحصول على الإذن ما نصت عليه المادة 88 من ق.أ.ج :"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

---

[1]-ختال ريمة، حمداوي وهيبة ، المرجع السابق ،ص.08.

[2]- GUINCHARD serge ,Droit et Pratique de la Procédure civile ,Dalloz ,Paris,2002,P.06.

[3]- ختال ريمة، حمداوي وهيبة ،المرجع السابق ،ص.09.

2-استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة،

4-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد"[1].

المطلب الثاني: سبب الدّعوى وتقادمها

رفع الدعوى هو مصطلح يفيد قيام الدعوى القضائية أو نشأة الخصومة، بحيث ترفع إلى الجهة القضائية المختصة بناءا على طلب المدعي بعريضة افتتاح الدعوى، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة وأداء الرسم المستحق عليها، ثم تبلغ هذه العريضة إلى المدعى عليها.

وتستعمل الدعوى عن طريق وسائل شرعها القانون لحماية الحقوق، والتي تتمثل في الطلبات و الدفوع، بحيث تعتبر وسائل قانونية مخصصة لتبادل الادعاءات أمام القضاء، فالطلب هو الإجراء الذي يتقدم به المدعي إلى القضاء طالبا الحكم له بما يدعيه، أما الدفع فهو رد الخصم على ادعاء خصمه وذلك لتفادي الحكم له بما يدعيه.وفي نطاق المسؤولية العقدية فإن الدعوى التي يرفعها الطرف المضرور يكون أساسها طلبات هذا الأخير، لذلك فهي تعتبر بمثابة سبب لتلك الدعوى.ويقوم الطرف المسؤول بالرد على تلك الطلبات عن طريق الدفوع والتي تقتصر في هذا المجال على تقادم الدعوى.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول طلبات المدعي أو سبب الدعوى، وفي الفرع الثاني دفوع المدعى عليه أو تقادم الدعوى.

الفرع الأول: طلبات المدّعي (سبب الدّعوى)

[1]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة ،معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 ،المؤرخ في 27 فيفري 2005 ،ج.ر ،عدد 15 ،لسنة 2005.

مفهوم السّبب لم يرد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن هناك تعريفات فقهية مختلفة بشأنه، فبالنّسبة للبعض مفهوم السبّب يشكّل مفهوماً قانونيا،وهذه النّظرية تسمح بتأسيس الطّلب على قاعدة قانونية،وما يدعم هذه النظرية ما جاء في نصّ المادّة 343 من ق.إ.م.إ التي نصّت على ما يلي:"لا تعتبر طلبات جديدة، الطّلبات المرتبطة مباشرة بالطّلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض حتّى ولو كان أساسها القانوني مغايرًا"[1].

وعلى خلاف هذا نجد نظريّة أخرى تعرّف السّبب بأنّه مجموع الوقائع التي يؤسّس عليها الادّعاء، غير أنّه من النّادر أن يكتفي الادّعاء بعرض الوقائع دون التمسّك بالوصف القانوني لهذه الوقائع، وعلى هذا الأساس فإنّ هناك نظرية أخرى اعتبرت أنّ الادّعاء هو مجموعة من الوقائع المولّدة للحقّ المدّعى به.

وعليه يجب التّفرقة بين السبب والوسائل التي يتمسك بها المدّعي في إثبات الوقائع المولّدة للحق، فعندما يتعلّق الأمر بالوسيلة القانونية، يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه أو من طرف الطّاعن لأول مرّة أمام المحكمة العليا، خاصّة إذا تعلقت بالنّظام العام.

أمّا إذا كانت الوسائل متعلّقة بالموضوع أو مزيج بين القانون والوقائع، فيجب عرضها أولا على قضاة الموضوع، ثم تتمّ إثارتها لأول مرّة أمام المحكمة العليا[2].

وبالتالي يمكن القول أنّ طلب المدّعي أو سبب الدعوى هو الإجراء الذي يتقدّم به المدّعي إلى القضاء طالبا الحكم له بما يدّعيه.ويتم تحديد نطاق القضية بالطّلب الأصلي والطلبات العارضة.

[1]– قانون رقم 08–09 ،المتضمن(ق.إ.م.إ) ، مرجع سابق.

[2]–ختال ريمة، حمداوي وهيبة ،المرجع السابق،ص.19.

فالطلب الأصلي هو ذلك المحرّر الذي يقدّم إلى المحكمة والذي به تبدأ الخصومة، وهو الذي يحدّد نطاق الخصومة من حيث موضوعها وسببها وأطرافها، وتقدر قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلي[1].

فالأصل أن تنشأ الخصومة للفصل في طلب قضائي واحد، فلا يجوز بعد بدء الخصومة تغيير عناصرها أو تقديم طلبات جديدة، والهدف من ذلك عدم تعقيد الخصومة بتقديم طلبات بعد بدئها ممّا يؤخّر سيرها، وكذلك الرغبة في عدم مفاجأة الخصم لخصمه بطلبات جديدة[2].

أمّا الطلبات العارضة فيقصد منها الطلبات التي تبدى أثناء النظر في خصومة قائمة، ويكون من شأنها تغيير نطاق الخصومة الأصلية[3]. وتقدّم الطلبات العارضة كأصل عام إلى المحكمة، إما باتّباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بإيداعها شفاهة في الجلسة و إثباتها في محضرها ،بشرط حضور الخصم الآخر.

والمشرّع الجزائري لم يحدّد أنواع الطلبات العارضة بل اكتفى بالنصّ على أنها مجموع الطلبات التي تأتى لتعديل الطلبات الأصلية، وعليه يفهم من نص المادة 25 من ق.إ.م.إ على أنّ الطلبات العارضة على نوعان هي: الطلبات الإضافية والطلبات المقابلة[4].

-الطلبات الإضافية:

فقد عرّفها المشرع الجزائري في المادة 25 ف 3 من ق.إ.م.إ على أنها:"الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية."

[1]-CHRISTOPHE Lefort, Procédure civile,troisième édition,Dalloz,Paris,2009,P.80.

[2]- ختال ريمة؛حمداوي وهيبة، المرجع السابق ،ص.56.

[3]-VINCENT Jean,GUINCHARD Serge,Procédure civile,vingt septième édition,Dalloz,Paris,2003,P.169.

[4]- العيش فضيل ، المرجع السابق ، ص.56.

نستخلص من خلال هذه المادة أن المشرع أعطى لكل من المدّعي والمدّعى عليه الحق في تقديم طلبات إضافية باستخدامه لعبارة "لأحد أطراف النزاع" دون تحديده، مع أن المستقر عليه فقها وقضاءً أن هذه الطلبات تكون من حق المدعي لوحده [1] .

إذا كان الحق المخوّل للمدعي بجواز إبدائه طلبات عارضة إضافية تمكنه من تقديم طلبات تتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تكملته، وذلك حتى يستدرك ما فاته في صحيفة دعواه[2] .

إلا أنه لا يجب ترك الأمر لمحض إرادة المدعي بإبداء ما يريده من طلبات فقد يؤدي إلى عرقلة سير الخصومة، لذلك يجب أن تكون هناك ضوابط تحكم تقديم هذه الطلبات ومنها اشتراط الجمع بين الطلبات الإضافية والخصومة الأصلية.

-الطلبات المقابلة :

يقصد منها الطلبات التي يقدمها المدعى عليه ردّا على طلب المدعي للحصول على حكم في مواجهته، ولقد قيّد المشرع هذه الطلبات بضابط الارتباط كما هو الحال في الطلبات الإضافية باستثناء حالة المقاصة القضائية[3].

وبناء على ما تقدّم، يمكن القول أن سبب الدّعوى هو الحق الذي اعتدي عليه، أما فيما يتعلق بدعوى المسؤولية العقدية فهو الضرر الذي أصاب المضرور، و السبب على هذا النحو لا يختلف باختلاف الوسيلة، ووسيلة المدّعي في الحصول على حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه هي الادعاء بخطأ اقترفه المدّعى عليه . والخطأ قد يكون عقدياً أو تقصيرياً ،والخطأ التقصيري قد يكون واجب الإثبات أو مفترض ، والخطأ المفترض قد يقبل إثبات العكس وقد لا

[1]- حدّادي رشيدة ،الطلبات العارضة والدعاوى الفرعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008) ،ط.03 ،دار هومة ، الجزائر ،2013 ،ص.46.

[2]- ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،المرجع السابق ،ص.57.

[3]- حدّادي رشيدة ، المرجع السابق ،ص.69.

يقبل ذلك . وكافة هذه الأنواع للخطأ تعتبر من قبيل الوسيلة ، ولذا يكون للمدّعي إذا استند إلى وسيلة منها أن يعدل عنها إلى وسيلة أخرى،ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً . كذلك يجوز للقاضي وإن استند المدّعي في دعواه إلى نوع معيّن من الخطأ أن يبني حكمه على نوع آخر دون أن يعتبر بذلك قد قضى بشيء لم يطلبه الخصوم[1] .

وأخيراً، يمكن القول أنّه إذا رفع المدعي دعوى المسؤولية بالاستناد إلى خطأ معين ورفضت الدّعوى فلا يجوز رفعها من جديد بالاستناد إلى خطأ آخر . لأن سبب الدّعوى في الحالتين واحد ، أو بعبارة أخرى أن للحكم الصادر في الدّعوى قوة الشيء المقضي فيه . هذا هو الرأي الراجح في تحديد سبب دعوى المسؤولية ، إلا أن القضاء الفرنسي لا يأخذ به ، بل يذهب إلى أن السبب في دعوى المسؤولية هو النص القانوني الذي يستند إليه المدّعي . وعلى ذلك يعتبر سبب دعوى المسؤولية العقدية مختلفاً عن سبب دعوى المسؤولية التقصيرية، ويختلف السبب باختلاف نوع الخطأ المدّعى به ، بأن كان ثابتاً أو مفترضاً .وينبني على الأخذ بهذا الرأي عكس النتائج التي رتبناها على الرأي الأول ،فلا يجوز للمدعي التمسك بنوع من الخطأ لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ،لأن ذلك يعتبر طلباً جديداً . ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض بناءاً على نوع من الخطأً لم يتمسك به المدعي .

وبالتالي إذا رفعت الدّعوى على أساس نوع من الخطأ و رفضت ، فلا يجوز الحكم بقوة الشيء المقضي فيه بالنسبة إلى باقي أنواع الخطأ ،أي يجوز رفع الدّعوى من جديد على أساس نوع آخر من الخطأ[2] .

الفرع الثاني: دفوع المدعّى عليه(تقادم الدّعوى)

[1]– أنور سلطان ، المرجع السابق ،ص.345.

[2]– دراسات قانونية واقتصادية ،دعوى المسؤولية ، من موقع : sites.google.com/alkhlasa ،آخر زيارة للموقع بتاريخ 2021/06/02 على الساعة 20:35.

يقصد بالدّفوع الوسائل التي يستعين بها الخصم ليجيب على الدعوى المرفوعة عليه، وذلك لتفادي مؤقتا الحكم بما طلبه خصمه، ويشترط في الدفع أن يكون له صلة مباشرة بالدعوى الأصلية دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه[1].

وعليه فإن الدفوع تنقسم إلى ثالثة أنواع:

أولا– الدفوع الموضوعية :

الدفوع الموضوعية هي وسائل توجه مباشرة إلى ذات الحق المدعى به من طرف المدعي، لغرض الحكم رفض طلباته أو بعضها كأن ينكر وجود هذا الحق أو يزعم بسقوطه أو انقضائه[2] . يجوز تقديم هذه الدّفوع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وليس هناك ترتيب خاص فيما بينها، ولا تعتبر تنازلاً عن هذا الدفع تقديم دفع آخر عليه وهذا ما جاء في المادة 48 من ق.إ.م.إ[3] .

كما أن الحكم بقبوله هو حكم في موضوع الدعوى وبهذا الحكم ينتهي النزاع على أصل الحق المدعى به.

ثانيا– الدفوع الشكلية :

عرّف المشرّع الجزائري الدّفوع الشكلية في المادة 49 من ق.إ.م.إ بأنها:"كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها."

يستخلص من هذه المادة أن الدفع الشكلي هو الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به قصد تفادي الحكم مؤقتا في الموضوع لذا يجب إثارتها في آن واحد وقبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو الدفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول.

وتتمثل أنواع الدفوع الشكلية فيما يلي:

[1]– صادق حيدر ،شرح قانون المرافعات المدنية(دراسة مقارنة) ،د.ط ،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2011 ،ص.147.

[2]– ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،المرجع السابق ،ص.58.

[3] - انظر المادة 48 من قانون رقم 08-09 المتضمن (ق.إ.م.إ)، مرجع سابق.

أ- الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي :

يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها طبقا لقواعد الاختصاص ، ويجب على الخصم الذي يثير هذا الدفع تسبيب طلبه، وتعيين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها .

يفصل القاضي طبقا للمادة من 52 ق.إ.م.إ بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، ويمكنه عند الاقتضاء، أن يفصل في نفس الحكم مع موضوع النزاع وذلك بعد إخطار الخصوم مسبقا لتقديم طلباتهم في الموضوع[1].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع الدفع بعدم الاختصاص النوعي ضمن الدفوع الشكلية، إلا أنه اعتبره من النظام العام وفقا للمادة 36 من ق.إ.م.إ[2] .

يتحقق عدم الاختصاص النوعي في حالة عدم صلاحية المحكمة بالنظر في الدعوى نظرا إلى نوعها،ويمكن إثارته من كل ذي مصلحة سواء كان مدّعيا أو مدعّى عليه، أو النيابة العامة، كما يمكن أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[3] .

ب- الدفع بالإحالة :

يقصد بها منع المحكمة من الفصل في الدعوى المطروحة عليها و إحالتها إلى محكمة أخرى لعرض النزاع أمام هذه المحكمة، أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة به[4] .

ويتم الدفع بالإحالة في صورتين مختلفتين وهما:

---

[1]- ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،المرجع السابق ،ص.59.

[2]- انظر المادة 36 من قانون رقم 08-09 ،المتضمن(ق.إ.م.إ) ،مرجع سابق.

[3]- ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،نفس المرجع ،ص.59

[4]- مثال ذلك:أن يتوفى المدّعي أثناء سير الخصومة ، فيرفع الدعوى ورثته أمام محكمة أخرى لعدم علمهم بقيام النزاع أمام المحكمة الأولى.

1- الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع :

هو الحالة التي يتم فيها طرح نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين من نفس الدرجة وفي وقت واحد وهذا ما نصت عليه المادة 53 من ق.إ.م.إ .ولقبول هذا الدفع يجب أن تشكل القضيتان دعوى واحدة، و أن تقام الدعوى فعليا أمام محكمتين مختلفتين وفي نفس الوقت، فلا مجال للإحالة إذا كانت إحدى الخصومتين قد انقضت بالفصل في موضوعها أو انقضت بغير حكم مثلا سقوطها أو تركها[1] .

2- الدفع بالإحالة للارتباط :

عرّفته المادة 05 من ق.إ.م.إ على أنه:"تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة والتي تستلزم حسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا.

ومن شروط الدفع بالإحالة للارتباط ما يلي:

- أن تكون المحكمتين تابعتين لجهة القضاء العادي.

- أن تكون المحكمتين من درجة واحدة.

- أن المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى المطلوب إحالتها[2] .

ج- الدفع بإرجاء الفصل :

يعد الدفع بإرجاء الفصل دفعا شكليا ويهدف إلى وقف الخصومة، لذلك خول المشرع في المادة 59 من ق.إ.م.إ للخصوم حق طلب إرجاء الفصل في الخصومة ويكون القاضي ملزما بالاستجابة لهذا الطلب، كما هو الحال إذا تعلق الأمر بالفصل في القضية بقضية أخرى، أو وجد

[1]- ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،المرجع السابق ،ص.60.

[2]- قانون رقم 08-09 ، المتضمن(ق.إ.م.إ) ،المرجع السابق.

نزاع أمام جهة قضائية أخرى له علاقة بنفس الموضوع المطروح أمام القاضي، أو لإحضار وثائق لها تأثير على القضية .

د- الدفع بالبطلان :

البطلان هو الحالة التي تلحق بالورقة المعيبة نتيجة عدم استيفائها لشروطها والقواعد التي قررها القانون.

يشترط القانون طبقا للمادة 60 من ق.إ.م.إ أن يكون بطلان الأعمال الإجرائية بنص قانوني مع إثبات الخصم الذي أثاره الضرر الذي لحقه ويقدمه قبل أي دفاع في الموضوع عملا بنص المادة 61 من ق.إ.م.إ.

لقد حدد المشرع الجزائري حالات الدفع بالبطلان المقررة لمصلحة الخصوم والتي تتمثل في: البطلان الناتج عن مخالفة البيانات الواجب توفرها في محضر التكليف بالحضور المنصوص عليه في المادة 19 من ق.إ.م.إ، أو مخالفة البيانات الواجب توفرها في محضر التبليغ الرسمي المنصوص عليه في المادة 407 من ق.إ.م.إ، وفي هذه الحالة يسمى هذا البطلان بالبطلان النسبي كون أنه يمكن تصحيح هذا الإجراء[1] .

أما الحالات التي يكون فيها البطلان مطلق فلقد حددها المشرع على سبيل الحصر في المادة 64 من ق.إ.م.إ، وهي انعدام الأهلية للخصوم، أو انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

ثالثا- الدفع بعدم القبول :

[1]- ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،المرجع السابق ،ص.ص.60-61.

الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى إنكار طلب الخصم بسبب عدم توافر الشروط اللازمة لرفع الدعوى .

يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال إجراءات الخصومة وزوال كل الآثار القانونية المترتبة على قيامها، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى وكأنها لم تكن بكل ما كان لها من أثر .

هذا الدفع له طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية تجعل له مركز وسط بينهما، فهو في بعض الحالات يتفق مع الدفوع الموضوعية فيما يختلف مع الدفوع الشكلية، وفي حالات أخرى يتفق مع هذه الأخيرة ويختلف مع الدفوع الموضوعية[1] .

هذا فيما يخص تعريف الدفوع و تحديد أنواعها المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أمّا في نطاق المسؤولية المدنية وبالتحديد المسؤولية العقدية، يدفع المدّعى عليه دعوى المسؤولية بأحد أمرين:

– إما أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها ، فيدعي أن ركنا من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو علاقة السببية.

– وإما أن يعترف بأن المسؤولية قامت ،ولكن يرى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام[2] .

[1]– ختال ريمة؛حمداوي وهيبة ،نفس المرجع ،ص.61.

[2]– دراسات قانونية واقتصادية ،دعوى المسؤولية ، من موقع : sites.google.com/alkhlasa ،آخر زيارة للموقع بتاريخ 2021/06/02 على الساعة 22:15.

وعلى ذلك من الدفوع التي يلجأ إليها المدعي عليه للتخلص من التزامه بالتعويض الدفع بتقادم دعوى المسؤولية . وقد استحدث المشرع في التقنين المدني الحالي حكما هاما في هذا الموضوع ،إذ بعد أن كانت هذه الدعوى في القانون المدني السابق تعتمد من حيث مدة التقادم المبدأ العام في تقادم الدعوى والحقوق وهو خمسة عشر سنة ، أصبحت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات، وفي ذلك نصت المادة 172 من ق.م على أنّه: " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه .

وتسقط هذه الدعوى في كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقع العمل غير المشروع . على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ".

والظاهر من هذا النص أنه يجب التفرقة فيما يتعلق بتقادم دعوى المسؤولية بين ما إذا كان العمل غير المشروع يعتبر خطأ مدنيا أم خطأ جنائيا .

