

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

Non-Deprivation the Debtor's Essential Obligation of its Substance As a stipulations Contained in the Contract Restriction On

سعاد مجاجي *

جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب

souad.medjadji@univ-temouchent.edu.dz

تاريخ إرسال المقال: 2023 /02 /14 تاريخ قبول المقال: 2023 /03 /04 تاريخ نشر المقال: 2023 /03 /19

الملخص:

يوجد صنف معين من الالتزامات التعاقدية آخذ في البروز في الوقت الراهن والذي يطلق عليه ب"الالتزام الأساسي للمدين في العقد"، والذي نجده قد نحت مكانه داخل السعي المتنامي إلى فرض قيود على حرية التعاقد، وهذا المفهوم لم يكن معروفا من قبل في القانون المدني إلى أن نص عليه المشرع الفرنسي بشكل واضح وصريح في المادة 1170 الجديدة بعد تعديل قانون العقود والالتزامات بموجب الأمر رقم 16/131، وذلك تأثرا منه بموقف القضاء الذي كان سباقا لاستخدامه في ممارسة الرقابة على الشروط العقدية لاسيما تلك المحددة أو المعفية من المسؤولية، في الواقع هناك نوع من الغموض وعدم اليقين الذي يطال المفهوم، وإن تمييز الالتزام الأساسي على هذا النحو ليس بالأمر الهين، بل عمل شاق بالنسبة للقاضي ومما لا شك فيه أن هذا الحيز في التقدير الذي يتمتع به القضاء سيفتح الباب أمام التدخل القضائي بشكل واسع في العقد، ويجعل القاضي يخرج عن الدور التقليدي الذي فرض عليه احترام الإرادة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة ليلاصق تطور المفهوم الاقتصادي للعقد.

الكلمات المفتاحية: اهدار - جوهر -التزام أساسي- المدين - شرط تعاقدي -غير مكتوب

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد**Abstract:**

There is a particular category of contractual obligations that emerge at the current time and which is called “the essential obligation of the debtor in the contract”, which has carved its place within the growing quest to impose restrictions on freedom of contract, and this concept was not known before in the Civil Code until it was expressly stipulated by the French legislator in the new Article 1170 after the amendment of the Code of Contracts and Obligations under Order No. 131/16, influenced by the position of the judiciary, in Exercising control over contractual clauses, especially those limited or exempted from liability, in fact there is a kind of ambiguity and uncertainty that affects the concept, and distinguishing the essential obligation in this way is not easy, but rather hard work for the judge, there is no doubt this space in the appreciation enjoyed by judges will open the door to judicial intervention widely in the contract, and the judge will surpass the traditional role that was imposed on him to respect the contractual will and the principle of the authority of the will to touch the development of the economic concept for the contract.

Keywords: : waste - substance -essential obligation - debtor - contractual clause-unwritten.

مقدمة:

إن القاعدة العامة في الالتزامات هي أن المدين ملتزم ومسؤول تجاه الدائن بموجب العقد عن تنفيذ التزامه الناشئ عن ذلك العقد، والأصل أن المدين ملتزم بتنفيذ ما توجب عليه من التزام تنفيذا اختياريا سليما وفقا لمبدأ حسن النية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه من التزامات بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام، فإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه في الوقت المحدد له وبالشروط المتفق عليها، أو إذا استحال عليه الوفاء عينا بما التزم به نتيجة لخطأ ينسب إليه حكم عليه بالتعويض، غير أن الاعفاء من المسؤولية ينشئ وضعاً استثنائياً يخالف هذه القاعدة العامة، إذ يجيز للمدين أن يتخلص بموجب شرط يسطره في العقد بالاتفاق مع الدائن من مسؤوليته الناشئة عن الإخلال بذلك العقد، فيصبح مع هذا الشرط ملتزماً بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل، ولكنه في نفس الوقت غير مسؤول عن الوفاء بالتزامه فلا يدفع تعويضا يقابل الأداء أو الامتناع عنه الذي استحال عليه تنفيذه بتقصير منه. وإن المنطق القانوني السليم يقضي بأنه متى أقررنا بصحة هذه الاتفاقات استنادا لمبدأ سلطان الإرادة فلا بد من الاعتراف بأثرها واعفاء المدين اعفاء تاما عما يجب أن يسأل عنه

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

أ، ولمدة طويلة لعبت الإرادة دورا بارزا في تكوين العقد وتحديد مضمونه ومحتواهⁱⁱ، فكان للمتعاقدين أن ينظما علاقتهما التعاقدية وتحديد حقوقهما والتزاماتهما، غير أن حماية الطرف الضعيف أدت إلى تقرير العديد من الاستثناءات بنصوص تشريعية لضبط حدود لمبدأ سلطان الإرادةⁱⁱⁱ، فلا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من التزاماته التي يحددها القانون على نحو أمر^{iv}، والملاحظ أن هذه الاتفاقات بسبب التحولات الاقتصادية المتسارعة قد تطورت كثيرا وقد أصبحت تؤدي في بعض الأحيان إلى اختفاء جوهر العقد، سبب وجوده، وباختصار سببه. وإن فكرة التزام المدين تجافي هذا الوضع الوسط بين جوهر الالتزام من ناحية وبراءة ذمة المدين من ناحية أخرى، فإما أن يكون الشخص ملتزما أو أن يكون غير ملتزم، وما لفت انتباه الباحثة هو ما استقر عليه القانون المقارن حول فكرة الالتزام الأساسي في العقد كقيد على وضع مثل هذه الاتفاقات^v. إذ أنه سيكون هناك حد شبه تلقائي لحرية وضع البنود التي يخفف بها المدين التزاماته أو مسؤوليته، وهو الحد الأدنى التعاقدية، الذي لا يمكن للطرفين أن ينتهكوه، حتى لا يتم الإخلال بطبيعة العقد المتفق عليه والإضرار بالفائدة التي يحق للدائن أن يتوقعها منه.

وإذ تظهر الصعوبة حينما يكون لأحد الأطراف المتعاقدة فرض مضمون العقد بإرادته المنفردة، وإن المدين غالبا لا يجرؤ على النص في العقد على شرط يستبعد التزاما أساسيا في العقد على أساس التعارض بين هذا الشرط وبين الغرض المقصود من العقد على نحو يفرغه من مضمونه، فيحاول المدين غالبا أن يظهر أن الشرط لا يمس سوى التزاما فرعيا، وقد تنوعت الأشكال التي يقدم من خلالها هذا الشرط، فقد يرد في صلب العقد نفسه، أو في ملاحق العقد، وقد يكون مكتوبا على ظهر الفاتورة، أو على ظهر تذكرة النقل، وقد يكون مكتوبا بحروف صغيرة على إحدى النشرات التي تصدر عن المدين ويبعث بها إلى عملائه، وهناك أيضا اللافتات أو الملصقات التي يعلقها المدين في الأماكن التي يتردد عليها عملاءه لتلقي الخدمات^{vi}.

ونشأ مفهوم الالتزام الأساسي وبرز في ظل السوابق القضائية كأداة لحماية الالتزام والقوة الملزمة للعقد، وقد ظهر أصلا في القانون البحري الإنجليزي، كأداة تفسيرية يستخدمها القضاء لتحتية بنود تحديد المسؤولية جانبا في حالة الإخلال الذي يصل إلى جوهر العقد ويحرم الدائن من الاستفادة من الالتزام، ثم تطور استعمال هذه التقنية في القضاء لإبطال الشروط التعسفية، وبداية من الثمانينات، عندما تخطى القانون الإنجليزي عن هذا المفهوم، بدأت تظهر الملامح العامة لفكرة الالتزام الأساسي كفلسفة مستوحاة من فقه القضاء الفرنسي الذي عجز على سحب قوانين حماية المستهلك على العلاقات

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

التعاقدية العامة ثم انبرى يبحث عن آليات قانونية للحد من آثار الشروط التعاقدية، وهكذا كان لفكرة الالتزام الأساسي أثر فعال في استبعاد الشروط التي تؤدي إلى إهدار هذا الالتزام، والملاحظ أن القضاء الفرنسي سابقا قد اطرده على اعتبار إخلال المدين بالتزامه الأساسي في العقد من قبيل الخطأ الجسيم، كما أصبح يعتمد فيما بعد على مفهوم السبب لاستبعاد كل شرط ينتهك الالتزام الأساسي للعقد، وظل الأمر على هذا النحو حتى تجاوزت محكمة النقض الفرنسية هذه الحيلة القانونية في حكم حديث لها واعترفت للالتزام الأساسي في العقد بقدرة ذاتية على استبعاد الشروط المخففة للمسؤولية^{vi}.

ومن الواضح أن المشرع الفرنسي تأثر بحلول القضاء لاستبعاد الشروط العقدية التي تستتبع الإخلال بالالتزام الأساسي للمدين مما يحول دون تحقق مصلحة الدائن من التعاقد، ويظهر ذلك في الصياغة الحالية للمادة 1170 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016 المؤرخ 10 فبراير 2016^{viii}، حيث وضعت مبدأ عاما بنصها على أن كل شرط يجرّد الالتزام الأساسي للمدين من ماهيته يعتبر كأن لم يكن، وهذه المادة ليست سوى تدوين للاجتهادات القضائية السابقة المتعلقة بقضيتي^{ix} (Chronopost I) و^x (Faurecia II). وإن المادة 1170 تتوافق إلى حد كبير مع المادة (7.1.6) من مبادئ UNIDROIT للعقود التجارية الدولية لعام 2016 التي تنص على أنه: "لا يجوز الاحتجاج بالبند الذي يحد من مسؤولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ أو أن يستبعد هذه المسؤولية أو يسمح لأحد الطرفين بأن يقدم تنفيذا يختلف اختلافا جوهريا عما كان من المعقول أن يتوقعه الطرف الآخر، إذا كان التمسك بذلك البند شديد الاجحاف بالنظر إلى الغرض من العقد"، وفي نفس الاتجاه (المادة 8: 109) من مبادئ قانون العقود الأوروبي تشير إلى البنود التي تلزم المدين بأداء التزامه، وفي الوقت نفسه، تعفيه من أي عقوبة في حالة عدم التنفيذ، وعلى اعتبار أن النصوص القانونية تكثفي بوضع المبدأ دون التعمق والإحاطة بالتفاصيل، فإن دقة الموضوع تدفع للتساؤل التالي: متى يؤدي شرط العقد إلى تجريد التزام المدين الأساسي من ماهيته؟ وبالتبعية إلى القول باعتباره غير مكتوب؟