فإذا كان العمل غير المشروع يعتبر خطأ مدنيا فقط ، فإن دعوى المسؤولية تتقادم بأقصر المدتين ، ثلاث سنوات أو خمسة عشر سنة .فهي تتقادم بمضي ثلاث سنوات لا من يوم وقوع الضرر بل من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ،وتتقادم بمضي خمسة عشر سنة إذا لم يعلم بهاذين الأمرين معاً ، من يوم وقوع الضرر . وقد يحدث وهذا فرض نادر الحصول أن تكون مدة الخمسة عشر سنة أقصر من مدة ثلاث سنوات ، كما لو لم يعلم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسؤول إلا بعد انقضاء ثلاثة عشر سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع ، إذ تكون مدة الخمسة عشر سنة وهي تسري من يوم وقوع الضرر أقصر من مدة ثلاث سنوات التي تسري من يوم علم المضرور بحدوث الضرر و بالشخص المسؤول عنه .

وإذا كان العمل غير المشروع يعتبر خطأ جنائياً، كجريمة قتل مثلاً فإنه ينشأ بجانب الدعوى المدنية دعوى جنائية. وإذا كانت الدعوى الأولى تتقادم بأقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمسة عشر سنة فإن الدعوى الثانية لا تتقادم إلا بعد عشر سنوات[1] .

وتذهب النظرية التقليدية إلى أن الالتزام بتعويض الضرر ينشأ مباشرة من العمل غير المشروع ويكتمل وجوده بمجرد اكتمال عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية.فإذا رفع الأمر إلى القضاء وصدر حكم من القاضي بإلزام المسؤول بالتعويض، فإن هذا الحكم لا ينشأ الحكم الحق في التعويض ولكنه يكشف عنه فقط فهو كاشف غير منشئ.

ويترتب على اعتبار أن الالتزام بالتعويض قد نشأ من وقت اكتمال عناصر المسؤولية، أن حق المضرور يوجد من هذا الوقت . وبالتالي فإن دعواه تبدأ بالتقادم من هذا التاريخ، وكذلك يجوز له أن يتصرف في حقه بحوالته إلى الغير منذ وقوع الضرر[2] .

[1]– أنور سلطان ،المرجع السابق ،ص.ص.346–347.

[2]– دراسات قانونية واقتصادية ،دعوى المسؤولية ، من موقع : sites.google.com/alkhlasa ،آخر زيارة للموقع بتاريخ 2021/06/03 على الساعة 23:05.

المبحث الثاني: التعويض

الأصل و المبدأ أن يتمّ تنفيذ العقد عينا بأداء الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان، إذ يترتب للدائن بموجب هذا العقد حق مكتسب في حصول التنفيذ العيني للالتزام المتفق عليه، وهو ما نصت عليه المادة 160 مدني جزائري بقولها:"المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد فيه..."وما نصت عليه المادة 164 مدني بقولها:"يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا".

و لكن قد يحصل ألّا يتم التنفيذ عينا لسبب من الأسباب، فيترتب على المدين تعويض الدائن عن الأضرار التي لحقت به من جرّاء عدم التنفيذ، كما قد يحصل تأخير في التنفيذ فيستحق الدائن تعويضا عن الضرر الناتج عن هذا التأخير.

والتعويض قد يحدد بموجب الاتفاق أو بنص القانون أو بحكم من القضاء في حالة عدم النص عليه اتفاقا أو قانونا، وعليه للتعويض ثلاثة مصادر:إما أن يكون اتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا[1].

وتبعا لما ذكرنا، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين، نخصص المطلب الأول لدراسة ماهية التعويض عن الضرر،أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة تقدير التعويض.

[1]– زهدور كوثر ،الوجيز في الأحكام العامة في المسؤولية المدنية طبقا للتشريع الجزائري ،دار الغرب للنشر والتوزيع ،وهران،الجزائر ، د.س.ن ،ص.181.

المطلب الأول: ماهية التعويض عن الضرر

إنّ التعويض يعتبر الأثر الأول والأهم لثبوت مسؤولية أي شخص،والذي يتم به جبر ما أصاب الآخرين من ضرر.ولقد حصر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 182 مدني التعويض في الخسارة التي تلحق بالمضرور والكسب الذي يفوته باعتبارهما عنصرا التعويض. غير أنّه حتى يمكن الحكم بتعويض المضرور وإزالة ما أصابه من ضرر بسبب تخلّف المسؤول عن تنفيذ التزامه عينا على الوجه المطلوب، أو بتأخره في القيام بالتنفيذ، أو إخلاله بواجب عام مفروض على الكافة، ينبغي أن تتوافر شروط معينة، ومتى توافرت هذه الشروط تولى القاضي تقدير التعويض محددا طريقته ومقداره.حيث أنّ المشرع الجزائري منح للقاضي من خلال المادة 132 مدني سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر،وأجاز أن يتخذ التعويض شكل تعويض عيني، أو تعويض بمقابل سواء كان تعويضا نقديا أو غير نقدي، وإن كان في الغالب يقدّر بمبلغ من النقود.

وعليه، سيقسّم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يتم فيه تعريف التعويض وتحديد عناصره، أما الفرع الثاني فيتم فيه تناول كل من الأركان الموضوعية العامة والخاصة الواجبة التوافر حتى يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض، ثم تحديد طرق وأنواع هذا الأخير.

الفرع الأول:مفهوم التعويض عن الضرر و عناصره

إن التعويض عن الضرر بمعناه الحديث لم يكن هو جزاء المسؤولية المدنية ،و إنما كانت العقوبة هي الجزاء الرادع في كل من المسؤولية المدنية والجنائية،فقد كان توقيع العقاب أمر متروك للمجني عليه أو ذويه،ولم يجد التعويض بمعناه الحديث مكانه إلا بانفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية،وبالتالي أصبحت الوظيفة الوحيدة للتعويض هي جبر الضرر وحسب .وتحددت أحكامه وعناصره بما يتناسب مع هذا الهدف وهذا في مجال المسؤولية المدنية،ثم ظهر نقاش فقهي

حول ازدواجية المسؤولية المدنية (مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية) أو وحدتها،وهنا تظهر أهمية تحديد مفهوم التعويض ،وقد حاولنا التعرّف في هـ ذا المبحث على تعريف التعويض وكذا العناصر المكونة له وذلك باعتباره جزاء للمسؤولية العقدية بما يتناسب مع هدفه الأساسي وهو جبر الضرر .

أولا: مفهوم التعويض

لإعطاء تعريف للتعويض ،لابد من تحديد معناه لغة ،وكذا لابد من معرفة ما أورده الفقه من تعاريف،ثم تمييزه عما يتشابه معه من أنظمة قانونية،وذلك بغية الوصول إلى تحديد شامل وكامل لكل عناصره.

أ-تعريف التعويض

يتطّلب تعريف التعويض تحديد معناه من الناحية اللغوية،ثم تبيان مجموع التّعاريف الفقهية.

1-التعويض لغة:

التعويض في اللّغة ،بمعنى البدل والخلف [1]،أي العوض ،وجمعه أعراض،وعاضه بكذا عوضا أعطاه إياه بدل ما ذهب منه ،فهو عائض واعتاض منه أخذ العوض ، واعتاض فلانا س أله العوض[2].

وكمثال آخر للشرح يقال أخذت الكتاب عوضا عن مالي ،أي بدلا منه و أعاضه وعوّضه تعويضا،وعاوضه أي أعطاه العوض أي البدل،فلعاضه فلان من كذا أي أعطاه عوضا أي بدلا وخلفا واعتاضني فلان إذا جاء طالبا العوض[3].

2-التعويض فقهًا:

[1]- الفيروز الأبادي ،القاموس المحيط ، الجزء الثاني ،مطبعة مصطفى البابي ، مصر ،1952 ،ص.350.

[2]- أشواق الدهيمي ،أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية ،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، قسم القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر ،باتنة ،2014/2013،ص.08.

[3]- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة) ،طبعة 1999،ص.37.

إن المشرّع كما هو معروف ليس من وظيفته إعطاء تعريف للمصطلحات ، وإنّما يعتبر هذا من اختصاص فقهاء القانون.

فاقتصرت النصوص القانونية على الإشارة للتعويض كجزاء للمسؤولية المدنية،وكذا بيان مداه والوسائل التي يمكن للدائن من خلالها مطالبة المدين به ، وإذا أمعنّا النّظر في نص المادة 124 مدني،نجد أنها تنصّ على الأثر المترتّب عن ارتكاب شخص لخطأ ويسبّب ضررًا للغير ،وهذا الأثر هو الالتزام بالتعويض .وبالتالي نجد الفقه قد تعمّق في إيراد تعاريف متعدّدة للتعويض ،كل تعريف منها ينظر له من جهة، وأهمّ هذه التّعاريف:

التعويض مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذّ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النيّة والثقة المتبادلة بين الناس[1].

ويتّضح من خلال هذا التعريف أنه ركزّ على جانب واحد من جوانب التعويض وذلك على اعتبار أن التعويض هو مبلغ من النقود .غير أنّ هناك أوجه أخرى للتعويض،فقد يكون هذا الأخير عينًا و بمقابل غير نقدي،فهو ليس بالضرورة أن يتخذ صورة النقد.

وهناك من عرّف التعويض بـأنه:"حق مدني يتعلق بالمتضرّر بذمة المحكوم عليه ، ولا يحكم به إلا بناءً على طلب من صاحب الحق".[2]

وهناك من عرّفه بـأنه"وسيلة لإصلاح الضرر ، وعلى وجه التحديد يقصد به الإصلاح وليس المحو التّام والفعلي للضّرر الذي وقع".[3]

---

[1]– حسن علي الذنّون ،النظرية العامة للالتزامات–أحكام الالتزام– ،طبعة 1976 ،مطبعة الجامعة ،المستنصرية ،ص.348.

[2]– حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص. 39.

[3]– سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية –دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية–، طبعة 2004، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،ص.15.

يلاحظ أن كل التعاريف السابقة لم تكن شاملة للتعويض من كل جوانبه ،بحيث كل تعريف ركّز على جانب دون الآخر ؛ وإذا أردنا أن نعطي تعريف واضح للتعويض ؛ فإنه لابد أن نجمع بين كل التعاريف السابقة ، فنقول أن التعويض هو :حقّ للدائن يثبت له بمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه،وبالتالي فبصورة مقابلة ؛ وباعتبار التعويض حقّ للدائن ،فهو يشكّل التزامًا في جهة المدين،وهذا التعويض قد يتّخذ صورة النقد أو أي بدل آخر معادل للمنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه.

وبالتالي فإن التعويض هو حقّ للدائن والتزام للمدين ؛ يثبتان في ذمّتهما عند الإخلال بالالتزام، ويكون هذا الأخير إما نقدًا وإما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام.

إنّ تعريف التعويض باعتباره حقّا ،يوجب مقارنته ببعض الحقوق الأخرى ،وبالتالي يستلزم الأمر البحث في طبيعة التعويض.

2-تمييز التعويض عن المفاهيم المشابهة له:

إن التعويض كجزاء للمسؤولية العقدية هو جزاء مدني لا يهدف إلى معاقبة المدين بل إلى إصلاح الضرر ومحوه قدر الإمكان .ولغرض الوقوف بصورة واضحة على طبيعة التعويض ، فإنه من الملائم مقارنته ببعض الأوضاع القانونية التي تحمل طبيعة قد تتشابه أو تتقارب مع طبيعة التعويض.

أ-تمييز التعويض عن الغرامة المدنية:

"الغرامة المدنية تفرض على الأفراد نتيجة مخالفتهم لما يترتب في ذمّتهم من التزامات مالية تّجاه الدولة،أو أحد أجهزتها كالالتزام بدفع الرسوم والضرائب أو الغرامات التأخيرية، ويكون الغرض من فرضها ضمان حسن سير المرافق العامة،ولا يشترط لفرضها إثبات الضرر من قبل الجهة التي

تتولى فرضها على الأفراد ، لعدم تنفيذهم تلك الالتزامات المالية ،ويتم استحصالها دون الحاجة لإصدار حكم،فهي لا تعدّ تعويضًا عن ضرر ". كما وأن الغرامة المدنية تؤدّى للخزينة العمومية ، بينما التعويض يكون للمتضرّر وليس للخزينة العامة[1].

ب–تمييز التعويض المدني عن الغرامة التّهديدية:

الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ من النقود يحكم به على المدين عن كل وحدة زمنية (يوم،أسبوع،شهر...) أو عن كل مرة يخلّ فيها بالتنفيذ، فهي لا تخرج عن كونها وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ عينا. [2] فهي إذن طريقة من طرق التنفيذ التي رسمها القانون وحصر نطاقها بالنسبة للالتزامات التي يستلزم الوفاء بها تدخل المدين شخصيا.والغرامة التهديدية لا تعدّ تعويضًا عن الضرر ،لذا لا يشترط للحكم بها إثبات هذا الضرر"وإذا كانت الغرامة التهديدية تختلف عن التعويض حيث أنها لا ترتبط بوجود أو عدم وجود ضرر ،فإن الحكم فيها لا يجب فيه التّسبيب بخلاف الحكم بالتعويض، فإنه حكم واجب التسبيب ،أي يلزم القاضي فيه أن يبيّن الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم".[3] أي ذكر الأسباب القانونية والواقعية للحكم.

من خلال تمييز التعويض عن غيره من الأوضاع القانونية المشابهة له ،يمكن القول أن التعويض نظام قانوني قائم بذاته ،فهو جزاء مدني محض لا يهدف إلى معاقبة المدين؛ بل إلى إصلاح الضرر ،ومناط الحكم به هو مقدار الضرر الحاصل ولا علاقة له بجسامة الخطأ .الأمر الذي يستلزم تمييزه عن الغرامة المدنية، والتي تفرض على بعض الأشخاص لغرض ضمان حسن سير المرافق العامة،وكذلك تمييزه عن الغرامة والتي تفرض على المدين لغرض إكراهه وجبره على تنفيذ التزامه وهي الغرامة التهديدية أو الإكراه المالي.

[1]– أشواق الدهيمي ،المرجع السابق ،ص.16.

[2]– عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، أحكام الالتزام، مطبعة الزهراء ، بغداد، 1970، ص. 68.

[3]– عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، سنة 1977، ص. 23.

ثانيا:عناصر التعويض عن الضرر

إن التعويض لا ضرورة للحكم به ،إذا لم يكن يحقّق الغاية المبتغاة من فرضه ،وهي جبر الضرر ومحوه قدر الإمكان ،ومن الطبيعي أن تلك الغاية لا تتحقّق إلا إذا كان التعويض شاملا لكل ما أصاب الدائن من خسارة أو ما فاته من كسب.

و بالتالي فإن التعويض عن الضرر يتحلّل إلى عنصرين هما الخسارة اللاحقة بالدائن والكسب الفائت.

أ-العنصر الأول:ما لحق الدائن من خسارة

يدخل في مفهوم الخسارة ،تفويت صفقة تجارية توقّع الدائن أنها رابحة ،وكان توقّعه مبنيًا على أسباب معقولة ،فلو تعهّد ناقل بأن ينقل شخص إلى مكان ما للاشتراك في مزايدة لإبرام صفقة تجارية،ونتيجة لعدم تنفيذ الناقل لتعهده أو التأخر في تنفيذه ،ترتّب حرمان الراكب من الاشتراك في المزايدة فيكون بذلك قد تضرّر بسبب ما لحقه من خسارة نتيجة مصاريف النقل ؛وكذا ما أنفقه على إجراءات الاشتراك في المزايدة،وما كان يتوقعه من ربح لو رست تلك المزايدة عليه.

وبالرجوع إلى نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:"ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ،بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به ،ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشًّا أو خطأ جسيمًا إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

من خلال نص المادة، فإنه لتحديد الخسارة التي لحقت الدائن والتي يلتزم المدين بتعويضها ، لابدّ من التمييز بين حالتين:

-في مجال المسؤولية العقدية ،يلزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر متوقّع، بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو التأخر فيه ، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المدين أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

-في مجال المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية الناتجة عن غش المدين أو خطئه الجسيم ، يلزم هنا المدين بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر متوقّع أو غير متوقّع، بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه[1].

العنصر الثاني:ما فات الدائن من كسب

يدخل في مفهوم الكسب الفائت مجرد التأخر في استيفاء المنفعة ،فمثلا لو عهد شخص يملك أرضا إلى مقاول لبناء فندق سياحي عليها لغرض استثماره ،إلاّ أن المقاول لم يقم بتنفيذ العمل أو التأخر في تسليم البناء عن الموعد المتفق عليه ،فأدّى ذلك إلى تضرّر صاحب الأرض(رب العمل) وضرره يتمثّل فيما فاته من ربح كان من الممكن أن يحصل عليه لو أتمّ المقاول العمل في موعده من خلال استثماره للفندق واستقبال النزلاء. وبالتالي على القاضي أثناء تحديده لقيمة التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن مراعاة ما فات هذا الأخير من كسب مالي نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه.[2]

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض وأنواعه

بعد التعرّف على التعويض من حيث اللّغة والقانون وكذا العناصر اللازم مراعاتها عند تقديره، نجد أنفسنا أمام الإشكال القائل:ما هي أنواع التعويض وما هي شروط استحقاقه؟

[1]- أشواق الدهيمي ،المرجع السابق ،ص.ص.19-21.

[2]- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، المرجع السابق ،ص.77.

ذلك أنه لا يحكم بالتعويض لمجرد حدوث الضرر فلابد من توافر جملة من الشروط الموضوعية والشكلية،كما أن للتعويض أنواع لابد من مراعاتها عند إصدار الحكم،وذلك من أجل جبر الضرر قدر الإمكان من خلال اختيار التعويض الأنسب للمتضرّر في المسؤولية العقدية.

أولا–شروط استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية:

إن التعويض كجزاء لتحقق مسؤولية المدين المخلّ بتنفيذ التزامه لا يحكم به لمجرد رفع دعوى المطالبة به من قبل الدائن،فلابد أن يتأكد القاضي من توافر جملة من الشروط وهو يتولّى النظر في تلك الدعوى.

وشروط استحقاق التعويض منها ما يتعلق بأركان المسؤولية العقدية عمومًا،من خطأ وضرر وعلاقة سببية،والتي تندرج ضمن الشروط الموضوعية للتعويض، ومنها ما يتعلق بطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية بحيث يشترط توافر الإعذار، وعدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية العقدية ونضمن هذه الأخيرة في الشروط الشكلية.

أ–الشروط الموضوعية لاستحقاق التعويض:

إن التعويض عن الضرر في المسؤولية، لا يكون مستحقّا كما سبقت الإشارة إلا إذا توافرت شروطه، ومن البديهيّ أن تكون هذه الشروط هي نفسها أركان المسؤولية العقدية، ذلك أنه إذا لم تقم المسؤولية العقدية فلا نكون أمام مسالة التعويض،والمسؤولية العقدية لا تقوم إلا بوقوع إخلال بالتزام عقدي،هذا الأخير الذي يسبّب ضررًا للدائن بوجود علاقة سببية بينهما ممّا يستوجب التعويض عن الضرر.

1–الخطأ العقدي :

يعد الخطأ (الإخلال بتنفيذ التزام عقدي)شرطاً ضرورياً لاستحقاق التعويض؛والإخلال المقصود هنا هو الإخلال بمعناه الواسع،"ذلك أن المتعاقد يسأل عن إخلاله الشخصي بالعقد، فتقوم

المسؤولية العقدية هنا عن الخطأ الشخصي إذا ما توافرت بقية الأركان، كما أنه قد يسأل عن خطأ الغير أو عن الأشياء التي تحت حراسته.ولغرض دراسة الخطأ العقدي؛ فإننا نتناول العناصر التالية:

1-1-تعريف الخطأ العقدي:

لا شكّ أن هناك بعض الصعوبات التي تكتنف تحديد المقصود بالخطأ العقدي، نظراً لما أحاط فكرة الخطأ في حد ذاته من غموض [1]، كما أن ارتباط تلك الفكرة بفكرة الأخلاق جعلها غير محددة،لأن فكرة الأخلاق يحوزوها التحديد و الضبط ،الأمر الذي انعكس على فكرة الخطأ ،إلا أن ذلك لا يعني استحالة إعطاء تعريف للخطأ خاصةً في نطاق المسؤولية العقدية، ذلك أن تحديده في المسؤولية العقدية أيسر من تحديده في المسؤولية التقصيرية.

وقد طرحت تعاريف متعدّدة للخطأ؛ فقد عرّفه جانب من الفقه بأنه :"عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه".[2]

بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار الخطأ العقدي هو الإخلال بالالتزام .

أما الأستاذ سافاتييه ، فقد عرّف الخطأ بأنه إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخلّ أن يتبيّنه .[3]

ويتبيّن من خلال ما سبق، أن التعريف الذي أورد عبارة الإخلال هو أشمل تعريف للخطأ العقدي، إذ أنه عند القول أن الخطأ العقدي هو الإخلال بالتزام عقدي، فإنه بذلك يتم إعطاء تعريف كامل للخطأ يشمل كل صور الخطأ العقدي، سواءًا كان لعدم التنفيذ؛ أو التأخر فيه ؛ أو التنفيذ المعيب.

---

[1]- شريف عمار ،التعويض عن الإخلال بالعقد ،التطبيق العملي للمسؤولية المدنية ،طبعة 2008، دار الفكر والقانون ،المنصورة ،ص.232.

[2]- محمد حسنين، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،1983 ،ص.100.

[3]- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،المرجع السابق ،ص.100.

1-2-معيار الخطأ العقدي:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 172 من القانون المدني على أنه:"في الالتزام بعمل،إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخّى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفّى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينصّ القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشّه أو خطئه الجسيم".

ويتّضح من خلال نص المادة السّالفة الذكر أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الرجل المعتاد وهي النظرية الحديثة،التي تحدّد مقدار العناية الواجب على المدين بذلها بالنسبة للحالات التي أغفلت وضع معيار للخطأ الذي تترتب عليه المسؤولية العقدية و بالتالي التعويض.[1]

وعلى ضوء ما تقدّم، يمكن القول أنه إذا كان التزام المدين ببذل عناية، فإنه يكون قد أخلّ بالتزامه إذا لم يبذل العناية المطلوبة، أما إذا كان التزامه بتحقيق نتيجة، فيكون أخلّ بالتزامه إذا لم يحقق النتيجة المرجوّة، ولا يسمح للمدين في هذه الحالة الأخيرة أن يثبت بذل العناية اللازمة، لأنه مطالب بتحقيق نتيجة لا بذل عناية.

فالخطأ(الإخلال بتنفيذ الالتزام) يتحقق إذن وفقاً للمعيار التالي: عدم تحقيق النتيجة في الالتزام بتحقيق نتيجة، وعدم بذل العناية اللازمة قي الالتزام ببذل عناية.

2-الضرر:

لما كانت الغاية من التعويض هي جبر الضرر و إزالته، لهذا لا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه من أجل الحكم عليه بالتعويض، فلابد أن يترتب عن هذا الإخلال ضرر يصيب

[1]- حسين عامر ،القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الأولى ،القاهرة، 1949 ، ص.163.

الدائن ، فالضرر هو ركن أساسي من أركان المسؤولية ،ونظراً لأهمية الضرر كشرط لاستحقاق التعويض، فسيتم تناوله وفقاً للعناصر التالية:

2-1-تعريف الضرر:

الضرر لغةً معناه:"عدم النفع، والشدّة والضيق وسوء الحال، و النقص في الأموال والأنفس".[1]

ويعرّف قانوناً بأنه"عبارة عن أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له ، سواءً كان ذلك الحقّ أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن".[2]

2-2-شروط الضرر القابل للتعويض:

السؤال المطروح هنا ، هل كل ضرر يوجب التعويض؟ ونقول هنا أنه في المسؤولية العقدية لا تستوجب تعويض كل ضرر، و إنما لهذا الأخير شروطاً محددة يجب توافرها حتى يتم التعويض عنه، وتتمثل هذه الشروط في:

-أن يكون الضرر مباشراً ومتوقعاً.

-أن يكون الضرر محققاً.

-ألاّ يكون الضرر قد سبق تعويضه .

-أن يكون الضرر قد أصاب المتضرّر شخصيّاً.[3]

3-علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر:

[1]- الفيروز الأبادي ، المرجع السابق ،ص.77.

[2]- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، المرجع السابق ،ص.106.

[3]- أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.ص.47-53.

لا يكفي أن يقع خطأ من المدين و أن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية لاستحقاق التعويض، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر،وهذا هو المقصود بعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، باعتبارها ركنا من أركان المسؤولية العقدية، و المشرع لم يلق على الدائن عبء إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، بل افترض أن الضرر راجع إلى الخطأ و على المدين إذا كان يدّعي عكس ذلك أن يقوم بنفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر[1].حيث جاء في نض المادة 176 من قانون المدني:" إذا استحال على المدين أن ينفّذ الالتزام عينًا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخّر المدين في تنفيذ التزامه".

فالمدين ينفي علاقة السببية إذا أثبت أنّ استحالة التنفيذ أو التأخّر فيه نشأ عن سبب لا يد له فيه،أي راجع لسبب أجنبي أو التأخّر فيه.

والسبب الأجنبي، يتخذ ثلاثة صور، فقد يكون الضرر حاصلا بسبب القوة القاهرة أو ناتجًا عن فعل الدائن نفسه أو عن فعل الغير [2].فعلاقة السببية هي معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر.

ب-الشروط الشكلية لاستحقاق التعويض:

بالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر،والتي يجب توافرها من أجل استحقاق التعويض،والتي تتعلق بأركان المسؤولية العقدية،فإنه لابد من توافر شروط خاصة أخرى حتى نقول أن التعويض مستحقّ في المسؤولية العقدية،وهذه الشروط متعلّقة بطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية،وهي شرطان:أولهما الإعذار،والثاني هو عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

[1]- شريف الطباخ ، التعويض في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء الفقه و القضاء ، دار الفكر والقانون ،المنصورة ،2008 ،ص.631.

[2]- زهدور كوثر ،المرجع السابق ،ص.177.

1-الإعذار كشرط لاستحقاق التعويض(إعذار المدين):

الإعذار عمل إيجابي يصدر من الدائن ويعبر فيه عن رغبته بضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه وإلا كان مسؤولا عن ذلك،ويتخذ هذا العمل شكلا يبينه القانون.[1]

فالإعذار كقاعدة عامة شرط لقيام المسؤولية والمطالبة بالتعويض،وهذا يعني أنه لا إلزام على المدين في دفع التعويض إلى الدائن المتضرر،ما لم يقم هذا الأخير بإعذار الأول بالوفاء بما ترتب في ذمته من تعويض نجم عن تحقق مسؤوليته العقدية،وذلك ما نصّت عليه المادة 179 من القانون المدني:"لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين،ما لم يوجد نص مخالف لذلك".[2]

فمن خلال هذا النص،جعل المشرع الجزائري التعويض غير مستحق إلا بعد قيام الدائن بإعذار المدين، وبالتالي فالإعذار شرط أساسي لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية.

2-عدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية:

تقوم المسؤولية العقدية بمجرد اكتمال أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية،وبمجرد توافر هذه الأركان يتم الحكم بالتعويض،غير أنه قد يتم إعفاء المدين من المسؤولية بناءً على اتفاق الطرفين،ذلك أن العقد كما هو معروف ينشأ عن الإرادة،فتكون الإرادة هي أساس المسؤولية،ولهذا يكون هناك في الأصل حرية تعديل أحكام المسؤولية العقدية إما بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء،غير أن هذا التعديل لا يكون مطلقا بحيث يظل المدين مسؤولا عن غشه وخطئه الجسيم،إلا أن المتعاقد قد يعفي نفسه من الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من الغير الذين يستخدمهم لتنفيذ التزامه،وهو ما جاء في المادة 178 من القانون المدني[3].

---

[1]- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، المرجع السابق ،ص.ص.93-94.

[2]- شريف الطباخ ،المرجع السابق ،ص.299.

[3]- أشواق الدهيمي ،المرجع السابق ،ص.65.

وبالتالي كما سبقت الإشارة وباعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فيمكن للطرفين الاتفاق على إعفاء المدين أي مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي، بشرط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالف للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي يصبح التعويض غير مستحق في هذه الحالة.غير انه لا يمكن الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن غشه أو خطئه الجسيم ، باستثناء إذا كان هذا الغش أو الخطأ الجسيم يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.[1]

ثانيا–أنواع التعويض:

إذا ما ثبتت المسؤولية العقدية في حق مرتكب الخطأ يبقى الحكم بالتعويض الذي يأخذ إحدى الصورتين:

–الحكم برد الحال إلى ما كانت عليه،أي أن يتمّ تقرير الإجراءات التي من شانها رد المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقترف الخطأ أو الإخلال بالتنفيذ،وبالتالي يتم ردّ العين المغصوبة إلى صاحبها،أو إبدال العين التالفة أو المعيبة بأخرى سالمة وصحيحة،وهكذا لا يبقى من الإخلال بالتنفيذ أو ارتكاب الخطأ سوى الذكرى،أما آثار هذا الإخلال فقد انمحت واندثرت بالتعويض، وهذا ما يسمى بالتعويض العيني أو كما يسميه بعض الفقهاء بالتنفيذ العيني.

–أن يتم الحكم بجبر الضرر وبتعويض المضرور عنه بمقابل نقدي غالبًا وغير نقدي أحيانًا، بمعنى يتم توفير منفعة للمضرور تساوي مقدار ما لحق به من ضرر، فيتناقص ذلك الضرر مع المنفعة وبذلك تعود حالة المضرور حكمًا لا حقيقةً إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهذا هو التعويض بمقابل أو التنفيذ بمقابل.

ونتولى فيما يلي بحث كل طريقة من هاتين الطريقتين:

[1]– أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.66.

أ-التعويض العيني:

يعرّف التعويض العيني بأنه:"الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدّى إلى وقوع الضرر"[1].

فالتعويض العيني بذلك قد يهدف إلى إصلاح الضرر إصلاحا تامًّا،بإجبار المسؤول على الوفاء بما التزم به. وقد يهدف كما يرى بعض الفقه إلى إزالة الضرر أو تخفيفه أو التخلي عن الوضع الضّار أو منع تحقّق الخطر.

"بعبارة أخرى يحقق للمتضرّر ترضية أخرى من جنس ما أصابه من ضرر،وذلك بطريقة مباشرة، أي الحكم له بمبلغ من النقود".[2] وهذا من أجل إزالة الضرر عينا.

حيث يلزم القاضي المسؤول عن الضرر بالتعويض إذا اتّخذ الإخلال صورة القيام بعمل يمكن إزالته ومحو أثره،فإذا أقام شخص جدارًا عاليًا لغرض حجب النور والهواء عن جاره،كان خير تعويض عن ذلك هدم هذا الجدار.أو أن يزيل أحدهم دون حقّ بناءً مملوكًا لشخص آخر،فيلزم بإعادة بنائه.

كما يمكن إجبار المدين على التعويض العيني،إذا تمثّل الإخلال في الامتناع عن عمل،فإذا التزم مقاول ببناء منزل وامتنع عن تنفيذ التزامه،أمكن إجباره على ذلك بأن يبني الدائن(رب العمل) المنزل على حساب المدين(المقاول).[3]

ب-التعويض بمقابل:

---

[1]- نصير صبار لفته الجبوري ، التعويض العيني(دراسة مقارنة) ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ،ط01 ،2010 ،ص.19.

[2]- سليمان مرقس، المسؤولية في تقنيات البلاد العربية ،القسم الأول ،مطبعة الجيلاوي ،القاهرة،1971 ،ص.602.

[3]- بيطار صابرينة ،التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،فرع القانون الخاص الأساسي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أحمد دراية ،أدرار ،سنة 2015 ،ص.45.

يعتبر التنفيذ العيني الطريق الأصلح والأنجع من طرق التعويض لجبر الضرر الذي أصاب الدائن،إلا انه في حالات عديدة ترتبط أشد الارتباط بنوع الضرر، فقد يرى القاضي أن التعويض العيني غير ممكن أو غير ملائم لجبر الضرر، خاصة بالنسبة للضرر المعنوي،فعندئذ لا يبقى أمامه سوى اللجوء إلى التعويض بمقابل،وليس من الضروري أن يكون هذا الأخير تعويضًا نقديًا وإن كان هو الغالب،إذ يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض غير النقدي أيضا،وهذا ما سنبيّنه من خلال النقاط التالية:

1-التعويض النقدي:

يكون التعويض نقديًا متى تضمن الحكم الصادر به إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن،كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي.[1]

وفي الوقت الراهن يعتبر التعويض النقدي أهم أنواع التعويض وهو الطريق الطبيعي لمحو الضرر وإصلاحه،ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى أن النقود تمثل إضافة إلى أنها وسيلة للتبادل، وسيلة للتقويم أيضا لذا وفي كل حالة يتعذّر فيها الحكم بالتعويض عينًا ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض غير النقدي، تعيّن على المحكمة أن تحكم بالتعويض نقدًا.[2]

والحكم بالتعويض النقدي يعني إدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرّر من ذمّته نتيجةً لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه.

2-التعويض غير النقدي:

قد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبرا للضرر تعويض غير نقدي، فهو ليس بالتعويض النقدي، لأنه لا يتضمن إلزام المدين المخل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن،

[1]- حسن حنتوش رشيد الحسناوي ،المرجع السابق ،ص.151.

[2]- سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ،الجزء الثاني ،الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ،1957 ،ص.528.

كما أنه ليس بالتعويض العيني على اعتبار أنه لا يتضمن أيضا إلزام المدين بأن يؤدي للدائن ذات ما التزم بأدائه.

فالتعويض غير النقدي يمكن أن يعتبر تعويضا من نوع خاص تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، فيغلب الحكم به في الضرر المعنوي دون الضرر المالي، واللجوء إلى هذا الطريق من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى.

وإذا بحثنا في موقف المشرع الجزائري من التعويض بمقابل، فنجد أنه أخذ به مثله مثل التعويض العيني، فالمشرع الجزائري ترك للقاضي السلطة التقديرية في اختيار نوع التعويض وهذا حسب طبيعة الالتزام، وهذا ما أكدته المادة 132 من القانون المدني التي جاء فيها:" يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف،ويصحّ أن يكون التعويض مقسطًا، كما يصحّ أن يكون إيرادًا مرتّبًا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدّر تأمينًا، ويقدّر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعًا للظروف وبناءّ على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه،أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل، فمن المقرّر أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل، ولم يكن التنفيذ العيني مرهقًا للمدين، فللقاضي أن يحكم بالتنفيذ العيني ويصرف النظر عن طلب الدائن. أما إذا استحال التنفيذ العيني فهنا تدعو الضرورة إلى اللجوء إلى التعويض بمقابل.[1]

المطلب الثاني: تقدير التعويض في المسؤولية العقدية

[1]– علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ،الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ،الجزائر ،1994 ،ص.205.

بعد التعرض لمفهوم التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية في ال مطلب الأول، من خلال تبيان تعريفه، وأيضا تحديد العناصر اللازم مراعاتها أثناء تحديده حتى يكون التعويض كاملا وكذا يحقق الهدف الذي شرع من أجله وهو جبر الضرر، إضافة إلى تبيان أنواعه و شروط استحقاقه في إطار المسؤولية العقدية ،فإن الإشكال المطروح في هذا المطلب هو: كيف يتم تحديد هذا التعويض؟ أو ما هي طرق تحديد التعويض و ما هي الجهة المختصة بتحديده في إطار المسؤولية العقدية؟ هذا الإشكال سنحاول الإجابة عليه في هذا ال مطلب، ذلك أن هناك تقديران للتعويض أحدهما ملزم للقاضي وهو ما يمثل الشرط الجزائي وكذا ما ورد في القانون من نصوص محددة للتعويض، وتحديد آخر يتكفل به القاضي ويلقى فيه حرية مع مراعاة مجموعة من القيود.وكلّ هذا سنوضحه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التقدير الاتفاقي والقانونـي للتعويـض في المسؤولية العقدية

الالتزام بالتعويض يفرضه القانون على كل من أخل بتنفيذ التزامه، سواء أخذ هذا الإخلال صورة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخّر في تنفيذه، وسبب بذلك ضررًا للدائن، فيلزم المدين بجبر الضرر الذي لحق الدائن.وقد يقوم طرفا العقد بالاتفاق مسبقا على تقدير قيمة التعويض بإرادتهم المنفردة، من خلال إدراجه ضمن بنود العقد وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي، الذي يستحق عن كل إخلال بما تم الاتفاق عليه في حالة ما إذا سبب هذا الإخلال ضررا بالدائن . و قد يقوم القانون بوضع قواعد يتم من خلالها تحديد التعويض بمبلغ جزافي، وما يكون أمام القاضي سوى التقيد بهذه القواعد عند الحكم بالتعويض . وفي هذا ال فرع نتعرف على الطريقتين السابقتين لتحديد التعويض،على النحو التالي:

أولا: التقديـر الاتفاقـي للتعويـض

في المجال التعاقدي، يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تحديد مجال المسؤولية ،فالعديد من النصوص المنظمة للمسؤولية التعاقدية هي نصوص مكملة، " كما يمكن للأطراف الاتفاق

مسبقا على تقدير قيمة التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، فالأصل هو أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، غير انه يمكن الاتفاق مسبقا على قيمة هذا التعويض، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي ولكن قد يدرج في اتفاق لاحق.[1]

عند تتبعنا للفقه و القضاء والقانون، فيما يخص التعويض الاتفاقي، فإننا نجده يحمل تسميات مختلفة، وترددت هذه التسميات بين عبارات ثلاث هي : الشرط الجزائي، البند الجزائي، التعويض ألاتفاقي.

فعبارة الشرط الجزائي قد حظيت بتفصيل الفقه والقانون القضاء، لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد.

ومهما اختلفت التسميات فالمعنى يبقى واحد،والتسمية الأكثر شيوعاً و استعمالا من طرف الفقه و القضاء و القانون هي تسمية " الشرط الجزائي".

وقد وردت تعريفات فقهية عديدة للشرط الجزائي،نذكر منها[2]:

هو اتفاق يتعهّد به المدين بدفع مبلغ معين من المال في حالة عدم قيامه بتنفيذ ما تعهّد به، أو تأخر في تنفيذه ويكون هذا التعيين تحديدا مقطوعا مسبقا بتعويض.

كما عرّف بأنه:ضمان تنفيذ التزام معين بإلزام المتعهّد بشيء ما يتعين عليه أداؤه في حالة عدم التنفيذ.

[1]– إبراهيم سيد أحمد ، التعويض الاتفاقي فقها وقضاءً ، دار الكتب القانونية المصرية ،2005،ص.ص.21.20.

[2]– حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه . دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2007 ، ص.ص.26.25.

كما جاء في تعريف آخر: الشرط الجزائي هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه.

ويتضح من خلال التعاريف الساب قة أن كل منها يشوبها قصور معين فتناست الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، ولا تعتبر إلا تركيبا وظيفيا يؤدي بنا إلى الخلط بين الشرط الجزائي وأوضاع قانونية أخرى.