وتظهر الصعوبة في أن تمييز الالتزام الأساسي ليس بالأمر الهين، بل عمل شاق بالنسبة للقاضي وحيث يستعمل القضاة فكرة الالتزام الأساسي كمعيار للفصل في طبيعة الأشياء وتصنيف الالتزامات، وطبعا هذا الحيز في التقدير الذي يتمتع به القضاة سيفتح الباب أمام التدخل القضائي بشكل واسع في العقد، ويخرج القاضي عن الدور التقليدي الذي فرض عليه احترام الإرادة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة ليلامس تطور المفهوم الاقتصادي للعقد، وهذا ما لن يتقبله المدافعون عن الحرية التعاقدية، كما

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

وأنه قد يخل باليقين القانوني على الرغم من أنه يسمح للقانون بالتقدم وسد الثغرات التشريعية، وحيث يتعين استكشاف أبعاد هذه الفكرة والوقوف على رهاناتها وارتداداتها بالنظر إلى ما استحوذت عليه من اهتمام ملحوظ في القانون والقضاء الفرنسيين، وبالرغم من ذلك لم يتعرض لها لا المشرع ولا القضاء أو لا حتى الفقه الجزائري بالدراسة والتحليل العميقين، ويبدو أن الوقت قد حان لتكريسه قانونا في القانون المدني الجزائري، ومن هنا تظهر الفائدة من دراسته لاسيما أنه يقوم على إحياء عناصر النظرية العامة للعقد وتحديثها بتحقيق استفاقة قيم تعاقدية أساسية بالاستناد إلى مفاهيم قانونية مستحدثة تحمي الإرادة وتصبغ العلاقات التعاقدية بأخلاقيات معينة تحت تأثيرات داخلية ودولية، ومن هذا المنطلق كانت الدراسة تقوم على المنهج التحليلي القائم على عرض الآراء الفقهية ومناقشة الأحكام القضائية المختلفة وتحليل النصوص القانونية بخصوص المسألة دون إغفال المنهج المقارن بهدف التوصل إلى أفضل الحلول الممكنة خاصة في ظل التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون الالتزامات والعقود .

ومن أجل الإجابة على الإشكالية السالفة الذكر، لقد اتبعت الباحثة خطة ثنائية:

المبحث الأول: تأصيل فكرة الالتزام الأساسي للمدين

المبحث الثاني: أثر الإخلال بالالتزام الأساسي للمدين

المبحث الأول: تأصيل فكرة الالتزام الأساسي للمدين

كل عقد من العقود يتضمن بالضرورة التزاما بشكل مقطعه الرئيسي^{xi}، وقد يكون توصيف الالتزام الأساسي بعيد المنال بقدر ما يبدو ضروري، والذي يجب أن لا يغيب عن البال أن هناك أيضا مسألة مصادر الالتزام الأساسي، وفي الواقع، يثور التساؤل عما إذا كان الالتزام الأساسي لا يمكن أن يكون له سوى مصدر موضوعي، أو ما إذا كان يمكن أن يكون له أيضا مصدر ذاتي، أي أنه سينتج عن إرادة الطرفين، ومن المؤكد أن إسناد مصدر موضوعي بالضرورة إلى التصنيف يتيح إمكانية أكبر للتنبؤ به لأن الالتزامات الأساسية تحددها في هذا السياق طبيعة العقد المبرم وهي بالتالي ثابتة ومتوقعة بالنسبة للعقود المسماة، وإذا كان من السهل نسبيا تحديدها في عقد بسيط، وأكثر من ذلك إذا كان عقدا مسمى فإنه من الصعوبة تمييزه في سياق عقد مركب، إن العقد المركب أو المختلط يتكون من

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

عدة التزامات أساسية، لا يستوعب أي منها لوحده المنفعة الاقتصادية للعقد، وفيما يلي سيتم التعرض إلى مفهوم الالتزام الأساسى للمدين ثم إلى مصادر هذا الأخير.

المطلب الأول: تحديد مفهوم الالتزام الأساسى للمدين

يشكل الالتزام الأساسى في العقد الركيزة الأساسية التي بني حولها الصرح التعاقدى، ويعتبر هذا الأخير من المسائل العقدية الدقيقة التي لم تأخذ نصيبها من الاهتمام في نطاق قانون العقود، والدراسات التي تناولت هذه الجزئية تكاد تكون نادرة، ويمكن أن تطلق على الالتزام الأساسى العديد من المراتفات ذات الصلة، التي غالبا ما تستخدم للإشارة إليه من ذلك النواة الصلبة كما يسمى أو جوهر الالتزام في العقد، الالتزام الجوهرى أو الأداء الرئيسى في العقد، ولا يوجد تعريف دقيق له، ومعظم التعريفات التي سبقت بمناسبة تعريف الالتزام الأساسى تباينت حول تصنيف هذا الأخير، لاسيما فيما يتعلق بطابعه الفردي أو المتعدد في العقد، وما إذا كان مفهوما مستقلا أو ما إذا كان يشكل تعبيراً عن مفهوم السبب، ونعتقد بأنه من الضروري توخي الحذر للخروج بتعريف مجرد للمفهوم.