لذلك نقول أن أشمل تعريف للشرط الجزائـي هو القائل بأن الشرط الجزائـي هو " : بند عقدي ، يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق، لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه بحيث انه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معينا للمتعاقد الأخر فهو في الحقيقة تقدير اتفاقي للتعويض".[1]

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن أحكام التعويض الاتفاقي في التشريع الجزائري هي نفسها في التشريع المصري في المواد من 223 إلى 22 من القانون المدني المصري وتختلف عما هي في التشريع الفرنسي حيث أن المشرع الفرنسي وبالضبط في نص المادة 1152 من القانون المدني اعتبر أن التعويض الاتفاقي جائز ولا يمكن تعديله لا بالنقصان ولا بالزيادة في ما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم وحالة التنفيذ الجزئي ، كما لا يكلف الدائن بإثبات الضرر الذي لحقه بل يكفيه إثبات عدم التنفيذ ذاته لاستيفاء التعويض ولو لم يلحقه ضرر [2]،وهنا يكمن الخلاف بين التشريع الفرنسي ومثيليه الجزائري والمصري .

ثانيا: التقدير القانوني للتعويض

[1]– أشواق الدهيمي ،المرجع السابق ،ص.74.

[2]- Philippe malaurie, Laurent aynès, philippe Stoffel-Munck, les Obligations. Defrenois , Paris, deuxième èdition, 2005, p.185 et s.

إن التعويض كما سبقت الإشارة قد يتم تقديره باتفاق الطرفين وذلك كما يعرف بالشرط الجزائي، كما قد يتدخل المشرع و قد يقوم بتحديد قيمة هذا التعويض مسبقا ، وهذا ما يسمى بالتحديد القانوني للتعويض، وسنحاول أن نحدد تعريف التعويض القانوني وكذا مجالات تطبيقه في المسؤولية العقدية فيما يلي:

1-تعريف التقدير القانوني للتعويض

قد يعمد المشرع إلى وضع أحكام تتعلق بتحديد التعويض تحديدا إجماليا،وعادة ما يربط الفقه هذا التحديد القانوني بالفوائد القانونية،فغالبا ما تذهب بعض التشريعات على غرار المشرع الفرنسي[1]، إلى تحديد نسب قانونية تعرف بالفوائد القانونية تكون مستحقة الدفع عن مجرد التأخير في الوفاء، بغير حاجة إلى أن يثبت وقوع ضرر للدائن لأن الضرر مفترض في الديون النقدية نتيجة الحرمان من استثمارها اقتصاديا . ويجد التقدير القانوني للتعويض عن التأخير تطبيقه في مجال المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على الفوائد التأخيرية تأثرا منه بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى تلك الفوائد على أنها ربا ومحرمة شرعا . و هذا ما يتضح من نص المادة 454 قانون مدني بقولها:" القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ".[2]

2-مجالات تطبيق التقدير القانوني للتعويض

[1]- نص التقنين المدني الفرنسي على الفائدة القانونية طبقا للمادة 1153 ، كما ينص عليها التقنين المدني المصري من خلال المادة 226 منه وجعلها 04 %في المسائل المدنية و 05 % في المسائل التجارية .

[2]- أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.87.

يجد تقدير التعويض وفقا للتحديد القانوني للمسؤولية مجال تطبيقه في المسؤولية العقدية ويظهر جليا في مسؤولية الناقل، كما هو عليه الحال في كل من قانون الطيران المدني و القانون البحري.

2-1-التحديد القانوني للتعويض في مجال عقد النقل الجوي:

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل الجوي من خلال القانون رقم 98-06 المؤرخ في 1998/06/27 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

فمتى أخل الناقل الجوي بالتزاماته وأخفق في إقامة الدليل على انتفاء خطئه انعقدت مسؤوليته، والتزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالركاب.

والأصل أن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر، غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل ووضع للتعويض الذي يتحمله الناقل حدا أقصى.

فقد نصت المادة 150 من قانون الطيران المدني على أنه "تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص منقول طبقا لقواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في 12 أكتوبر 1999 و بروتكول لاهاي في 28 سبتمبر 1955 والمصادق عليهما من طرف الجزائر.

وتحدد قيمتها بمائتي وخمسين ألف(250.000) وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر.[1]

2-2-التحديد القانوني للتعويض في عقد النقل البحري:

وقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل البحري من خلال الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 والمتعلق بالقانون البحري.

[1]- أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.93.

ويرتب عقد النقل البحري على عاتق الناقل التزامات تتمثل في أخذ الناقل البضاعة على عاتقه ونقلها وتسليمها إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني.ومتى تم الإخلال بهذه الالتزامات،ترتبت مسؤولية الناقل البحري،والتزم بالتعويض،ويكون هذا التعويض متناسبا مع الضرر اللاحق،مادام أن هذا الضرر لم يتعدّ الحد الأقصى الذي حدده المشرع.

فمتى فاق الضرر هذا الحد لم يكن للمتضرر الحق في التعويض إلا بهذا الحد الأقصى دون زيادة، هذا ما لم يتبين أن الخسارة أو الضرر الذي لحق بالبضائع ناتج عن عمل أو إهمال من قبل الناقل كما بينته المادة 809 من القانون البحري.[1]

الفرع الثاني:التقدير القضائي للتعويض في المسؤولية العقدية

إن التعويض كما سبقت الإشارة، قد يتفق الطرفان مسبقا على تحديده وذلك بتضمينه ضمن بنود العقد من خلال ما يعرف بالشرط الجزائي، كما قد يحدده القانون وذلك بالنص صراحة على قيمته أو على الأسس التي تطبق أثناء تقديره، غير أ نه في حالة عدم اتفاق الطرفين مسبقا على قيمة التعويض، أو عدم نصّ القانون على قيمته، فان القاضي هو من يتولّى مهمة تحديد قيمة التعويض، وهذا ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض.

أولا:سلطة القاضي في تقدير التعويض

إن التعويض كما سبق بيانه تقدر قيمته إما من قبل الأطراف المتعاقدة ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق كشرط جزائي عن الإخلال بالعقد، أو يتم تحديده من طرف القانون بحد أدنى أو أقصى، لكن بالرغم من التقدير المسبق للتعويض إلا أن القاضي يملك أيضا سلطة تقديرية في تحديد قيمة التعويض ، وهذا ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض.

[1]– أشواق الدهيمي ، نفس المرجع ،ص.94.

فللتعويض القضائي هو التعويض الذي يقوم القاضي بتقديره ويحكم به للدائن نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه، ويعتبر التعويض القضائي هو الأصل في تحديد التعويض.

والأصل في التعويض هو التعويض الكامل وهو ذلك الذي يكون على خطأ المدين المباشر والذي يسبب ضررا للدائن ، سواء كان هذا الضرر متوقعا أو غير متوقع، غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتمثل في حالة الضرر المتوقع في مجال المسئولية العقدية إذا كان الخطأ يسير أي غير ناتج عن غش وخطأ المدين الجسيم وهذا ما يسمى بالتعويض العادل.

أ-التعويض الكامل:

القاعدة في التعويض هي التعويض الكامل الذي يكون عن الضرر المباشر، أما الضرر الغير مباشر فإنه لا يعوض عنه سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية،غير أنه في المسؤولية العقدية فإنه لا يتم التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وحده، خلاف الضرر المباشر الغير متوقع فلا يعوض عنه إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

وقد اعتبر المشرع أن الضرر يكون مباشرا متى ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر فيه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . وبمراعاة هذه الشروط المحددة فـــي المادة 182 نكون بصدد التعويض الكامل، هذا الأخير الذي يشمل عنصران وهما ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة.

فالقاضي ملزم فـي حالـة التعويض القضائي بمنح المتضرر التعويـض الكامل، وهو التعويض عن الضرر المباشر الذي يمثل ما لحق بالمضرور من خسارة وما فاته من كسب فضلا عن الضرر الأدبي.

لكن إذا كانت القاعدة هي التعويض الكامل إلا أن القضاء لا يتقيد بها في حالة الضرر المتوقع في مجال المسؤولية العقدية إذا كان الخطأ يسيرا فهنا نتحول إلى نطاق التعويض العادل.[1]

ب-التعويض العادل:

إذا كان مبدأ التعويض الكامل قد وجد له تطبيقا واسع النطاق، فإنه أخذ ينحصر في الوقت الحاضر ولم يعد الشكل الضروري لجبر الضرر، بل إن التعويض في ذاته لم يعد معياره الوحيد مدى الضرر الحاصل للدائن وإنما قد يرتبط تقديره باعتبارات اجتماعية أو متعلقة بالعدالة. [2]

لذا نجد بعض التشريعات الحديثة قد أخذت تتجه إلى عدالة التعويض، وليس بالضرورة أن يكون كاملا، وخاصة في المسؤولية العقدية في حالة الضرر المتوقع إذا كان الخطأ يسيرا لا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، حيث هنا وفي هذه الحالة تستند المسؤولية إلى فكرة الذنب و اللوم الأدبي، ويستبدل التعويض العادل بالتعويض الكامل، وبذلك يكون التعويض قد جمع بين الوظيفة الإصلاحية والوظيفة الرادعة. [3]

وقد حاول الفقهاء تحديد أساس التزام المدين أو مبرر التزامه بتعويض الضرر المتوقع في حالة الخطأ اليسير، فذهب البعض إلى أن مبرر ذلك يكمن في احترام حسن نية المدين، وما يقتضيه ذلك من توزيع الخسائر بين الدائن والمدين، لأن عدم تنفيذ الالتزام لا يعني بالضرورة توافر سوء النية في جانب المدين، فربما يستحيل عليه التنفيذ أو يتأخر فيه لسبب أجنبي لا يستطيع إثباته، فيكون من الأنسب معاملته كما لو كان حسن النية، وعدم إلزامه بغير تعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

[1]- أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.99.

[2]- أشواق الدهيمي ،نفس المرجع ،ص.100.

[3]- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق ،ص.550.

وذهب البعض الآخر إلى أن مبرر التعويض الكامل يكمن في أن المس ؤولية العقدية تقوم على التوقع، لذا فان المدين لا يجب إلزامه بتعويض أضرار لم يتوقعها وقت التعاقد، فمزايا العقد ومضارهيجب أن تدور في فلك هذا التوقع.[1]

ثانيا: الاعتبارات الواجب مراعاتها عند تقدير التعويض

إنّ القاضي وقبل حكمه بمبلغ التعويض عليه أن يراعي جملة من الاعتبارات، خاصة مسألة الوقت فما هو الوقت الذي يجب أن يراعيه القاضي عند إصدار حكمه ، هل هو وقت صدور الإخلال بالالتزام أم وقت رفع الدعوى أم وقت صدور الحكم؟.

كما أنّ هناك بعض الحالات التي يكون فيها الضرر متغيرا منذ وقوعه إلى غاية صدور الحكم فتبرز مسألة إعادة النظر في تقدير التعويض.وهذا ما سنبيّنه على النحو التالي:

أ–وقت تقدير التعويض:

إن مسالة تحديد الزمن الذي يقدر فيه التعويض تعد من المسائل المهمة التي يجب على القاضي أن يأخذها في عين الاعتبار، ولعل السبب الذي أضفى عليها تلك الأهمية يعود إلى أن محاكم الموضوع في اغلب الأحيان لا تبت في الدعاو ى المعروضة عليها على وجه السرعة ، بل قد تستمر لمدة ليست بالقصيرة سواء كان السبب في ذلك يعود لزحمة العمل القضائي اليومي أو لسبب يرجع للخصوم أنفسهم كعدم الحضور كعدم الحضور في اليوم المحدد للمرافعة....[2]

ولكلّ ما تقدم، وجدنا من الملائم أن نبحث في الوقت الذي يجب على القاضي مراعاته عند تقديره للتعويض، وقبل ذلك لا بد من الإشارة إلى التاريخ الذي ينشا فيه الحق في التعويض مع عدم خلط هذه المسالة بوقت التقدير.

[1]– أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.101.

[2]– سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ،1981 ،ص.204.

إنّ معرفة وقت نشأة الحق في التعويض يتوقف على طبيعة الحكم به ، هل هو منشئ للحق أم كاشف له، فلو كان الحكم منشئ للحق فذلك يعني أن الحق في التعويض لا ي نشأ إلا من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، أما لو كان الحكم كاشف (مقررًا) للحقّ فذلك يعني أن الحكم يكشف عن الحق في التعويض، على اعتبار أن الحق موجود قبل صدور الحكم، وفي الحقيقة أن الحكم الصادر بالتعويض هو حكم مقرر وكاشف وليس حكما منشئا للحق ،لأن الذي ينشىء الحق في التعويض هو الضرر ومن تاريخ وقوعه يثبت الحق في التعويض عدا الحالة التي يكون فيها الإعذار واجبا فيثبت الحق في التعويض من تاريخ الإعذار.[1]

وإذا كان الحكم بالتعويض مقررا للحق وليس منشئا له، فما هو الوقت الذي يجب مراعاته عند الحكم بالتعويض ،هل هو وقت الإخلال بالالتزام، أم وقت الإعذار . وفي الحالات التي يكون فيها الإعذار واجبا، وقت رفع الدعوى أم وقت إصدار الحكم؟

لقد اتجه المشرع الجزائري إلى جعل وقت إصدار الحكم هو الوقت المعول عليه لتقدير التعويض، فقد نصت المادة 131 من القانون المدني عل ى أنه : " يقدر القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسّر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يفهم من نص المادة أن القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر الذي لحق الدائن ،فإن الوقت الذي يبني عليه حكمه هو وقت صدور الحكم، ف إن لم يتبين له وقت صدور الحكم مدى الضرر، فإنه يحفظ للمضرور حقه في المطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض المحكوم به.[2]

[1]– عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ،مطبعة الجامعة ،1976 ،ص.73.

[2]– أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.ص.116–117.

ب-إعادة النظر في تقدير التعويض

إن مسألة إعادة النظر في تقدير قد لا تظهر أهميتها في الحالة التي يكون فيها الضرر الذي أصاب الدائن قد استقر بصورة نهائية واكتملت جميع عناصره التي تمكّن القاضي من تقدير التعويض المقابل له، بل في الحالة التي يكون فيه الضرر متغيّرا.

و المقصود بالضّرر المتغيّر هو ذلك الضّرر الذي يزداد أو ينقص بمرور الزمن وخلال الفترة التي تعقب وقوعه إلى حين النطق بالحكم . وقد عالجت المادة 131 من القانون المدني حالة الضرر المتغيّر ، حيث نصت:"... فإن لم يتيسّر له وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يفهم من نصّ هذه المادة أنه في حالة ما إذا كان الضرر متغيّرا بحيث يتعذّر على القاضي تحديد مقدار التعويض المقابل له،كان له أن يؤجّل نظر الدعوى حتى تتحقّق العناصر التي تمكّنه من تقدير الضّرر وأن يحكم للطرف المتضّرر بتعويض مؤقّت ويحتفظ له بحقه في أن يطلب إعادة النظر في تقدير التعويض ليحكم له بتعويض تكميلي[1].

[1]- أشواق الدهيمي ، المرجع السابق ،ص.118.

الفصل الثاني:

الاتفاقات المعدّلة لأحكام المسؤولية العقدية.

تمهيد وتقسيم:

تقوم المسؤولية العقدية كجزاء عن الإخلال بالعقد بقيام شروطها، وعدم وجود ما يدفع المسؤولية من سبب أجنبي ، ومن البديهي أنّ العقد ينشأ عن الإرادة الحرّة للمتعاقدين، فهذه الأخيرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية ،وإذا كانت هذه الإرادة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية فإنّ لها أن تعدّلها ،وهذا ما تنصّ عليه المادّة 178 من ق.م.ج على أنّه :"يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ،وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أيّة مسؤولية تترتّب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلّا ما ينشأ عن غشّه أو خطئه الجسيم ،غير أنّه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

فالأصل إذن يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية ،سواء بالتشديد في هذه المسؤولية أو بالإعفاء منها أو بالتخفيف فيها، وبما أنّ شرط التخفيف يعتبر إعفاء جزئيا من المسؤولية العقدية ،فيطبّق عليه ما يطبّق على شرط الإعفاء من أحكام,وبالتالي سنقوم بدراستهما معا من خلال هذا الفصل.

وعليه،وبناء على ما تقدّم فإنّه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين،الاتّفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها (المبحث الأول) ،الاتّفاق على التشديد في المسؤولية العقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول:الاتّفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها

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، و كانت شركات النقل تدرج شروطًا في عقودهم تقضي بعدم مساءلتهم في حال وقوع ضرر أو في حال قيام المسؤولية و هو ما يعرف بالشرط المعفي للمسؤولية.[1]

فالمشرع الجزائري قد أقرّ بصحّة هذا الشرط، وجعل له قاعدة عامة في المادة 122 ق.م.ج فتنص فقرتها الثانية على أنّه:"وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتّب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشّه أو عن خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغشّ أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه". إلاّ أن هذه القاعدة العامة قد خرجت عمّا هو وارد في الأحكام الخاصّة ببعض العقود، كعقد النقل مثلاً الذي يبطل كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل كليا أو جزئيا من الأضرار البدنية التي تصيب المسافر.

وكون شرط التخفيف يعتبر إعفاءً جزئيّاً من المسؤولية العقدية، فإنه ينطبق عليه ما ينطبق على الإعفاء من أحكام و لا يختلفان إلاّ من الناحية الشكلية،أي باختلاف صور و أوجه كلّ منهما، لذا ستتمّ دراستهما معًا خلال هذا المبحث. بحيث سيتم التطرق إلى التعريف بالشرط المعفي والمخفف (مطلب أول)، ثم تناول أهم تطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف وكذا تبيان القيود الواردة عليهما (مطلب ثان) .

المطلب الأول: التعريف بالشرط المعفي والمخفّف من المسؤولية العقدية

[1]– محمد دمانة ، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة ، عدد 5 ، جوان 2011 ،ص.241.

القاعدة العامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين و خاضع لمبدأ حرية التّعاقد، فيجوز للطرفين إذن تنظيم علاقاتهم القانونية كما يشاءان، شرط مراعاة النظام العام و الآداب العامة و الأحكام القانونية الإلزامية، و بالتالي لا مانع قانونًا من إدراج بند ينفي كلّيًا أو جزئيا من المسؤولية العقدية إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه، و لهذا سنتناول في هذا المطلب تعريف شرطي الإعفاء و التخفيف(فرع أول) وتبيان أهمّ الصّور التي يتّخذانها(فرع ثان) .

الفرع الأول: المقصود بشرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

الاتفاق على الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية هي إحدى الاتفاقات المعدّلة لها، و تؤدي إلى رفع المسؤولية كلّيا أو جزئيا عن المدين بحسب درجة الشرط، حيث لا يعدّ المدين مسؤولاً، في حين أنه يكون مسؤولاً بموجب القواعد العامة، و قد خصّصت هذا الفرع لتحديد تعريف شرط الإعفاء وتعريف شرط التخفيف.

أولا:تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

يعرّف 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]،و هذا التعريف يخلط بين أمرين: التعويض الاتفاقي من جهة، و التعديل في المسؤولية العقدية من جهة ثانية، فالإعفاء من التعويض يدخل في نظام التعويض الاتفاقي، أما الإعفاء من المسؤولية فهو مسألة سابقة على التعويض،ذلك أن عدم التعويض هو أثر من آثارها، و ليست مسألة الإعفاء من المسؤولية ذاتها.

و يعرّفه آخر بأنّه:"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 قبل حدوث

[1]– حميدة يوس؛ ساعو كهينة ،الاتفاقات المعدّلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستار في الحقوق ،قسم القانون الخاص ، كليّة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ،بجاية ،2015/2014 ، ص.36.

الضرر ويقضي بعدم مساءلة المدين في حالة تحقق الضرر"[1]،وهذا التعريف يتّسم بالوجاهة والدّقة، ذلك أن شرط الإعفاء يقصد به رفع المسؤولية، أي اعتبار المدين بموجب هذا الشرط غير مسؤول،رغم أنه بموجب القواعد العامّة يكون مسؤولاً لو لم يرد مثل هذا الشرط.

كما يعرّف أيضا بأنّه ذلك البند الذي يرد في العقد أو في اتفاق منفصل، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتّب في ذمة هذا الأخير إعفاءً تامّا جرّاء عدم تنفيذه لالتزامه،فلا تتحقّق المسؤولية بالاتفاق،رغم تحقّق هذه المسؤولية بموجب القواعد العامة[2].

ولإعمال هدا الشرط وتطبيقه، يستلزم بالضرورة تحقق المسؤولية العقدية بكافّة عناصرها،كما أنّ هذا الشرط لا يعدم المسؤولية وإنما يعفي المسؤول من تبعتها،وبالتالي لا يدفع تعويضاً لجبر الضرر الحاصل[3].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري من خلال المادة 02/178 ق.م.ج يجيز تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق،بالإعفاء من المسؤولية العقدية أي عدم قيام الدائن بالرجوع على المتعاقد المخطئ بطلب التعويض.حيث يشترط لصحة هذا الشرط أن يحصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين،أي بين المدين المسؤول والدائن المتضرر أو من ينوب عنهم،وأن يكون مستوفيا لشروطه الموضوعية المتمثلة في الرّضا والمحل والسبب،ويلتزم الطرفين بالتقيّد بهذا الاتفاق،مادام أنّ هذا الأخير لا يخالف قواعد النّظام العام والآداب العامة[4].

---

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

[2]– أحمد سليم فيوز نصرة ،الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري ،رسالة الدكتوراه،كلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح الوطنية، نابلس ،2006،ص.35.

[3]– أحمد مفلح خوالدة ، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية .دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،2011،ص.133.

[4]– أحمد مفلح خوالدة ، نفس المرجع ،ص.ص,135 ،186.

وإذا وقع شرط الإعفاء باطلا،فإن الشرط وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائما،إلاّ إذا كان هذا الشرط هو الدّافع إلى التّعاقد،فيبطل العقد كلّه[1].

ثانيا:تعريف شرط التخفيف من المسؤولية العقدية

من الجائز الاتفاق على تحويل الالتزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية،أو ما يشترط لتحديد المدة التي تقوم فيها المسؤولية،إلاّ إذا نص القانون على عدم جواز ذلك، كما هو الشأن فيما يوجبه المشرع في نص المادة 556 ق.م.ج والتي تنص على ما يلي:"يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماريّ والمقاولين الضمان أو الحدّ منه"،أو الإنقاص من المدّة التي يجوز خلالها رفع دعوى المسؤولية".

وبالتالي يتضّح ممّا سبق أن الشرط المخفّف هو اتفاق يرد في عقد أو في وثيقة منفصلة تحصر بموجبه مسؤولية المدين في جزء منها فقط.[2]

كما وعرّفه أحد الباحثين بأنه:"الاتفاق على إنقاص مدّة التعويض".وهذا التعريف يخلط بين التعويض الاتفاقي وبين التخفيف من المسؤولية التي هي مسألة سابقة على التعويض،ويذهب تعريف آخر إلى أنه:يقصد بالتخفيف"رفع جزء من مسؤولية المدين وقصر مساءلته على الجزء الباقي".وهذا التعريف دقيق فيما يتعلّق بالجزئية التي عالجها،إلّا أنه غير جامع.

وعليه فإن تعريف الشرط المخفّف من المسؤولية العقدية هو:"عبارة عن بند يرد في العقد أو في اتفاق منفصل،تخفّف بموجبه مسؤولية المدين وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية،وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية العقدية".[1]

---

[1]– بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري .التصرف القانوني ،الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،، الجزائر ،2007 ، ص.283.

[2]– بن عامر خير الدين ، الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستار في القانون ،قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محنّد أولحاج ،البويرة ، 2018 ،ص.9.

و من الملاحظ أن الاختلاف بين الشرط المخفف للمسؤولية العقدية و بين الشرط المعفي منها، يكمن في أن الأول يرد على جزء من المسؤولية العقدية ، في حين يرد الثاني على مجمل المسؤولية، لكن لا يكون الإعفاء من المسؤولية المترتبة على العقد كليا وإنما على أحد أو بعض آثاره على ألّا يمس الاتفاق المعفي من المسؤولية العقدية الالتزامات الرئيسية في العقد،إلّا أنّ هذه التفرقة في الحقيقة شكلية و لا أثر لها على الأحكام المطبّقة في كل من صورتي التعديل السابقتين، فيطبّق على التخفيف ما يطبّق على الإعفاء من أحكام، و يختلف التخفيف عن الإعفاء من ناحية واحدة و هي الناحية الكمية، في حين نجد أن الفرق بين الاتفاق على الإعفاء و باقي صور التخفيف الأخرى يكون الاختلاف عنها نوعيا.[2]

الفرع الثاني: صور شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

بما أنّ ما يطبّق على الإعفاء من أحكام يطبق كذلك على التّخفيف، فلا يختلف شرط التخفيف عن شرط الإعفاء إلّا من الناحية الشكلية، أي باختلاف صور و أوجه كلّ منهما، ومن خلال هذا الفرع سنلاحظ أن صور شرط الإعفاء التي ترمي إلى رفع المسؤولية نهائيا عن المدين،أكبر من حيث الكمية من صور التخفيف التي رغم تعدّدها يبقى فيها المدين مسؤولاً جزئيّا في حال ما أخلّ بالتزامه العقدي، وبالتالي سيتمّ تفصيل صور شرط الإعفاء وصور شرط التخفيف على النحو التالي:

أولا:صور شرط الإعفاء

تتمثل صور شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وفقا لما جاء في القانون في صورتين، إحدى هذه الصور تشمل الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي ، والصورة الثانية تتجلّى في الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

[1]– أحمد سليم فيوز نصرة ،المرجع السابق ،ص.ص35 ،36.

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

أ-الاتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية:

تتّصف اتفاقات الإعفاء من المسؤولية الشخصية بأنها تجعل المدين الواقع على عاتقه التزاماً تعاقدياً في وضع وسط ما بين كونه ملتزما بتنفيذ التزامه العقدي، و ما بين عدم مسؤوليته عن الأضرار النّاجمة عن عدم تنفيذ هذا الالتزام و التي تلحق بالدائن.[1]

و بالرجوع إلى نص المادّة 02/178 ق.م.ج و التي تنص على أنه:"و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أيّة مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي..."، حيث جاءت عبارة النص حاسمة في هذا الصدد، إذ استعمل المشرع عبارة "عدم تنفيذ التزامه التعاقدي"، أي أنّ الاتفاق على الإعفاء يجب أن يرد على عدم التنفيذ ،و بالضرورة أنّ الخطأ العقدي يولّد الضّرر، و من أمثلة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي، اشتراط البنك عدم ترتّب مسؤوليته إذا لم يقم بتحصيل حقوق العميل من الغير كون القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفاء الوكيل أو حتى المودع لديه من المسؤولية، لأنّ الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام هذا الاتفاق.[2]

ب-الاتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية عن فعل الغير:

لابدّ لنا قبل التطرّق إلى هذه الصورة المتمثّلة في إعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن فعل الغير، بأن نوضّح هذه المسؤولية أوّلا، فقد وردت عدّة تعريفات حول المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير، إلّا أنها في معظمها شابها بعض القصور، في حين نجد أنّ أحسنها هو الذي عرّفها بأنها مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره، ممّن يقومون مقامه في تنفيذ الالتزام، أو ممّن يساعدونه في تنفيذه، أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع

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

[2]- ناهد خشمون ،الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2017/2016 ،ص.103.

المدين حقا اكتسبه هذا الأخير بواسطة العقد، و أدى سلوك واحد من هؤلاء إلى الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين[1]،و عليه حسب هذا التعريف فإنّ المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم إذا توافر شرطان:

-الشرط الأول: وجود عقد صحيح بين المدين و الدائن، فإذا كان العقد باطلاً ، فقواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق.

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

أمّا بخصوص الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فقد أصرّ القضاء الفرنسي سابقاً على موقفه بعدم الاعتراف باتفاقات إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه العقدي، حيث اعتبرها باطلة و غير صحيحة، غير أنّ هذا الموقف للقضاء الفرنسي و من قبله الفقه الفرنسي بدأ يتضّح بعد الوقوف على ما يوجد من فرق ما بين مسؤولية المدين عن أفعال مساعديه أو معاونيه التي يجب أن تخضع لأحكام المسؤولية العقدية، و ما بين أحكام مسؤولية المتبوع عن فعل التابع و الخاصّة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مما أدّى إلى الاعتراف بصحة الاتفاقات التي يدرجها المدين عند عدم تنفيذ الالتزام العقدي و الراجع إلى فعل معاونيه أو مساعديه، حالها حال الاتفاقات المعفية الخاصّة بمسؤولية المدين عن فعله الشخصي أو خطئه الشخصي[3].

---

[1]- سامي عمر الفرجاني ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير ،مجلة العلوم القانونية والشرعية ،كلية العلوم السياسية ، جامعة الجبل الغربي ،عدد 06، جويلية 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.

و يرى الأستاذ عبد الرزّاق السّنهوري عدم جواز الاتفاق المعفي كلّيًا من خطأ الغير في حالتي الغش و الخطأ الجسيم[1]،ففيما يتعلّق بمسؤولية مدير الشركة مثلاً فإنه ليس وكيلاً عنها بل هو مجرد أداة لها، لذا لا تستطيع الشركة أن تعفي نفسها من الأخطاء الجسيمة أو الغشّ الصادر عنه، كما اعتبر أن شركات النّقل تستطيع أن تعفي نفسها من السّرقات التي يرتكبها عمّالها و هذا يعتبر إعفاءً من المسؤولية عن خطأ الغير و هو غير صحيح، لكن إنّ مثل هذا الشرط –حسب رأيه– إذا فرضته الشركات الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان و يجوز للقاضي إبطاله.[2]

فيما يرى جانب آخر من الفقه أنّ نطاق اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير تمتدّ إلى أوسع من الاتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية للمدين، بحيث تصل لتشمل جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم، و ذلك لعدم مخالفتها للنظام العام.[3]

ثانياً: صور شرط التخفيف

الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية بالتخفيف من درجتها يأخذ عدة صور كونها قد تمسّ كميّة الالتزام ونوعه، و عليه سيتّم التعرّض إلى أهم الصور التي تتدخّل فيها الإرادة لتخفيفها، بتحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية، أو الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة أو الاتفاق على إنقاص مدة التقادم.

أ–الاتفاق على تخفيف تدرّج الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية:

[1]– عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1 (نظرية الالتزام بوجه عام)،دار إحياء التراث العربي ،لبنان ،د.س،ص.674.

[2]– عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط، ج1،نفس المرجع ،ص.677.

[3]– أحمد مفلح خوالدة ،المرجع السابق،ص.96.

باعتبار أن التّصنيف الذي استحدثه الفقيه الفرنسي ديموج، ارتكز على أنّ النّتيجة التي يتعهّد بها المدين في الالتزامات التعاقدية في مجملها تدور حول نوعين، أوّلهما التّعهد بتحقيق نتيجة أو غاية معيّنة، و النوع الثاني التعهّد ببذل جهد أو عناية مطلوبة[1]،فيقع على عاتق المدين في النّوع الأول تحقيق نتيجة معيّنة تكون هي محل التزامه، فلا يتّم تنفيذ العقد و لا تبرّأ ذمة المدين إلاّ إذا تحققّت الغاية المقصودة، بمعنى أن الالتزام هنا يتحدّد فيه مضمون الأداء بالنتيجة المحددّة التي يرمي الدائن إلى تحقيقها و المتّفق عليها مسبقًا، و هذا بحسب ما ورد في قرار المحكمة العليا ملف رقم 53010 بتاريخ 1988/05/25[2]، و مثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية و بتسليم الشيء المبيع للمشتري.

أما الالتزام ببذل عناية ،ففيه يقتصر التزام المدين على بذل العناية المطلوبة و اللازمة لتحقيق الهدف المعيّن الذي قصد الدائن تحقيقه ، سواء تحقّق الهدف المنشود أو لم يتحقّق، فيكفي إذن أن يقوم المدين ببذل العناية الواجبة و هي بحسب المادة 172 ق .م.ج عناية الرجل العادي[3]،و مثال ذلك التزام الطبيب بعلاج المريض، فهو يبذل العناية و الجهد المطلوب لتحقيق شفائه، و لا تقوم مسؤوليته إذا لم يتم شفاء المريض ما دام لم يكن هناك تقصير منه.

و عليه فإن اتجاه إرادة الطرفين إلى تحويل التزام معيّن يشترط فيه تحقيق النتيجة المرجوّة من التعاقد إلى التزام ببذل عناية يعد من قبيل التخفيف من المسؤولية المترتبة عن إخلال المدين بالتزاماته، فلا يكون إذن مسؤولا عن فعله المجرّد من الخطأ و لا تتحقّق مسؤولية المدين إلاّ إذا أثبت الدائن ارتكابه خطأً و لو كان تافهًا[4].

---

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

[2]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق ،المحكمة العليا ،العدد 02،سنة1993 ،ص.11.

[3]– العربي بلحاج ،المرجع السابق ،ص.54.

[4]– عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،ج1،المرجع السابق ،ص.67.

ب–الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة:

القاعدة العامّة تقضي أن العناية المطلوبة في التزام المدين هي عناية الرجل العادي وهذا ما جاءت به المادّة 01/172 ق.م.ج: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، وأن يقوم بإدارته وأن يتوخّى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإنّ المدين يكون قد وفىّ بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كلّ ما يبذله الشخص العادي، و لو لم يتحقّق الغرض المقصود، هذا ما لم ينصّ القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك". ومن بين الأمثلة القانونية على الالتزام ببذل عناية ما جاء في المادة 576 ق.م.ج و التي نصت على:"يجب دائمًا على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

فمن الممكن الاتفاق على جعل الالتزام بالعناية المطلوبة أقلّ 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 يقلّ عن عناية الرجل العادي في حفاظه على أشيائه، فيمكن هنا أيضا الاتفاق على تخفيف درجة العناية، و مثال ذلك إذا استعارت شركة من شركة أخرى رافعة، وجب على الشركة المستعيرة أن تحافظ عليها كما تحافظ على أموالها الخاصة، فإذا كانت تدير رافعاتها عن طريق خبراء و مهندسين فيجب أن تفعل نفس الشيء بالرافعات المستعارة، لكن يمكن الاتفاق على أنّ الشركة المستعيرة لا تكلّف بأكثر من عناية الرجل العادي، فلا تكون الشركة المستعيرة مخطئة إذا كانت إدارة هذه الرافعة عن طريق عمال فنّيين عاديين[1].

ج–الاتفاق على إنقاص مدة التقادم:

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

يعمل الاتفاق على إنقاص مدة التقادم على إسقاط الالتزام بالتعويض في مدة يحدّدها الطرفان أقصر من المدّة المقرّرة لذلك قانونًا[1]،فقد نصّ المشرّع على ذلك في المادة 386 ق.م.ج التي جاء فيها أنه:"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".

فالغاية من هذا الإنقاص في مدة التقادم هي إعفاء المدين وإبراء ذمّته من هذا الالتزام فور انقضاء المدة التي عينّها لذلك، رغم أنّه كان يجب أن يبقى ملتزما به لولا وجود هذا الاتفاق إلى أمد أطول، وعلى هذا يعتبر الاتفاق بمثابة شرط إعفاء من التعويض.[2]

إلّا أنّ المشرّع الجزائري لم يترك الأمر مطلقا وإنما جعله كاستثناء، ففي المادة 322 ق.م.ج في فقرتها الأولى وضع قاعدة آمرة بتحريم إنقاص المدة اللّازمة لرفع دعوى المسؤولية، فتنصّ المادّة على أنّه:"لا يجوز التّنازل عن التّقادم قبل ثبوت الحقّ فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتمّ التّقادم في مدّة تختلف عن المدة التي عيّنها القانون".

المطلب الثاني: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 بدراسة ما سبق بيانه في كل من عقود البيع ، المقاولة ، النقل كنماذج تطبيقية في هذه الدراسة (فرع أول) ، ثم سنتطرق إلى القيود الواردة على شرط التشديد سواء تلك المستخلصة من الدراسة التطبيقية السابقة الذكر أو من الآراء الفقهية (فرع ثان) .

الفرع الأول: تطبيقات شرطي الإعفاء والتّخفيف

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

[2]– عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط،ج1،المرجع السابق ،ص.915.

ندرس من خلال هذا الفرع صور وأشكال شرطي التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية في كل من عقد البيع ، عقد المقاولة ، عقد النقل ، مبرزين الحالات التي يجوز فيها هذين الشرطين والحالات التي يمنع فيها ذلك لتعارضها مع فكرة النّظام العام .

أولا : تطبيقات في عقد البيع لشرطي الإعفاء والتخفيف:

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 ب: الالتزامات والعقود ،ومن بين الأحكام التي نظمها في عقد البيع ، الاتفاق على التخفيف والإعفاء من ضمان الاستحقاق ،وضمان العيوب الخفية .

أ-الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من ضمان الاستحقاق :

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

ويفترض في حق الارتفاق أنّ البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقاً ظاهراً أو كان البائع قد أعلم به المشتري .

ويكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير ".

فطبقاً 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 ألّا يكون الاستحقاق ناشئ عن فعل البائع وكذلك عدم تعمّد البائع إخفاء حق الغير على المبيع ،كما يستطيع المتعاقدان إسقاط الضمان في بعض الأحيان[1] .

1-الاتفاق على إنقاص ضمان الاستحقاق:

[1]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.27.

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

2-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 ، إلا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى فعل البائع ، فإن الاتفاق على إسقاط الضمان يعتبر باطلا [2]، ويقصد بفعل البائع تعمّده لإخفاء سبب الاستحقاق أو حق الغير وهو ما جاءت به الفقرة الثالثة من نص المادة 377ق.م.ج ،وقيد المشرع هذا الشرط بقيدين هما:

*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 ردّ قيمة المبيع وقت الاستحقاق إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، وعلى هذا النحو يظل البائع ملتزما بأن يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق،ويقتصر أمر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى .

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

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

غير أن هناك حالتين أوردتهما المادة 2/378 ق.م.ج يعفي فيهما 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 بجميع الأخطار محتملة الوقوع وبذلك يكون مضاربا أي يحتمل الربح والخسارة [1].

وبهذا الخصوص أقرت محكمة النقص المصرية بأنه :"إذا كان يشترط لصحة الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه توافر شرطين أولهما ألا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعل البائع، إذ يظلّ في هذه الحالة مسؤولا عن الضمان ولو تضمن العقد الإعفاء منه ، وبذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة 446 آنفة الذكر، وثانيهما ، ألا يتعمّد البائع إخفاء حقا لأجنبي، ذلك أن عقد البيع يلزم البائع بأن يمكّن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، فإن لم يقم البائع بتنفيذ التزامه أو لم يتمكن من القيام به أو استحق العين المبيعة أو قضي بعدم نفاذ عقده أو بطلانه أو انتزعت ملكيتها ، فإنه يتعيّن على البائع ردّ الثمن مع التضمينات ، إلا إذا 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 فإن حق الضمان يسقط عن البائع "[2].