أولاً: تعدد التعاريف الفقهية بخصوص المفهوم

والراجع أن هناك التزامات معينة في العقد تكون أعلى هرمياً من التزامات أخرى، وإن هذه الأخيرة تحيل بالضرورة إلى التفرقة التي أشار إليها الفقيه^{xii} (Pothier) بين الالتزامات الأساسية والطبيعية والعرضية، ولقد عرف هذا الأخير الالتزامات الأساسية (Les Essentialia) بكونها تلك الأشياء التي تمثل جوهر العقد، والتي لا يمكن للعقد أن يقوم أو يستمر بدونها وتخلفها يعني بأنه لا يوجد عقد على الإطلاق، أو بكونه يشكل عقد من العقود مختلف تماماً عن العقد المقصود، بينما فيما يتعلق بالالتزامات الطبيعية (Les Naturalia)، فهي تعد من طبيعة العملية التعاقدية، وهي توجد عادة في نوع معين من العقود، علاوة على ذلك يفترض وجودها فيه حتى دون الإشارة إليها صراحة من قبل الأطراف، كالإعفاء من ضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية في عقد البيع.

أما الالتزامات الثانوية (Les Accidentalities) فهي التزامات عرضية موجودة بشكل غير عادي في نوع معين من العقود، وبالتالي لا يمكن افتراض وجودها ما لم يتفق الطرفان على اعتبارها جزءاً من العقد في اتفاق واضح بينهما، لأن هذا النوع من الشروط لا يؤثر على توصيف العقد، وهذه الأخيرة لا تأثير لها على قيام الرابطة العقدية والاخلال بها لا يؤثر على جوهر العقد وطبيعة الالتزامات المضمنة

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

به، ومن خصائص الالتزام الثانوى أنه يكتسب صفته الثانوية بالمقابلة للالتزام الجوهري ومن تبعيته له، لذلك يسميه البعض بالالتزام التابع، كما يطلق عليه البعض الآخر الالتزام الملحق ويترتب على ذلك أنه لا يتصور وجوده مستقلا أو معزولا فى أى عقد، ولذلك إذا وجد وحيدا فى العقد فلا يمكن أن يكون إلا التزاما جوهريا كما هو الحال فى الالتزام بالإدلاء بمعلومات معينة^{xiii} وعليه الالتزام الثانوى ما لم يكن متعلقا بوجود الالتزام الجوهري فى حد ذاته، فإن عدم الوفاء به ليس من شأنه أن يؤثر فى صحة العقد ولذلك فإن الالتزام الثانوى إذا لم يكن مندمجا مع الالتزام الأصلي فإن أثره يبقى محدودا^{xiv}.

ويرى كل من (Picard et Prudhomme) أنه يكون الالتزام أساسيا متى ثبت أنه ضروري لتكوين العقد، وذكر هذين الفقيهين كذلك أن الالتزام الأساسى فى العقد يعتبر بمثابة ثقل موازن فى الأداءات المتقابلة بالاستناد إلى مفهوم السبب، ولذلك، يبدو بالنسبة لهما أن الالتزام الرئيسى هو جزء من مفهوم السبب، وليس مفهوما مستقلا تماما عنه^{xv}.

أما الأستاذة^{xvi} (Nélia CARDOSO-ROULOT) فترى من جانبها بأن الالتزام لى يكون جوهريا لابد من أن يتصف بثلاثة خصائص رئيسية، وهى أن يكون موضوعيا، مجردا ومتعددا، وبأنه يتحدد تبعا لما تمليه طبيعة العقد، ومن ناحية أخرى، أنه يقوم بمعزل عن أى شيء آخر، أى بغض النظر عن الموضوع أو الشخص المعنى، أو الظروف، مما يضمن ديمومته وعدم قابليته للتباين، كما يمكن أن يتضمن العقد نفسه عدة التزامات أساسية، وتشير فى نهاية المطاف إلى أن الالتزام الأساسى هو الالتزام الذى لا غنى عنه لوجود ذلك العقد ذاته، أى أنه لا يمكن أن يكون هناك عقد خارجه، وبعبارة أخرى يفقد تسميته، أو ماهيته أو تكييفه القانونى، أى أنه سيكون خارجه عقدا مختلفا تماما.

وأعطى الأستاذ (JESTAZ) تعريفا آخر لهذا الالتزام والذى يرى بأنه ينشأ من طبيعة الأشياء، وبأن هنالك فى كل عقد بحكم اقتصاده التزاما يشكل الجزء الأساسى منه، وإن كل عقد يحتوى على التزام أساسى واحد على الأقل يتعهد به المدين^{xvii}، ومن جانبه، يذكر البروفيسور^{xviii} (Christian LARROUMET) أن بعض الالتزامات جزء من جوهر العقد وتعطيه معناه الكامل، ومن الواضح أنه لا يمكن إلغاؤها دون المساس بسبب وجود العقد، وهو يتفق مع التوجه الذى قال به الفقيهان (PICARD et PRUDHOMME) بخصوص السبب الذى يحدد الالتزام الرئيسى ويبرر وجوده.

من كل ما تقدم يمكن تعريف الالتزام الأساسى بأنه التزام لا يمكن اختزاله، لا يمكن تجاهله أو عدم تنفيذه، وهو جزء من جوهر العقد ذاته، وهذه الصفة متأصلة فى طبيعته عندما يكون الالتزام ملازما

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

للعقد، حيث يحتل مكانا حاسما فيه كأداء متميز، وهو عنصر ضروري لوجود العقد ذاته، وبالتالي فإن شرط عدم المسؤولية أو أي أسلوب تعاقد آخر يلغي أي جزاء ملموس في حالة عدم تنفيذ التزام أساسي للمدين يؤدي إلى ضرب لوجود الالتزام ذاته، ويخلق تناقضا داخليا واضحا مع الغرض المقصود من وراء التعاقد^{xxix}، ومن ثم يصعب استخلاص اتجاه الإرادة إلى الالتزام قانونا، فالتعاقد لا يمكن أن يستهدف الشيء ونقيضه في الوقت نفسه^{xx}.