ب- الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من ضمان العيوب الخفية :

[1]- محمد حسنين ،المرجع السابق ،ص.151.

[2]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.29.

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[1]، والإسقاط قد يكون جزئي في شكل إنقاص الضمان ،أو كلي في شكل إعفاء تام .

1-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 ، ومثال إنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشتري إذا رد له المبيع ألّا يرد للمشتري على أنه إلا أقل القيمتين ، قيمة المبيع سليما أو قيمة التعويض وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه 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 ، إلّا أنه يشترط في صحتها ألاّ يكون البائع عالما بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعمّد إخفاءه من المشتري غشا منه [2].

2-الاتفاق على إسقاط الضمان :

الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع [3]،فلا يكون البائع ضامنا لأي عيب يظهر في المبيع حتى لو كان يعلم بوجود

[1]- تنصّ المادة 378 ق.م.ج على أنّه :" يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ،ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري بردّ قيمة المبيع وقت نزع اليد إلّا إذا أثبت أنّ المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد ،أو أنّه اشترى تحت مسؤوليته".

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط ،ج01 ،المرجع السابق ،ص.757.

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

عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفاءها عن المشتري ، ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى عالما ومضاربا كما سبق ورأينا في ضمان الاستحقاق [1].

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 .

ثانيا: تطبيقات في عقد المقاولة لشرطي الإعفاء والتخفيف :

تتعلق أحكام عقد المقاولة بالنظام العام [2]، 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 [3] على أنه :"كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و 14 وفي المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل أو تحديد 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 .

أ-الاتفاقات المخففة للمسؤولية في عقد المقاولة :

تنص المادة 556 ق.م.ج على ما يلي :"يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه ". فيخلص عن صريح عبارة هذا النص أن البطلان

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط ،ج01، نفس المرجع ،ص.758.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،مج (العقود الواردة على عمل)،الطبعة 03 ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،لبنان ،1998 ،ص.140.

[3]- المرسوم التشريعي رقم 93-03 ،المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق لأول مارس 1993 ،المتعلق بالنشاط العقاري ،الجريدة الرسمية، العدد 14 ،الصادر في 03 مارس 1993.

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 أو مقاول 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].

ب-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 المقاول أو المهندس المعماري في عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم رب العمل البناء تبرأ ذمة المقاول أو المهندس المعماري من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة و الخفية على السواء علما أن التسلم لا يعفي من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة [2].

ثالثا: تطبيقات في عقد النقل لشرطي التخفيف والإعفاء

من بين الأحكام التي نضمها المشرع الجزائري في عقد النقل [3] 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 .

أ-في حالة نقل الأشخاص :

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط،ج01 ،المرجع السابق ،ص.141.

[2]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.33.

[3]- الفصل الرابع من الباب الرابع المعنون ب:في العقود التجارية من الكتاب الأول المعنون ب: التجارة عموما من القانون التجاري الجزائري من القانون رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمّم.

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 كلياً أو جزئياً 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، 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 فإن الأمر ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص الذي أوجب فيه القانون على الناقل ضمان سلامة المسافر وحمله المسؤولية المترتبة عن إخلاله بذلك الالتزام،وفي هذا السياق اعتبر كل شرط يرمي إلى إعفاء المسؤولية مخالفا للنظام العام، غير أنه جاز التخلص منه كليا أو جزئيا عن طريق إثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة"[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

[1]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ،عدد01 ،سنة1986 ،ص.192.

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" [1].

أما بالنسبة للنقل الجوي للأشخاص فيتبين من نص المادة 78 من القانون رقم 166/64 المتعلق بالخدمات الجوية [2] 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 أو إلى إقامة حد أدنى من الحدود المضبوطة في هذا القانون ملغى ودون مفعول ،إلا أن إلغاء الشرط لا يقضي ببطلان عقد النقل الذي يظلّ خاضعا لأحكام هذا القانون". يتبين منها أن المشرع الجزائري أبطل كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من مسؤوليته المترتبة عن نقل الركاب،وبطلان الاتفاق لا يؤدي إلى بطلان العقد الذي يظلّ خاضعا لأحكام القانون [3].

بينما لم يحدد القانون البحري [4] 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 .

ب-حالة نقل البضائع :

[1]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.35.

[2]- قانون رقم 166/64 ، مؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق ل 08 جوان 1964 ،المتعلق بالمصالح الجوية ،ج.ر، عدد 06 ،المؤرخة في 16 جوان 1964.

[3]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.35.

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

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

– تحديد مسؤوليته بسبب الضياع أو التلف بشرط أن لا يكون التعويض المقرر أقل بكثير من قيمة الشيء نفسه بحيث يصبح في الحقيقة وهميا.

– إعفاءه كليا أو جزئيا من مسؤولية التأخير .

– يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف" ، حيث يتّضح من هذا النص أن المشرع أقرّ 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[1].

ويعدّ 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[2] ،وكذلك كل شرط يقضي بتنازل المرسل أو المرسل إليه عن الحقوق التي تنشأ عن التأمين على البضاعة ضد مخاطر النقل لصالح الناقل .

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

[2]– تنصّ المادّة 75 ق.ت.ج على ما يلي :"يعدّ كاشتراط بالإعفاء بالنسبة للمواد 52 و65 و66 و71 و72 الاشتراط الذي يضع بصفة مباشرة أو غير مباشرة التّأمين الكلّي أو الجزئي لمسؤولية النّاقل أو الوكيل بالعمولة ، على عاتق المرسل أو المرسل إليه أو المسافر أو الموكل".

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 أو حتى 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 سالفة الذكر على ما يلي:"يعدّ 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 و 773 و 780 و 802 و803 و804 من هذا الكتاب .

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

ج/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 النّاشيء عن إهمال أو خطأ أو تقصير في الواجبات أو الالتزامات

[1]– سهام سويح ،عقد النّقل الجوّي ،مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماستار في القانون ،تخصّص قانون الأعمال، كليّة 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 والتّخفيف

بالإضافة إلى حالات عدم الجواز والتي أوردناها سابقا على شرطي الإعفاء والتخفيف والمتمثّلة في حالتي الغشّ والخطأ الجسيم ، هناك العديد من القيود التي ترد على شرطي الإعفاء والتخفيف، وتتعلّق هذه القيود بالأضرار الجسدية، و عقود الاستهلاك، والشروط التعسّفية في عقود الإذعان.

أولا: بطلان شرطي الإعفاء و التّخفيف عن الأضرار الجسدية

من المسّلم به أنّ جسم الإنسان يخرج عن دائرة التّعامل المالي؛ لأنه ليس من الأشياء، وأيّ اتّفاق يكون محلّه جسم الإنسان أو سلامته يكون باطلاً [3].

وتجب الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري حتى وإن أقّر بصحّة شرطي الإعفاء و التّخفيف من المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة، فإنّ ذلك لا يسري بالنّسبة للأضرار الجسمانية المخالفة لفكرة النظام العام، ولعدم جواز أن يكون الجسم الإنساني محلّ معاملة أو مساومة، ومثال ذلك: أنّه لا يجوز للناقل أن يعفي نفسه من الحوادث التي تصيب المسافرين في أجسامهم، ولا يستطيع

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

[2]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق، المحكمة العليا ،عدد 01 ،سنة 2013 ،ص .190.

[3]– بلقاسم أعراب،شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،تخصص عقود ومسؤولية، معهد العلوم الإدارية والقانونية، جامعة الجزائر، 1984،ص.52.

الطّبيب أن يشترط إعفاءه من الأضرار التي تصيب المريض أثناء العلاج، أو من جرّاء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسيراً[1] .

وكأساس قانوني يمكن الرجوع إليه، نجد أنّ نصّ المادة 47 ق.م.ج تقضي بما يلي: " لكلّ من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حقّ من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عمّا لحقه من ضرر".فهذه المادّة جاءت بصفة عامة لتشمل الأضرار النّاجمة عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، والتي قد يعفى المسؤول منها بموجب الاتفاق، فيكون هذا الاتفاق باطلا.

ثانيا: بطلان شرطي الإعفاء والتخفيف من مسؤولية التّاجر تّجاه المستهلك

أقرّ قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ أنّ الدائن بالحماية التي تضمنها أحكامه هو المستهلك، وهنا تظهر أهميّة تعريف المستهلك لتحديد الأشخاص المعنيّين بهذه الحماية،ولقد المادّة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ المستهلك بأنّه:" كلّ شخص طبيعي أو معنوي،يقتني بمقابل أو مجّاناً، سلعة أو خدمة موجّهة للاستعمال النّهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفّل به"[2].

بعد تعريف المستهلك، يتبيّن لنا أنّه من الناحية التّجارية يعدّ العقد المبرم بين التّاجر والمستهلك من العقود التجارية المختلطة التي تعتبر بالنّسبة للمستهلك عملا مدنيّا، وبالنّسبة للتّاجر

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

[2]– قانون رقم 03/09 ،مؤرخ في 25 فيفري 2009،يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ،الجريدة الرسمية ،عدد15،الصادرة في 08 مارس 2009.

عملا تجاريا،وفي هذه الحالة يثور التّساؤل التالي: هل يجوز إدراج شرط يعفي التاجر من الضّمان القانوني تّجاه المستهلك؟[1]

والإجابة على هذا السّؤال نجده في المادّة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ التي تنصّ على أنّه:"يستفيد كلّ مقتن لأيّ منتوج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عتادًا أو مركبة أو أيّ مادّة تجهيزية من الضّمان بقوّة القانون.

-ويمتدّ هذا الضّمان أيضا إلى الخدمات.

-يجب على كلّ متدخّل خلال فترة الضّمان المحدّدة،في حالة ظهور العيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته.

-يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية.

-يعتبر باطلاً كلّ شرط مخالف لأحكام هذه المادة "[2].

يتبيّن من خلال نصّ المادّة أنّه لا يمكن التّنازل عن الضّمان القانوني أو الإنقاص منه،فهذا الضّمان بقوّة القانون ،حيث يعتبر كل شرط مخالفاً باطلاً. فيلتزم التاجر بضمان العيوب التي قد تظهر في المنتوج خلال المدّة المحدّدة قانوناً رغم أيّ اتفّاق مخالف.

ثالثا: بطلان الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان

عقد الإذعان هو عقد ترتّب على احتكار بعض المرافق الهامة احتكارا قانونيا أو فعليّا كخدمات المياه، الكهرباء، الاتصالات وغيرها...، فالمشترك أو المستفيد من هذه المرافق يقبل

[1]- أحمد مفلح خوالدة ،المرجع السابق ،ص.169.

[2]- قانون رقم 03/09 ،المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ،المرجع السابق.

بالشّروط التي تفرضها هذه الأخيرة عليه كما هي دون نقاش، وبالتالي فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين، بل إحداهما تملي والأخرى تذعن[1].

ولقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي رقابة عقود الإذعان،وذلك بتعديل الشروط التعسفية بما يتفق مع العدالة والقانون[2]،بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه،ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاصّ،فإنّ هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام [3]،وهذا ما قضت به المادة 110 من ق.م.ج التي تنصّ على أنّه:"إذا تمّ العقد بطريق الإذعان،وكان قد تضمنّ شروطا تعسفية،جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها،وذلك وفقا لما تقضي به العدالة،ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[4].

[1]- علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)،ط5،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2003،ص..26.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق ،ص.ص.92-94.

[3]- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط ،ج 01،المرجع السابق،ص.250.

[4]- الأمر رقم 58/75 ،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،المتضمن القانون المدني، ج.ر ، عدد 78 ،صادرة بتاريخ 29 سبتمبر 1975 ،معدل ومتمم.

المبحث الثاني:الاتفاق على التشديد في المسؤولية العقدية

سيتمّ التّطرّق في هذا المبحث إلى تعديل المسؤولية العقدية عن طريق تشديدها، ولم يورد القانون المدني الجزائري إلّا صورة واحدة من هذا التشديد، و هي تلك الواردة في الفقرة الأولى من المادة و المتمثلة في شرط تحمّل المدين للسّبب الأجنبي، بل و حتّى هذا الأخير حصره المشرع 178 في نصّ المادة السالفة الذكر في القوّة القاهرة و الحادث المفاجئ، بينما لم ينصّ على صور أخرى لتحمّل السبب الأجنبي، كخطأ الدائن و خطأ الغير، ممّا يستدعي البحث في طبيعة السّبب الأجنبي وشروطه والآثار المترتّبة عليه، و مدى توفيقه في استبعاد جواز الاتفاق على تحمل خطأ الدائن و خطأ الغير.

وبما أنّ التشديد في المسؤولية العقدية هي الدّرجة المخالفة لشرطي الإعفاء و التّخفيف، فسيتمّ الاعتماد في هذا المبحث على ما تمّ الاعتماد عليه في المبحث الأول، حيث سنتطرق إلى التّعريف بالتّشديد في المسؤولية العقدية من حيث توضيح مقصودها و أهم صورها (المطلب الأول) ثم تبيان أهمّ التطبيقات التشريعية لهذا الشرط وكذا القيود التي ترد عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التشديد في المسؤولية العقدية

تنص المادة 178 ق.م.ج في فقرتها الأولى على أنّه: "يجوز الاتّفاق على أن يتحّمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة"، و بالتالي يعدّ تحمّل المدين للقوّة القاهرة و الحادث المفاجئ إحدى الصّور المشدّدة للمسؤولية العقدية، إلّا أنّ هناك صورا أخرى توسّع فيها الفقه كتحويل نوع الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة و التشديد في درجة العناية المطلوبة .

لكن قبل التّطرق لهذه الصور سنحدّد المقصود بالشّرط المشدد للمسؤولية العقدية (فرع أول) ثم نفصّل في الصور السالفة الذكر (فرع ثان) .

الفرع الأول: المقصود بشرط التشديد

لتحديد المقصود بالشّرط المشدّد للمسؤولية العقدية يتوجّب وضع تعريف شامل له، ثمّ تمييزه عن الشرط الجزائي بتحديد أوجه التشابه و أوجه الاختلاف بينهما.

أولا: تعريف شرط التشديد

يعرّف الشّرط المشدّد للمسؤولية العقدية، بأنّه ذلك الشّرط الوارد في العقد أو في وثيقة منفصلة، والذي يقضي بمسؤولية المدين في حال أو في أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة [1]،ويكون ذلك بالاتفاق على أن يتحمّل المدين مسؤولية عدم التنفيذ أو الإخلال بالتنفيذ عموماً،حتّى لو كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي كالحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة،ويعتبر هذا الاتفاق في العقد نوعاً من التّأمين وعادة يكون ذلك مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين في مقابل العقد،وهذا ما تنصّ عليه المادّة 178 في فقرتها الأولى من ق.م.ج بقولها:"يجوز الاتفاق على أن يتحمّل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة".

ثانيا: تمييز الشرط المشدّد للمسؤولية العقدية عن الشرط الجزائي

لم يعرّف المشرّع الجزائري الشرط الجزائي، لكنّه اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادّة 183 ق.م.ج، ونظم أحكامه في المواد من 184 إلى 187 ق.م.ج .

والشرط الجزائي عبارة عن اتّفاق تبعي، قد يرد في ذات العقد أو في عقد لاحق، يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حالة إخلاله بالتزام ترتّب في ذمّته، سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي أو عدم تنفيذ جزئي، أو تأخّر في التنفيذ أو في حالة التنفيذ المعيب للالتزام[2].

[1]– أحمد سليم فيوز نصرة ، المرجع السابق ،ص.36.

[2]– بوبكر فارس ،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 ،ص.20.

ويتّفق الشّرط الجزائي مع الشرط المشدّد للمسؤولية العقدية في أن كلاهما يعتبر تعديلاً اتّفاقيا على ما تقضي به القواعد العامّة، كما يتّفقان أيضا في أنهما –كاتفاقين– يعدّان باطلين في حالتي الغشّ والخطأ الجسيم[1] .

ويتشابهان كذلك، في أن كلا النّظامين يؤدّيان في أحيان كثيرة إلى نفس النتيجة، وهي تحميل المدين أكثر من التعويض الذي من المفروض أن يحصل عليه الدائن.ومثال ذلك أن يتّفق الأطراف على مبلغ من النقود كجزاء عن الإخلال بالعقد .

بينما يختلفان في أنّ الشرط الجزائي يتناول قيمة التّعويض ولا يتناول مسؤولية المدين، أي أنّ هذا الأخير يظل مسؤولا مسؤولية كاملة حتى ولو كان التعويض أقلّ من الضّرر الواقع. كذلك يختلفان من حيث تعديل الشرط؛ فلا يجوز للقاضي التعديل في الشرط المشدّد للمسؤولية العقدية إلّا إذا كان مخالفا للنّظام العام، أمّا الشرط الجزائي فقد أجاز المشرع للقاضي تعديله أو الإعفاء منه إذا ثبت أنّه كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة، أو أن الدائن لم يلحقه أي ضرر[2].

الفرع الثاني: صور شرط التّشديد .

لشرط التشديد صور مختلفة ، تتجسّد في تحمّل المدين السّبب الأجنبي و منها ما أورده المشرّع الجزائري من تحمّل تبعة الحادث المفاجئ والقوّة القاهرة، التّشديد في درجة الالتزام المطلوب، تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة .

أولا: تحمّل المدين السبب الأجنبي

[1]– محمد أمين سي الطيب ،الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ،مذكرة ماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ،2008/2007 ،ص.67.

[2]– أحمد سليم فيوز نصرة ،المرجع السابق ،ص.ص.40.39.

من الثّابت في التقنين المدني أن السّبب الأجنبي هو السّبب المباشر لنفي العلاقة السّببية بين عدم تنفيذ الالتزام والضرر النّاتج عن ذلك ؛ فيدفع من خلاله المدين عنه قيام المسؤولية العقدية، فالمقصود إذن بالسبب الأجنبي أنه واقعة غير متوقّعة من قبل المدين تنشأ بسبب لا دخل لإرادته في حدوثها، و يترتّب عليه انقطاع الصّلة بين الفعل الصادر من قبل المدين و الضرر الواقع بالدائن، و من ثمّ انتفاء المسؤولية المدنية ككل[1].

و هذا ما جاءت به المادّة 176 ق.م.ج والتي تنصّ على أنّه: " إذا استحال على المدين أن ينفّذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخّر المدين في تنفيذ التزامه"، كذلك الأمر في نص المادة 307 من نفس القانون والتي تنصّ على أنّه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

و يتجسّد السّبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، في صور جاءت في المادة 127 ق.م.ج[2] وهي كالتالي:

أ-القوة القاهرة:

في بداية الأمر لابدّ من التّذكير من أنّ هناك خلاف فقهي حول علاقة القوّة القاهرة بالحادث الفجائي[3]، إلّا أنّ أغلب الفقه لا يفرّق بينهما لأنّ كليهما يرتّب نفس النتيجة ألا و هي دفع المسؤولية عن المدعّى عليه، و أنّهما يتّفقان من حيث ضرورة تحقّق شروطهما، و هذا أيضا رأي القضاء فيما جاءت به المحكمة العليا في قرارها في الملف رقم 25752 بتاريخ

[1]- علي علي سليمان ،المرجع السابق ،ص.156.

[2]- تنص المادة 127 على ما يلي :"إذا أثبت الشخص أنّ 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 نصّ قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ".

[3]- العربي بلحاج ،المرجع السابق ،ص.867.