ثانيا: ارتباط مفهوم الالتزام الأساسي للمدين بدراسة وظائفه

إن وضع تصور للالتزام الأساسي يرتبط بالضرورة بدراسة وظائفه، وهذا ما يفسر التباين في تعريف الالتزام الأساسي وهو يعتمد على ما يبدو على الدور المنسوب إليه في سياق معين^{xxi}، ويستخدم المفهوم بداية لأغراض التصنيف القانوني للعقود ويعتبر الركيزة الأساسية في تكييف العقد^{xxii}، وهذا منطقي حيث يوجد سبب للاعتقاد بأن المشرع نفسه يحدد ما ينوي وصفه بأنه التزامات أساسية في سياق الأحكام المتعلقة بالعقود المسماة، غير أن أقرب تصور للالتزام الأساسي هو لكونه ذلك الالتزام الذي يتحكم في العقد والذي يشكل خصوصيته التي يتوخاها المتعاقدان، ولما كان مضمون العقد هو الذي يحدد الالتزام الأساسي العقدي، فمضمون الالتزام الناتج عن هذا الأخير هو فحوى الأداء الأساسي ذاته وجوهر العقد ومن دونه لا ينعقد^{xxiii}، وعليه يقترب مضمون الالتزام التعاقدى من مضمون العقد ذاته ونذكر أن المشرع الفرنسي قد تخطى عن فكرتي المحل والسبب وأتى بفكرة مضمون العقد كبديل عنها، إن مضمون العقد في قانون العقود الفرنسي الجديد اقترب كثيرا من المفهوم الذي أعطاه إياه القانون الإنجليزي، عندما حدد المضمون العقدي بالاشتراطات المتضمنة في العقد والهدف أو الغرض أو القصد من العقد^{xxiv}.

ثم إن الالتزام الأساسي يسمح للقاضي بمراقبة التوازن في العلاقة العقدية، واعتبرت الفقيهة^(FABRE-MAGNAN^{xxv}) أن تدخل القضاء في قضية (Chronopost) كان من أجل مراقبة عدم المساس بالالتزامات الجوهرية للعقد، وهو في الحقيقة صورة لحماية الدائن من عدم التوازن الظاهر الذي كان سيحدث لو تم إعمال بند التخفيف من المسؤولية الذي وضعته شركة (Chronopost) لمصلحتها، فلا يمكن للمدين إعفاء نفسه من مسؤوليته عن الإخلال بالتزاماته الجوهرية أو الرئيسية، لأن ذلك سيجعل التزام المتعاقد الآخر من دون سبب، وهو ما سيؤدي إلى الإخلال بالتزامات وحقوق الطرفين^{xxvi}.

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

كما يسمح الالتزام الأساسي للمدين باحترام مبدأ الاتساق أو الترابط المنطقي من أجل تجنب وجود تناقضات داخل العقد، ووفقا للفقهاء (Dimitri OUTCIEFF)، إن الالتزام الرئيسي سيبرز في العقد بوصفه أداة لاحترام قواعد المنطق، أما يعبر عنه بمبدأ الترابط المنطقي في العقد (Le principe de cohérence)، فيكفي أن نحيط علما بأن مضمون العقد لا يتعارض مع الغرض منه، ومن الإنصاف تحديد الحدود التي يفرغ فيها بند العقد من مضمونه، وبالتالي من الالتزام الأساسي، وهذا الأخير يمنع كل تناقض يؤثر على القوة الملزمة للالتزام أو التعهد^{xxvii}، ويمكن الإشارة إلى أن الفقيه Philippe JESTAZ) قد لاحظ بالفعل بشكل عام أن "الالتزام الأساسي يلغي البنود التي تتعارض معه بذاته، دون مساعدة من أي قواعد معينة"، مضيفا أنه "في جميع الحالات، فإن سبب استبعاد البند المتناقض هو أن الإرادة لا يمكن أن تتعارض مع نفسها"، ويكفي أن يحكم القاضي أن المرء لا يمكن أن يريد شيئا ونقيضه^{xxviii}.

المطلب الثاني: صور الالتزام الأساسي للمدين

إن الطرف في العقد يمكن أن يكون دائنا لأكثر من التزام أساسي، وقد يكون التزام المدين أساسيا بطبيعته وقد يكون كذلك بإرادة الأطراف فلا يوجد ما يمنع إرادة الأطراف من أن ترفع الالتزام الفرعي إلى مصاف الالتزام الأساسي^{xxix}، وسوف نتناول على التعاقب الالتزام الأساسي بطبيعته ثم الالتزام الأساسي بإرادة الأطراف:

أولا: الالتزام الأساسي بطبيعته

يكون الالتزام أساسيا بطبيعته إذا كانت تقتضيه طبيعة العقد، بحيث يكون الإخلال به متعارضا تماما مع أسس العقد ذاته أو مع أسس عقد معين بالذات^{xxx}، فوجود هذا الالتزام هو وجود أصل تقتضيه طبيعة الأشياء، ويفرضه النظام الخاص لهذا العقد وهو يحقق المنفعة الأساسية التي يربوها المتعاقد من العقد^{xxxi}، وقد درج القضاء الفرنسي عند محاولته وضع تفرقة بين الالتزام الجوهرى والالتزام الثانوي على اعداد قائمة للالتزامات الجوهرية تتماشى وطبيعة كل عقد، ففي عقد البيع مثلا الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع^{xxxii}، وكذلك التزام المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر والتزام المستأجر بدفع الأجرة، فليس من المتصور وجود عقد الإيجار دون هذين الالتزامين الأساسيين وهنا يكون الالتزام أساسيا بطبيعته، وهكذا يتضح أن الالتزام الأساسي

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

بطبيعته هو الذي لا يتصور بدونه وجود العقد على النحو الذي أراده القانون، وليس مبالغة في القول أنه يفقد تسميته القانونية المميزة له إذا تم إعفاء أحد أطرافه من مثل هذا الالتزام والذي يعني إفراغه من جوهره بالكامل^{xxxiii}.