.[1]1982/12/22

و بالتالي ففي القوة القاهرة ثلاث شروط لابدّ أن تتوافر لتتحقّق وتقوم على معيار موضوعي و هي:

1-أن يكون الحادث خارجًا عن إرادة الشخص:

بمعنى أنّه يجب أن يكون منبثقا من عامل خارجي عن المدين باعتبار أنّه إذا نسب إليه شخصيّا أو بسبب إهماله يكون مسؤولا عن نتائجه، كما يكون مسؤولا عن هذه النتائج إذا حصلت بفعل أحد تابعيه،أو الأشياء أو الآلات التي تحت يده أو حراسته[2].

2-يجب أن تكون القوّة القاهرة غير متوقّعة الحدوث عادة وقت توقيع العقد:

أي أنّه ليس ضمن ما يمكن حدوثه في الظروف العادية، و يعد أمر التّوقع من المسائل التي أخذت حيّز اهتمام كبير، فهي الفارق بين عدم إمكانية ذلك في جميع الظّروف و بين إمكانية التّوقع التي يكون فيها المدين قد أخذ على عاتقه المخاطرة في حال حدوث ما يمنع من تنفيذ العقد أو أنه لم يتّخذ الإجراءات اللّازمة التي من شأنها أن تمنع حدوثه، ففي الحرب مثلاً يدخل ضمن التّوقع إمكانية الاستيلاء على البضاعة، فإذا حصل ذلك فلا يشّكل قوّة قاهرة، كما أنّ طبيعة الالتزام تجعل التّوقع ممكنا، ففي حالة نقل مبلغ كبير من المال فإنّ احتمالية تعرّضها للسّرقة أمر ممكن الحدوث.

3- يجب أن يكون الحادث ممّا 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 بالنّسبة للمدعّى عليه فقط، بل يجب أن تكون كذلك بالنّسبة لأيّ شخص وجد في نفس الظّروف التي وجد فيها هو،فإذا حصل حريق في مصنع حال دون

[1]- المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق ،المحكمة العليا ،العدد 02 ،سنة 1983 ،ص.58.

[2]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.44.

تنفيذ الطّلبية أو تمّ مصادرة البضاعة من طرف السّلطة، فإن الحادث يكون غير قابل للدفع،أمّا إذا كان الالتزام مرهقًا أو صعبًا ولم يصل لحد الاستحالة، فلا يتمّ نفي المسؤولية العقدية عن المدين[1].

ب- خطأ المدين:

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 177 من القانون المدني على أنّه: " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتّعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضّرر أو زاد فيه".

إنّ خطأ المضرور بوصفه صورة من صور السبب الأجنبي و عارض من عوارض الرابطة السببية في المسؤولية العقدية شغل حيّز اهتمام و ذلك باعتباره يدفع عن المدين مسؤوليته، وذلك بحسب طبيعة هذا الخطأ وموقعه و درجته، أو على الأقل التّخفيف من هذه المسؤولية أو جعل المتضرّر يتحمّل جزءا من هذا التعويض خاصة عند اشتراك خطأ الدّائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر .

فينبغي التّمييز بين الأثر المترّتب على فعل الدائن غير الخاطئ و فعله الخاطئ، فإذا كان فعل المتضرر غير الخاطئ يعد السّبب الوحيد في إحداث الضرر اللّاحق به، أو كانت درجة فعله المجرّد من الخطأ مستغرقة للضّرر الحاصل به، فإنّ الدائن المتضرر هنا لا يستحقّ التعويض لعدم ترتّب الضمان على فعل المدين لاستغراق فعله للضرر الواقع، أما إذا كان فعل الدائن خاطئاً ترتّب عليه إعفاء المدين من المسؤولية و ذلك يكون في حالة واحدة إذا كان فعله هو السّبب الوحيد في إحداث الضّرر[2]،أما في حالة اشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين، فللقاضي بحسب المادة 177 ق.م.ج السلطة التقديرية للحكم بنسبة كل خطأ.

ج- فعل الغير:

[1]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.45.

[2]- سامي عمر الفرجاني ،المرجع السابق ،ص.37.

يعرّف الغير على أنّه الشّخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولا عنه و هو يعتبر سببًا أجنبيّا و يترتّب عن فعله نفس السببية إذا توافرت فيه الشروط المتوفرة في القوّة القاهرة من عدم التوقّع و عدم إمكانية الدّفع و هذا وفقًا لما قضت به المحكمة العليا في قرارها في الملف رقم 71728 بتاريخ 1990/09/24[1].

ليس ضروريّا أن يتّصف فعل الغير بالخطأ بل يكفي أن يكون قد ساهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة في الحلول دون قيام المدين بتنفيذ التزامه، فإذا تعاقد صاحب أرض على البيع لجاره كميّة من المياه من البئر، وأقدم جار آخر له بحفر بئر في أرض فأدّى إلى انسياب الماء من بئر الجار الأول إلى الثاني، ممّا حال دون تنفيذ الجار الأول لالتزامه بتوفير كميّة من المياه محلّ البيع، فيعتبر الجار الثاني مانعا لمسؤولية الجار الأوّل دون قيام مسؤوليته هو أيضا، لأنه لا يمكن أن يسأل عن ممارسة حقّه الذي منحه له القانون وإن أحدث ضررًا للغير، لكونه ضرر مشروع بحكم القانون، ولكن يجب أن يكون ذلك بحسن نيّة، أمّا إذا كان تمّ بسوء نيّة فيتسّم عندها فعله بالخطأ المولّد للمسؤولية التقصيرية[2].

يترتّب على قيام السّبب الأجنبي المتمثّل في القوّة القاهرة والحادث المفاجئ، وخطأ الدائن و خطأ الغير، انقضاء الالتزام الملقى على عاتق المدين بموجب العقد[3].

و نصّا القانون المدني الجزائري 176 و 307 يجب أن يقرآ إلى جانب نص المادة 121 من نفس القانون والتي جاء فيها:" في العقود الملزمة لجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون "، و هذا النصّ يوضّح حكم الاستحالة، و كما هو وارد فحكمها الانفساخ، ذلك أن العقد ينفسخ و لا يتحمّل المدين تبعا لهذا

[1]– المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق ،المحكمة العليا ،العدد 02 ،سنة 1999 ،ص.28.

[2]– بن عامر خير الدين ، المرجع السابق ،ص.47.

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

الانفساخ أي مسؤولية عقدية[1]،و شروط الانفساخ هي: استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، و أن تكون هذه الاستحالة في تاريخ لاحق لقيام العقد، ذلك أن وجود الاستحالة وقت العقد يعني أن العقد لم ينعقد فهو باطل، و أن تكون الاستحالة كاملة، أما إذا كانت جزئية، ففي هذه الحالة لا ينفسخ العقد بحكم القانون كلية، بل يجب على الدائن إذا أراد فسخ العقد أن يلجأ إلى القضاء[2]،و هذا ما لم ينص عليه المشرّع الجزائري في المادة 176 ق.م.ج و اكتفى بالقول:"... و يكون الحكم كذلك إذا تأخّر المدين في تنفيذ التزامه"،فالأجدر أن يقول:"و يكون الحكم كذلك إذا كانت الاستحالة جزئية أو تأخّر المدين في تنفيذ التزامه أو نفّذه تنفيذا معيبا".

و يكون إعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناتج عن سبب أجنبي مصدره خطأ الغير في حالة ما إذا كان هذا الأخير هو المتسبّب الوحيد في الضّرر، أو يكون خطأ الغير مستغرقا لخطأ المدين بدرجة أكبر.

هذه كانت نظرة عامّة شاملة عما يترتّب عن استحالة التّنفيذ لسبب أجنبي، هذه الآثار– السالفة الذكر– تلغى تماما أو جزئيا بوجود الشرط المشدّد للمسؤولية العقدية بحسب درجة التّشديد التي سنراها فيما سيأتي لاحقا.

و مما سبق بيانه عن المقصود بالسبب الأجنبي و الصور التي يتجسّد فيها، و كون أثره على العلاقة التّعاقدية بتوفر جميع شروطها يصل لحد انقضاء الالتزام الملقى على عاتق المدين مما ينفي المسؤولية العقدية بالتبعية لنفي العلاقة السببية، إلّا أنّنا نجد أن لأثر سلطان الإرادة و سطوتها على هذا العار ض المعفي من المسؤولية دور هام و مؤثر، فقد سمح التشريع المدني

[1]– أحمد سليم فيوز نصرة ، المرجع السابق ،ص.163.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط ،ج01 ، المرجع السابق ،ص.702.

الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 178 من القانون المدني على أنّه:" يجوز الاتّفاق على أن يتحمّل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"[1].

و بالنّظر إلى الفقرة السابقة من المادة 178 ق.م.ج، نلاحظ أن المشرّع اقتصر فكرة الاتفاق على التّشديد من المسؤولية على الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة، و ذلك نابع بحسب ، الاعتقاد إلى ضرورة عمليّة تتعلق بصعوبة الإثبات و لما كانت هذه الصعوبة موجودة في حالتي خطأ الغير و خطأ الدائن، فإن مثل هذا الاتفاق يكون غير سليم قانونيا[2].

و الجدير بالذكر أيضا أنّ المشرّع بإجازته الاتفاق على التّشديد من المسؤولية العقدية بتحمّل المدين تبعة القوّة القاهرة في نص المادة 178 ق.م.ج، عرّضه لنوع من الانتقاد ، حيث اعتبر بأنه فاضل بين القوّة القاهرة و بين الظروف الطارئة[3]،حيث أدخل هذه الأخيرة ضمن نطاق النظام العام،و بالتالي لم يجز مثل هذا التّعديل بالاتفاق على إمكانية تحميلها للمدين، رغم أن الظّروف الطارئة على الالتزام ينحصر في وصفه بالإرهاق فقط، بينما لم يرقى بالقوّة القاهرة لدرجة النّظام العام في حين نجد أنّ أثرها على الالتزام هو أشد وطأة، فهي تجعله مستحيل التنفيذ، إلّا أنّه و بالنّظر لشروط تحقّق الظّروف الطارئة و القوّة القاهرة[4] ، نجد أنّ هناك انفراد للظّروف الطارئة بصفة جعلت المشرع يضعها ضمن نطاق النظام العام، فهي تتّسم بصفة العمومية التي تجعلها مؤثرة في استقرار المجتمع ككل أو حتّى جزء منه، لكن هذه الصفة لا نجدها في القوّة القاهرة أو

---

[1]– بن عامر خير الدين ، المرجع السابق ،ص.48.

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

[3]– تنصّ المادة 107 ق.م.ج في فقرتها الثالثة على أنّه :"غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ،صار مرهقا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة ،جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول ،ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[4]– العربي بلحاج ،المرجع السابق ،ص.255.

الحادث المفاجئ التي تثبت دون توافر ركن العمومية ، ممّا يجعل أثرها منصبّا فقط على المتعاقدين بصفة خاصّة [1].

ثانيا– التّشديد في درجة الالتزام المطلوب:

يكون هذا النّوع من التّشديد في مسؤولية المدين باشتراط الدائن على المدين بذل عناية أكبر من العناية التي يفرضها القانون عليه والمتمثّلة في عناية الرجل العادي، و ذلك بأن يكون المدين مسؤولا عن الخطأ التافه أو اليسير الصّادر من جانبه[2] ، بالرغم من أنه ما كان ليسأل عنها في الأحوال العادية، كأن يتّفق على أن يبذل المدين عناية الرجل الحريص، في التزام يستلزم تنفيذه مجرّد عناية الرّجل العادي، فيحاسب المدين إذن عن التأخير و لو لدقائق معدودة و عن عدم الاحتياط الذي يقع فيه الرجل العادي، و عن أي هفوة من المعتاد التجاوز عنها [3].

و يدخل ضمن التّشديد في مسؤولية المدين العقدية أيضا أن يشمل التزام المدين بعض الأضرار غير المباشرة مثل التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تحدث عادة من جرّاء خطأ المدين أو التزام المدين بتعويض الضّرر المتوّقع وغير المتوّقع و لو كان الخطأ المنسوب إليه لم يصل إلى درجة الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم[4].

ثالثا– تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة:

يعتبر من قبيل التّشديد في مسؤولية المدين العقدية الاتفاق على تحويل التزام كان في الأصل التزاما ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، إلّا أنّ تحويل الالتزام بفعل هذا الاتفاق لا يمنع المدين من التّمسك بالسّبب الأجنبي كسبب لانقضاء الالتزام، و قد استند البعض إلى أنّ الأساس

[1]– قوقو بلعجات ،نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستار في القانون ،تخصص قانون خاص شامل ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،2015/2014 ،ص.37.

[2]– حميدة يوس؛ ساعو كهينة ،المرجع السابق ،ص.23.

[3]– أحمد سليم فيوز نصرة ،المرجع السابق ،ص.157.

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

في إجازة مثل هذه الاتفاقات يرجع لنتيجة منطقية مفادها أنه إذا أجيز الاتفاق على تحمّل المدين القوّة القاهرة، فمن باب أولى أنّه يجوز كذلك الاتفاق على تشديد طبيعة التزام المدين[1]، لكن يعدّ السّند القانوني الأكثر قوّة لإجازة مثل هذه الصورة من الاتفاقات المشدّدة للمسؤولية العقدية في المادة 172 ق.م.ج.

و من بين الأمثلة الدالّة على هذا الوجه من التّشديد، الاتفاق على أنّ التزام الشّركة التي تتولّى إدارة مصانع شركة أخرى أن تضمن تحقيق أرباح تصل إلى مئة ألف على الأقل نهاية السنة الأولى لتنفيذ العقد، ففي الأصل أنّ هذه الشّركة التي تتولّى الإدارة لا تسال إلّا عن حسن أدائها للإدارة و لكنّها في ظل التّشديد تسأل عن تحقيق النتيجة المتّفق عليها، و لو كانت قد بذلت كلّ ما في وسعها لكن لم تفلح، و تلتزم بالتّعويض بمجرّد عدم تحقيق الأرباح المتّفق عليها[2].

و مثال ذلك أيضا اشتراط الموّكل على وكيله في العقد المبرم معه على أن يلتزم هذا الأخير في العمل الموكّل إليه بتحقيق نتيجة، مقابل أجرة زائدة عادة ، على الرّغم من أنّ أصل التزامه هو بذل عناية و ليس تحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة لا تنتفي مسؤولية الوكيل تّجاه موكّله بمجرّد بذله العناية المطلوبة أو اللاّزمة في تنفيذ الالتزام، وإنّما يلتزم بتحقيق الغاية من توكيله في العقد.

و يصحّ هذا المثال لو كان الوكيل محامياً وفقا للقانون المصري الذي سمح بهذا الوجه من التّشديد في الالتزام في تنظيمه لمهنة المحاماة في القانون رقم 197 لسنة 2008 [3]، حيث جاء في المادّة 82 منه على أنّه:"يدخل في تقدير أتعاب الدّعوى والجهد الذي بذله المحامي و النتيجة التي حققها..."، في حين لا يجوز هذا الوجه من التّشديد في التزام المحامي الجزائري وفقا للقانون

[1]– أحمد سليم فيوز نصرة ،المرجع السابق ،ص.157–158.

[2]– أحمد مفلح خوالدة ، المرجع السابق ،ص.125.

[3]– قانون رقم 17 لسنة 1987 ،المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المصري ،المعدّل والمتمم بالقانون رقم 197 لسنة 2008.

رقم 13-07 المتضمّن تنظيم مهنة المحاماة [1]،و ذلك وفقا للمادة 23 منه:" لا يمكن أن يكون مبلغ الأتعاب خاضعًا للنّتائج المتوصّل إليها و يعدّ باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

المطلب الثاني: تطبيقات لشرط التّشديد والقيود الواردة عليه

وكما تطرّقنا لتطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف خلال المبحث الأول من هذا الفصل في كل من عقود البيع ، المقاولة والنّقل،سنتطرّق لتطبيقات شرط التشديد في نفس العقود باعتبارها من أهم العقود المتداولة بين الأفراد(فرع أول) ،ثمّ سنبرز أهمّ القيود الواردة على شرط التشديد باعتباره شرطا مقيّدا بضوابط تحول دون اعتباره شرطا تعسفيا أو شرطا مخالفا للنظام العام ومبادئ العدالة(فرع ثان).

الفرع الأول: تطبيقات لشرط التشديد

ندرس من خلال هذا الفرع الصورة المعاكسة لشرطي الإعفاء والتخفيف ،وهو شرط التشديد ، وارتأينا دراسة صور وأشكال هذا الشرط في نفس العقود المدروسة في المبحث الأول،حتّى يكون هناك انسجام في الأفكار ولاتضاح الفكرة أكثر حول هذه الشروط،وعليه سنتسعرض تطبيقات لشرط التشديد في كل من عقد البيع،عقد المقاولة، عقد النّقل.

أولا: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 نفعا 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

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

أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا 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 ستتم دراسة تطبيقات لشرط التشديد في عقد البيع في حالة ضمان الاستحقاق ،ثم في حالة ضمان العيب الخفي في المبيع .

أ-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: اشتراط عدم قيام البائع بأعمال تتعارض وطبيعة الانتفاع الخاص الذي يرمي إليه المشتري ، كأن يلتزم بعدم تعاطي تجارة مماثلة لنشاط المحل موضوع التعاقد [2]، 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 و لو قبل وقوع التعرض فعلا، أو الاتفاق على أن يضمن البائع نزع ملكية العقار للمنفعة العامة بينما يعفيه القانون من ذلك[3] .

ب-زيادة ضمان العيب الخفي :

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 ،مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 ، ج.ر عدد 40 ،الصادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990،ص.14.

[2]- بن عامر خير الدين ، المرجع السابق ،ص.61.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط ،ج 01،المرجع السابق ،ص.698.

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 [1].

إضافة لهذه الصور نذكر صورة شائعة وهي ضمان الصلاحية لمدة معينة. ولتحقيق هذا الضمان يجب أن يحدث الخلل أو العيب في فترة الضمان، الفقرة اللازمة لتجريب المبيع والتأكد من صلاحيته للعمل [2] ، 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 [3]؛على خلاف من ينادي بأنه قد يكون تعسفا 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[4].

ثانيا: 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 و

---

[1]– أحمد خليل حسن قدادة ،المرجع السابق ،ص.181.

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

[3]– تنص المادة 01/17 من المرسوم التنفيذي رقم 13–327 المحدّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيّز التنفيذ على أنه :" لا يمكن أن تقلّ مدة الضمان عن ثلاثة (03) أشهر بالنسبة للمنتجات المستعملة"،ج.ر عدد 49 ،الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013.

[4]– تنص المادة 364 ق.م,ج على أنّه :" يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

المهندس المعماري تعتبر من النظام العام، 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 ،ثم سنرى العلاقة الموجودة بين ضمان العيب الخفي في المبيع والمسؤولية العشرية للمشيدين .

أ-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.

إذا كان هذا هو الأصل بالنسبة للاتفاقيات المشددة للمسؤولية، إلا أنه ينبغي مع ذلك التحفظ في حالة تعسف رب العمل ، حين يضمن العقد شروطاً 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[1] .

ب-علاقة العيب الخفي في المبيع بالضمان العشري :

[1]- بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.ص.62-63.

يقوم الضمان العشري بقوة بوجود شرط التهدم ،حيث يرتكز عليه كثيراً ؛لكونه الغاية من استحقاق الضمان ، إلا أنه يمكن توسيع نطاق الضمان العشري ليشمل العيوب الخفية وإن لم تؤدي لانهيار البناء ، ولكن هي على حدٍّ من الخطورة تتجلى في المس بصلابة البناء أو جعله البناء أن يعود على البائع (رب العمل) بضمان العيب الخفي في المبيع، وهذا الأخير يعود على المشيدين بالضمان العشري المتفق عليه ، وهي صورة من صور زيادة نطاق الضمان العشري[1] .