ومن جوهر عقد الإيجار مثلا أن يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع الهادئ بالشيء المؤجر، وهكذا استبعدت محكمة النقض الفرنسية الشرط الذي بمقتضاه أعفى المؤجر نفسه من أي ضمان تعرض مادي أو قانوني لأن التزامه بأن يحقق للمستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة لن يكون له وجود حقيقي^{xxxiv}، في حين قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها أنه يجوز لأطراف عقد الإيجار الاتفاق على تقييد التزام المؤجر بتحقيق الانتفاع الهادئ للمستأجر كما في مثال الاتفاق على أنه في حالة حدوث نوع من التلف المحدد في العقار المؤجر، فلا يكون للمستأجر سوى الرجوع على المستأجرين الذي أحدثوا هذا التلف، ومثل هذا الشرط يقع مشروعا طالما يظل على عاتق المؤجر في غير ذلك من الحالات التي لم يستبعدا عقد الإيجار^{xxxv}.

وقد يقع الخلط العملي أحيانا بين الالتزام الأساسي والالتزام الفرعي عندما يبدو الشرط الذي يعفي من المسؤولية هينا في ظاهره بحيث يبدو أنه لا يمس الالتزام الأساسي في العقد، إلا أن أثره الفعلي قد يؤدي في حالة خاصة إلى عدم تنفيذ العقد على نحو كامل أو شبه كامل، ويحدث ذلك عندما يكون التزام المدين قد تم اختزاله للحد الأدنى، أو عندما تؤدي مخالفة الالتزام إلى جعل محل العقد غير مجد أو مفيد^{xxxvi}.

ثانيا: الالتزام الأساسي بإرادة الأطراف

قد لا يكون الالتزام الأساسي للمدين جوهريا بالنظر إلى طبيعة العقد، وإنما لأن إرادة الأطراف قررت أن يكون كذلك رغم كونه لا يعد جوهريا بالأساس، ولكن إرادة الأطراف هي التي أضفت عليه هذه الصفة، فلا يوجد ما يمنع من أن يرفع إلى مصاف الالتزام الرئيسي، وإن تحديد الالتزام الرئيسي في العقد لا يتوقف فقط على الإرادة المشتركة للمتعاقدين كما تم التعبير عنها، ولكن هذا الالتزام يجب أن تتحقق من خلاله العناصر الموضوعية للعقد الذي أراده الأطراف، والذي يمثل توقعاتهم المعقولة من وراء التعاقد.

ولكن المسألة لا تعرض دائما على هذا النحو المبسط، فلن يكون المدين من السذاجة بحيث يدرج في العقد شرطا بإعفائه من المسؤولية يتناقض صراحة مع أحد بنود العقد الصريحة، وما يحدث غالبا هو أن المدين لابد أن يغلف شرط الاعفاء من المسؤولية لكي لا يبدو أنه يعفيه من التزام تم الاتفاق عليه

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

صراحة، وفي بعض الحالات لا تكون إرادة الدائن بهذا القدر من الصراحة بل قد تفهم ضمنا من ظروف العقد^{xxxvii}.

ويمكن القول أن إرادة الأطراف في جعل الالتزام الفرعي التزاما جوهريا قد تكون صريحة أو ضمنية، ولا يقصد من ذلك أن يذكر الأطراف صراحة بأنهم يعتبرون هذا الالتزام أو ذاك التزاما رئيسيا، فيكفي أن يرد في العقد شرط يبرز العنصر الذي اعتبر جوهريا، كما وتستخلص هذه الإرادة عادة من اشتراط مقابل معين يدفعه الدائن من أجل أداء المدين للالتزام، وإن مجرد اجتماع أكثر من التزام في عقد واحد واتصاف أحدهما بكونه رئيسيا في العقد بحسب طبيعته، لا يعني أن باقي الالتزامات تعتبر فرعية وتحولت إلى التزامات رئيسية لكن أملت إرادة الأطراف أو الظروف المحيطة أن تكون مقصودة هي الأخرى ولا يتصور اعفاء المدين من تنفيذها من ذلك مثلا الشاحن الذي يدفع علاوة إضافية على السعر الأصلي بسبب قابلية الأشياء المشحونة للكسر، ولا يمكن تبرير هذه الزيادة في الثمن المعتاد للشحن إلا بأن الشاحن قد أراد الإبقاء على الالتزام بالتعويض في حالة كسر الأشياء المشحونة، بمعنى أن التزام الناقل بالضمان في حالة تلف الأشياء المشحونة القابلة للكسر أصبح التزاما رئيسيا وليس التزاما فرعيا^{xxxviii}.

المبحث الثاني: الأثر المترتب على مخالفة الالتزام الأساسي للمدين

على الرغم من الغرض الواضح الذي يسعى المشرع الفرنسي إلى تحقيقه من اقرار المادة من القانون 1170 من القانون المدني الفرنسي وهو إعادة التوازن الاقتصادي في العقد، فإن الفقه القانوني الفرنسي يبدي مع ذلك بعض القلق بشأن عدم وجود آلية واضحة لتطبيق نص المادة، وفي الواقع هذا الشرط الذي أدخله المشرع الفرنسي بشكل مقنن يستدعي التوقف عنده لجهة المفهوم أو لجهة النطاق والأثر.

المطلب الأول: لجهة المفهوم

من الجدير بالذكر أن المشرع المدني الفرنسي لم يعرض كعادته إلى تعريف واضح لفكرة الالتزام الأساسي في العقد، كما لم يقدم معايير يمكن الاستناد إليها فيما يتعلق بتطبيق النص، مما ينتج عنه الكثير من الصعوبات الحقيقية وحتى يتمكن القاضي من تقدير مشروعية الشرط الذي يخفف أو يعفي

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

من المسؤولية، لابد أن يتوقف عند مفهوم الالتزام الأساسى للمدين، وهو ذلك الالتزام الذى يبرر وجود العقد فى الأساس، إذ أن بعض الالتزامات تعتبر أساس العقد، ومن دونها لا يكون للعقد أية فائدة، فالالتزام الناقل الأساسى لا يقتصر على توصيل محل العقد، بل يجب أن يترافق ذلك مع السرعة والائتمان^{xxxix}، مما يصعب المهمة على القاضى، وإن المشكلة الأساسية فى تحديد ما يعتبر "التزاماً أساسياً" تكمن فى أن العقد يتضمن الكثير من الالتزامات الأساسية والثانوية المترابطة حيث يمكن اعتبار جميع شروط العقد جزءاً لا يتجزأ من الالتزام الأساسى، لأنها تسعى جميعها إلى تحقيق الغرض من وراء العقد.

المطلب الثانى: لجهة النطاق والأثر

يتعين فى البداية التطرق إلى نطاق تطبيق النص القانونى والشروط التى يسرى فى مواجهتها لنخلص بعدها إلى الأثر المترتب فى حالة ثبوت اخلال التزام المدين الأساسى إلى الحد الذى يفرغه من مضمونه.

أولاً: من حيث نطاق التطبيق والشروط التى يسرى النص فى مواجهتها

يسرى حكم المادة 1170 من القانون المدنى الفرنسى على كافة العقود ولا يقتصر على شكل معين من العقود، ويلاحظ أن المادة 1170 بخلاف المادة 1171 من نفس القانون والمطبقة على عقود الإذعان، لم تحدد العقود التى يمكن أن تطبق عليها وإنما جاءت عامة وعلى ذلك تنصرف إلى جميع الشروط التى يكون موضوعها تقييد حق الدائن فى المطالبة بحقه أو الاحتجاج بامتياز ممنوح قانوناً قد يقع ضمن نطاق تطبيق هذه الشروط، غير أنه يؤخذ عليها أنها لم تحدد الشروط التى تفرغ الالتزام الأساسى من مضمونه، بالإضافة إلى كونها لم تحدد مفهوم الالتزام الأساسى^{xl}، وبناء على ما سبق، يبدو أن المادة 1170 تعتبر استثناء من مبدأ الحرية التعاقدية، لأنها تسمح للقاضى فى حالات استثنائية بإلغاء بعض الشروط التعاقدية التى تتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقود، وهذا النص أداة لإلغاء أي شرط يتعدى أو يحد من الالتزام الأساسى فى العقد، ومما لاشك فيه، فإن وجود مثل هذا الشرط يجعل التزام الطرف المقابل فى العقد غير ذي أساس، حيث يكون أحد الأطراف ملتزماً فى العقد والثانى ملتزم من الناحية الشكلية فى حين أنه من الناحية الفعلية غير ملتزم^{xli}، كون أن الشرط أعفاه من التزامه، مما يجعل أحد الالتزامين، دون مقابل موجود حقيقة، فهو ليس وهمياً بمعنى وجود التزام آخر

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

بديلا عنه، وليس تأفها، بمعنى هذا الالتزام لا يتناسب مع التزام الطرف الآخر، وهو التزام غير محقق الوقوع ما ينسف العملية التعاقدية برمتها، ولابد للشرط التعاقدى أن لا يتعلق فقط بالالتزام الأساسى فى العقد وإنما بتجريد مضمونه^{xlii}، إن التحليل الدقيق للمادة 1170 من القانون المدنى الفرنسى، يشكل منفذا لتدخل القاضى ببعض البنود أو الشروط التى تعتبر بنظره انتهاكا لمبدأ العدالة العقدية، وتطبيق القاعدة المنصوص عليها فى نص المادة بحكم عموميتها، لا يقتصر على مجال شروط تحديد المسؤولية، والغرض من هذا الحكم هو أن ينطبق على أى شرط من شأنه أن يؤثر على التزام أساسى فى العقد ويجعل الالتزامات الجوهرية المفروضة على المدين بدون معنى، وليس فقط تلك الشروط المعفية أو المحددة من المسؤولية أو الشروط المحددة للتعويض، ومن ثم يمكن تصور أن يتعلق ذلك، على سبيل المثال بشرط عدم المنافسة، شرط التحكيم، أو شرط الاحتجاج أو المطالبة فى عقد التأمين، وتجدر الإشارة إلى أنه يصعب على القاضى إلغاء البنود التى تعد محددة بشكل ضئيل للالتزام، إنما يمكنه أن يلغى البنود المفرغة للالتزام الأساسى الواقع على المتعاقد من مضمونه.