ثالثا:تطبيقات في عقد النقل لشرط التشديد

لم يورد القانون التجاري نصوصا خالصة 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 هذا باقتضاب في حالتين :حالة نقل الأشخاص ،ثم نقل البضائع.

أ-حالة نقل الأشخاص:

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

[1]- مقارنة بين ضمان العيب الخفي في المبيع بالضمان العشري للمقاول والمهندس المعماري ، من موقع : . frssiwa . com blogspotآخر زيارة للموقع بتاريخ 2021/05/22 على الساعة 19:05 .

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

وكذلك الأمر بالنسبة للناقل الجوي ،لا يوجد نصّ صريح في القانون على تشديد مسؤولية الناقل الجوي، إلّا أنّه لا يوجد ما يمنع ذلك أيضا.

ب-حالة نقل البضائع:

لم ينصّ القانون التجاري الجزائري كذلك على جواز تشديد مسؤولية الناقل البري للبضائع ،إلّا أنّ ذلك لا يعني عدم جواز مثل هذا الشرط ،فيمكن للأطراف الاتفاق على زيادة مسؤولية الناقل ،وعليه يستطيع المرسل أن يشترط على الناقل ضمان هذا الأخير للسبب الأجنبي ، أو اشتراط أن يبذل الناقل عناية خاصة في تنفيذ بعض التزاماته ، ومن الشروط التي تشدد المسؤولية أن يتفق الشاحن مع الناقل على أن يكون التزام هذا الأخير قائما حتى في حالة الضرورة التي قد تؤدي به إلى اللجوء إلى تغيير طريق النقل ،وهي نفس الصور التي يمكن أن تطبق في حالتي النقل البحري والجوي رغم غياب نصوص صريحة تقرّ بذلك[1].

الفرع الثاني:القيود الواردة على شرط التّشديد

يرد على شرط التّشديد عدّة قيود مستخلصة من أحكام القضاء وآراء الفقهاء وبعض النّصوص التّشريعية كنص المادّة 66 ق.ت.ج التي ترمي إلى وجوب وضوح وصراحة شرط التشديد ، إضافة إلى قيود أخرى كعدم مخالفة الشّرط للنّظام العام و مبادئ العدالة، و ألّا يرد الشرط في شكل بند تعسفي في عقد إذعان.

أولا: وضوح و صراحة شرط التشديد.

[1]- بن عامر خير الدين ، المرجع السابق ،ص.65.

يشترط في اتّفاقات التّشديد ألّا تكون مبهمة، و أن تكون واضحة ومحدّدة كونها تزيد الأعباء، على المدين، و تعدّ خروجا عن القواعد العامة فيجب أن ينصّ الشرط صراحة في العقد على الأمور التي يضمنها المدين و التي تعد زيادة في الالتزام و تشدّدا، كأن يتّفق مثلا على أنّ للمشتري الرجوع على البائع في حالة الاستحقاق لجميع المصروفات حتى لو كانت كمالية و حتى لو كان البيع حسن النية، وهناك العديد من التطبيقات القانونية لمبدأ الوضوح و الكتابة فيما يتعلق بشرط التشديد و من ذلك ما نصت عليه المادة 11 ق.ت.ج .

ثانيا: مخالفة الشّرط للنّظام العام و مبادئ العدالة

لا يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية بوضع شروط مخالفة للنّظام العام، ومثال ذلك الاتفاق على مدّة تقادم أطول ما لم يوجد نص خاصّ يجيز ذلك، و مثل هذا الشرط باطل و جاء في المشروع العربي الموّحد للقانون المدني في المادة 312 منه على أنه:" إذا تمّ الاتفاق على أن يتحمّل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة جاز للمحكمة إعفاء المدين من هذه المسؤولية أو تعديلها وفقا لما تستوجبه العدالة، و يقع باطلا كل شرط مخالف لذلك"[1].

و بذلك يكون المشروع الموّحد خلافا للمشرّع الجزائري وحتى المصري قد فتح الباب واسعا للقاضي للّتدخل في إجهاض مغامرة أقدم عليها المدين مخالفا قواعد العدالة.

ثالثا: ألاّ يتّخذ الشرط بندا في عقد إذعان

تنصّ المادة 110 ق.م.ج على أنه:" إذا تمّ العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمّن شروطا تعسّفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط و أن يعفي الطّرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة. و يقع باطلا كل اتّفاق على خلاف ذلك"، فمن خلال هذه

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

المـادّة يجـوز للقاضـي استبعاد الشّروط القاضية بتشديد المسؤولية، إذا ما وجد أنها شروط واردة في عقد إذعان و يعفي الطـرف المذعن في هذه الحالة من التزامه بشرط التشديد[1].

[1]– بن عامر خير الدين ،المرجع السابق ،ص.67.

الخـاتمة

في ضوء ما تقدّم تقديمه من خلال هذه الدراسة، حاولنا تحليل موضوع آثار المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري، وذلك بتحديد هذه الآثار وتفصيل أحكام كل منها، فقلنا أن الأثر الأول والأهم للمسؤولية العقدية يتجسد في رفع دعوى المسؤولية العقدية بعد توافر أركان هذه الأخيرة من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية بينهما، وتمّ تبيان أنّ هذه الدعوى ترفع من المضرور كأصل عام وقد ترفع في أحوال أخرى من غير الشخص المضرور، ضد المدين أو الشخص المسؤول بتقديمه لطلبات قضائية في تلك الدعوى والتي تعتبر بمثابة سبب لها، ويتم الرد على تلك الطلبات من قبل الشخص المسؤول عن طريق الدفوع والتي تنحصر في الدفع بتقادم دعوى المسؤولية العقدية.

أما الأثر الثاني المترتب عن المسؤولية العقدية فيتمثل في التعويض كونه يعد جزاء لدعوى المسؤولية التي يرفعها المضرور، وهو يعتبر حق يثبت للدائن في مواجهة المدين عند تحقق أركان المسؤولية؛ ويراعى في تقديره ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وقد يأخذ التعويض صورة نقدية أو أي ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام.

ويشترط لاستحقاق التعويض توافر جملة من الشروط الموضوعية المتعلقة بأركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية، وكذا لابد من توافر الشروط الشكلية وهي الإعذار وعدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

والأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض بناء على سلطته التقديرية، غير أن التعويض قد يكون محدد مسبقا إما بنص قانوني، أو باتفاق بين الأطراف في صورة شرط جزائي، هذا الأخير الذي يأتي إما في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق.

وإلى جانب ذلك نجد أثر آخر للمسؤولية العقدية والمتمثل في الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية وهي تتجسد في ثلاث الشروط، وهي الشرط المعفي والشرط المخفف والشرط

المشدد للمسؤولية،حيث أنّ القانون المدني الجزائري قد أجاز هذه الشروط في المادة 178 منه،وهي تصدر عن المتعاقدين أثناء إبرام العقد .

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 إلّا من الناحية الشكلية، فأحكام شرط التخفيف يسري عليها ما يسري على شرط الإعفاء، وذلك لاتحاد العلة بينهما.

أما شرط 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 عدم وجود بند تعسفي في عقود الإذعان.

ونخلص في دراستنا لآثار المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري بعدة نتائج، نذكر منها:

-أنّ دعوى المسؤولية العقدية ترفع من قبل الدائن ضد مدينه باستعمال الوسائل التي شرعها القانون، ألا وهي الطلبات والدفوع.

-أنّ التعويض هو حق للدائن والتزام للمدين، يثبت في ذمتهما عند الإخلال بالالتزام، ويكون إما نقدا وإما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام، ولاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية لابد من توافر جملة من الشروط منها ما يتعلق بأركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي، وضرر، وعلاقة سببية، وشروط أخرى تتعلق

بطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية تتمثل في الإعذار وكذا عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

-أنّ المشرع الجزائري تناول مسألة تقدير التعويض كجزاء لقيام المسؤولية العقدية وأثر من آثارها، من خلال ربطها بثلاث مصادر للتقدير حسب المادة 182 من التقنين المدني وهي القانون،الاتفاق، القضاء.

-أنّه يلاحظ من خلال نص المادة 178 ق.م.ج أنّ المشرع الجزائري يجيز تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق، بالإعفاء منها أو تخفيفها أو تشديدها، ويستثنى من ذلك حالتي الغش والخطأ الجسيم للمدين أو معاونيه.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

أ-الكتب:

1 إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقها وقضاءً، دار الكتب القانونية المصرية، 2005.

2 أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع(عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2000 .

3 أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011 .

4 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري.التصرف القانوني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .

5 تعيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد(القانون 08-09)، د. ط ، منشورات أمين، الجزائر، 2009 .

6 الفيروز الأبادي ،القاموس المحيط، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1952.

7 أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني.دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الرابعة، 2010 .

8 بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية(قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط.03 ، منشورات بغداوي، الجزائر، 2009 .

9 حدّادي رشيدة، الطلبات العارضة والدعاوى الفرعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008)، ط.03، دار هومة، 2013 .

10-حسن حنتوش رشيد الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية(دراسة مقارنة)، طبعة 1999 .

11-حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات.أحكام الالتزام، طبعة 1976، مطبعة الجامعة، المستنصرية .

12-حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .

13-حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة، 1949 .

14-زهدور كوثر ،الوجيز في الأحكام العامة في المسؤولية المدنية طبقا للتشريع الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، د.س.ن .

15-سعد عبد العزيز، أبحاث تطبيقية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، د.ط ، دار هومة، الجزائر، 2013 .

16-سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981 .

17-سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية- دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية-، طبعة 2004، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية .

18-سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني. الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1957 .

19-سليمان مرقس، المسؤولية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، 1971 .

20-شريف الطباخ، التعويض في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008 .

21-شريف عمار، التعويض عن الإخلال بالعقد.التطبيق العملي للمسؤولية المدنية، طبعة 2008، دار الفكر والقانون، المنصورة .

22-صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية(دراسة مقارنة)، د.ط ،مكتبة السنهوري، بغداد، 2011 .

23- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي.أحكام الالتزام، الجزء الثالث، مطبعة الزهراء، بغداد، 1970 .

24-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01(نظرية الالتزام بوجه عام)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س .

25-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج(العقود الواردة على عمل)، الطبعة03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998 .

26-عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات.أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة الجامعة، 1976 .

27-علي أبو عطية هيكل، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 .

28-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 .

29-علي فيلالي، الالتزامات.النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، د.س .

30-مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج02(أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه)، المغرب، د.د.ن ،د.س.ن .

31-محمد حسنين، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983 .

32-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .

33-نصير صبار لفته الجبوري، التعويض العيني(دراسة مقارنة)، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ط01 ، 2010 .

ب-الرسائل والمذكرات:

-الرسائل:

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

35-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 .

-المذكرات:

36-أشواق الدهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013 .

37-العياشي شواح، عقد النقل البري للبضائع، مذكرة لاستكمال مقتضيات الحصول على شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2005/2004 .

38-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 .

39-بلقاسم أعراب، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، معهد العلوم الإدارية والقانونية، جامعة الجزائر، 1984.

40-بن عامر خير الدين، الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستار في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محنّد أولحاج، البويرة، 2018 .

41-بوبكر فارس، 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 .

42-بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015 .

43-حميدة يوس؛ ساعو كهينة، الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستار في الحقوق، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيةن جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015/2014 .

44-ختال ريمة؛ حمداوي وهيبة، نظرية الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستار في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017 .

45-سهام سويح، عقد النقل الجوي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستار في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2016/2015 .

46-فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2011 .

47-قوقو بلعجات، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستار في القانون، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015/2014 .

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

49-ناهد خشمون، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017/2016 .

ج-المقالات:

50-سامي عمر الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية العلوم السياسية، جامعة الجبل الغربي،عدد 06، جويلية 2015 .

51-محمد دمانة، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة عدد 05، جوان 2011 .

د-المجلات القضائية:

52-المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد 02 ، سنة 1993 .

هـ-النصوص القانونية:

- القوانين والأوامر:

53-قانون رقم 64-166، مؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق لـ 08 جوان 1964 ، المتعلق بالمصالح الجوية، ج.ر ،عدد 06، المؤرخة في 16 جوان1964 .

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

55-أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر، عدد 78، صادرة بتاريخ 29سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

56-أمر رقم 76-80، المؤرخ في 28 أكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري، ج.ر، عدد 29، صادرة بتاريخ 10 أفريل 1977، المعدل والمتمم .

57-قانون رقم 84-11، ألمؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد15، لسنة 2005 .

58-قانون رقم 17-87، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المصري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 197 لسنة 2008 .

59-قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008 .

60- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، عدد 15، صادرة في 008 مارس 2009 .

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

-المراسيم التشريعية :

62-المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق لأول مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري ، ج.ر ، العدد 14 الصادرة في 03 مارس 1993 .

-المراسيم التنفيذية:

63-المرسوم التنفيذي رقم 90-266 ، مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، ج.ر، عدد 40، صادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990 .

و-المواقع الإلكترونية:

64-sites google.com/alkhlasa

65-frssiwa.blogspot.com

ثانيا: باللغة الفرنسية:

66-CHRISTOPHE Lefort, Procédure Civile, troisième édition, Dalloz, Paris, 2009 .

67-GUINCHARD serge, Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz, paris, 2002 .

68-PHILIPPE malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stofflet-Munck, les obligations Defrenois, Paris, deuxième édition, 2005 .

69-VINCENT Jean, GUINCHARD serge, Procédure civile, vingt septième édition, Dalloz, Paris, 2003 .

فهرس المحتويات

مقدمة..... 01

الفصل الأول: دعوى المسؤولية العقدية والجزاء المترتب عنها..... 05

المبحث الأول: دعوى المسؤولية العقدية..... 07

المطلب الأول: أطراف الدعوى..... 07

الفرع الأول: المدّعي (المضرور)..... 07

الفرع الثاني: المدّعى عليه (المسؤول)..... 09

المطلب الثاني:سبب الدعوى وتقادمها..... 15

الفرع الأول: طلبات المدّعي (سبب الدّعوى)..... 15

الفرع الثاني: دفوع المدّعى عليه (تقادم الدّعوى)..... 19

المبحث الثاني: التعويض..... 27

المطلب الأول: ماهية التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية..... 28

الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الضرر وعناصره..... 28

أولا: مفهوم التعويض عن الضرر..... 29

ثانيا: عناصر التعويض عن الضرر..... 33

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض وأنواعه..... 34

أولا: شروط استحقاق التعويض..... 35

ثانيا: أنواع التعويض..... 41

المطلب الثاني: تقدير التعويض في المسؤولية العقدية..... 44
الفرع الأول: التقدير الاتفاقي والقانوني للتعويض..... 45
أولا: التقدير الاتفاقي للتعويض..... 45
ثانيا: التقدير القانوني للتعويض..... 47
الفرع الثاني:التقدير القضائي للتعويض..... 50
أولا: سلطة القاضي في تقدير التعويض..... 50
ثانيا: الاعتبارات الواجب مراعاتها عند تقدير التعويض..... 53
الفصل الثاني: الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية..... 56
المبحث الأول:الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها..... 57
المطلب الأول: التعريف بالشرط المعفي و الشرط المخفف من المسؤولية العقدية..... 57
الفرع الأول: المقصود بشرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية..... 58
أولا: تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية..... 58
ثانيا: تعريف شرط التخفيف من المسؤولية العقدية..... 60
الفرع الثاني: صور شرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية..... 61
أولا: صور شرط الإعفاء..... 61
ثانيا: صور شرط التخفيف..... 62
المطلب الثاني: تطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف والقيود الواردة عليهما..... 67

الفرع الأول:تطبيقات شرطي الإعفاء والتخفيف..... 67
أولا: تطبيقات في عقد البيع لشرطي الإعفاء والتخفيف..... 68
ثانيا: تطبيقات في عقد المقاولة لشرطي الإعفاء والتخفيف..... 72
ثالثا: تطبيقات في عقد النقل لشرطي الإعفاء والتخفيف..... 73
الفرع الثاني: القيود الواردة على شرطي الإعفاء والتخفيف..... 78
أولا: بطلان شرطي الإعفاء والتخفيف عن الأضرار الجسدية..... 78
ثانيا: بطلان شرطي الإعفاء والتخفيف من مسؤولية التاجر تجاه المستهلك..... 79
ثالثا: بطلان الشروط التعسفية في عقد الإذعان..... 80
المبحث الثاني: الاتفاق على التشديد في المسؤولية العقدية..... 82
المطلب الأول: مفهوم التشديد في المسؤولية العقدية..... 82
الفرع الأول: المقصود بشرط التشديد..... 82
أولا: تعريف شرط التشديد..... 83
ثانيا: تمييز الشرط المشدّد للمسؤولية العقدية عن الشرط الجزائي..... 83
الفرع الثاني: صور شرط التشديد..... 84
أولا: تحمّل المدين السبب الأجنبي..... 84
ثانيا: التشديد في درجة الالتزام المطلوب..... 91
ثالثا: تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة..... 91

المطلب الثاني: تطبيقات لشرط التشديد والقيود الواردة عليه..... 93
الفرع الأول: تطبيقات لشرط التشديد..... 93
أولا: تطبيقات في عقد البيع لشرط التشديد..... 93
ثانيا: تطبيقات في عقد المقاولة لشرط التشديد..... 95
ثالثا: تطبيقات في عقد النقل لشرط التشديد..... 97
الفرع الثاني: القيود الواردة على شرط التشديد..... 98
أولا: وضوح وصراحة شرط التشديد..... 98
ثانيا: مخالفة الشرط للنظام العام ومبادئ العدالة..... 99
ثالثا: ألّا يتخذ الشرط بندا في عقد إذعان..... 99
الخاتمة..... 101
قائمة المراجع..... 104
فهرس المحتويات..... 113

ملخّص مذكرة الماستار

إنّ آثار المسؤولية العقدية هي تلك الآثار التي تترتب على قيام المسؤولية العقدية بعد توافر أركانها من خطأ عقدي وضرر بوجود علاقة سببية بينهما، وتتمثل هذه الآثار في دعوى المسؤولية العقدية التي يرفعها المضرور أو المدّعي على الشخص المسؤول أو المدّعى عليه، إضافة إلى الجزاء المترتب عنها والمتمثل في التعويض الذي يعتبر حقا مقررا للدائن في مواجهة مدينه. وإلى جانب تلك الآثار، هناك أثر آخر والمتمثل في إعمال الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، إذ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 178 ق.م.ج أجاز للأطراف الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية إما بالإعفاء منها أو التخفيف فيها أو التشديد فيها.

الكلمات المفتاحية:

1/المسؤولية العقدية، 2/آثار، 3/التعويض، 4/الالتزام، 5/دعوى المسؤولية، 6/الاتفاقات.

Abstract of Master's Thesis

The effects of contractual liability are those effects that result from the establishment of contractual liability after the availability of its elements of a contractual error and damage with the existence of a causal relationship between them, these effects are represented in the contractual liability lawsuit filed by the injured or the plaintiff against the responsible person or the defendant, in addition to the resulting penalty represented in compensation, which is considered a right established for the creditor against his debtor. In addition to these effects, there is another effect, which is the implementation of the agreements amending the provisions of contractual liability, since the Algerian legislator, through Article 178 A.C.L, allowed the parties to agree to amend the provisions of contractual liability, either by exempting them, mitigating them, or emphasizing them.

Key words:

1/Contractual liability, 2/effects, 3/compensation, 4/ commitment, 5/liability claim, 6/ agreements .