وهذا ما يلاحظ من عموم صياغة نص المادة حين أهدر كل شرط من شأنه أن يجرى الالتزام الأساسى من ماهيته، دون أن يقصر ذلك على شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية^{xliii}، متجاوزا بذلك ما جرى عليه القضاء من قصر هذا الحكم على هذين النوعين من الشروط، حيث أن حكم هذه المادة يكرس حماية أوسع للالتزام الأساسى فى مواجهة أى شروط عقدية تجرده من ماهيته^{xliv}، ومن بينها بدهاء الشروط المخففة أو المعفية من المسؤولية والتى يكون لها هذا الأثر، وذلك عوضا عن نص المادة 1131 من القانون المدنى الفرنسى الملغاة، والتى كان القضاء يؤسس أحكامه بالبطلان فى هذه الحالة عليها استنادا إلى تخلف السبب، وهو ما يؤكد القول بأن المشرع المدنى الفرنسى ابتعد فى هذا الموقف عن نظرية السبب لصالح نظرية المقابل، حيث لو اعتمد نظرية السبب لكنا أمام عقد باطل لانعدام السبب، بينما المشرع الفرنسى طبق عليه فكرة المقابل فى العقد، معتبرا الشرط غير موجود، والعقد سار المفعول، بحيث يجب تطبيق الالتزام المقابل المتفق عليه واعتبار الشرط كأنه لم يكن^{xlv}.

ثم إنه يقع على القاضى تقدير نطاق الشرط وأثره على الفائدة من وراء العقد والمنفعة الاقتصادية التى يسعى إلى تحقيقها^{xlvi}، فقد تبنى المشرع الفرنسى وفق التعديل الجديد نصا يختلف عن النص الذى تبناه الاجتهاد القضائى الذى كان يؤسس بطلان هذا النوع من الشروط على أساس السبب، فالمشرع لم يأخذ بفكرة التعارض بين الشرط أو البند والالتزام الأساسى، بل أخذ بفكرة الشرط الذى يلغى كليا الالتزام الجوهرى فى العقد أو يلغى طبيعة العقد، أى أن المادة لا تشمل تلك الشروط التى تمس جوهر

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

العقد، بل فقط تلك التى تفرغ العقد من مضمونه، ويعود تقديرها للقاضى، وإن تكريس هذا النص هدفه هو تبني قاعدة قانونية يتم الاستناد عليها فى القانون ويحسم الجدل فى مواقف القضاء المتعارضة وغير الواضحة، كما أراد من خلال هذا النص مراعاة مبدأ الحرية التعاقدية الذى يحكم العلاقات الاقتصادية فى المجتمع، مع الاحتفاظ بحد أدنى لا يمكن الخروج عنه^{xlvi}، مع ذلك إن المشرع الفرنسى التزم الصمت حول الأشخاص الذين لهم حق التمسك بإلغائها من جهة وحول كيفية وطرق اثباتها من جهة أخرى.

ويرى بعض الفقه الفرنسى أن القاضى وعند تقييمه للطريقة التى يجرد بها الشرط للالتزام الأساسى للمدين من مضمونه، يجب أن يعتمد أولاً على التقييم الشامل لجميع بنود العقد، وليس فقط على البند كونه موضوع الخلاف لأنه فى بعض الحالات، إذا كان البند نفسه قد قيم بمعزل عن الشروط الأخرى، فيمكن اعتباره لاغياً لكونه يجرد الالتزام الأساسى للمدين من مضمونه، ولكن إذا كان هذا الشرط قد قيم مع النظر فى جميع بنود العقد، فقد يكون العقد متوازناً وبالتالي لا يفرغ الالتزام الأساسى للمدين من محتواه^{xlviii}، مما يعنى الاحتفاظ بهذا الشرط كما هو مدرج فى العقد، ثم إن القاضى بعد ذلك يعتمد تقدير موضوعي للبند لتحديد مدى قدرة الشرط، ويتطلب تطبيق نص المادة 1170 من القانون المدنى الفرنسى، لاعتبار الشرط غير مكتوب، توافر أمرين:

- أن يشكل الشرط انتهاكاً لجوهر العقد.

- أن يكون هذا الإخلال بجوهر العقد جسيماً بحيث يجرد العقد من جوهره الحقيقى أو الفائدة الفعلية من ورائه، مما يبرر تنفيذ جزاء اعتبار الشرط غير مكتوب^{xlix}.

ثانياً: من حيث الأثر المترتب على تطبيق نص المادة 1170 من القانون المدنى الفرنسى

يمكن القول حول مآل الشرط التعاقدى الذى يهدر الالتزام الأساسى فى العقد إذا ما تأكد القاضى من أنه يمس جوهر العقد وطبيعته، فإنه يعتمد إلى حذف الشرط الباطل كما لو أنه لم يوجد أصلاً، فقد اعتبر المشرع الفرنسى أن مثل هذه الشروط غير مكتوبة ولا عمل عليها بمعنى اعتبارها غير موجودة، أو كما لو أنه لم يتم تضمينها فى العقد ويكتسى هذا الجزاء طابعاً فنياً بما يصطبغ له بالأبعاد القانونية، ويتضح أن المشرع الفرنسى، إذ يطبق جزاء اعتبار الشرط أو البند الذى يفرغ الالتزام الأساسى من مضمونه غير مكتوب يهدف إلى الإبقاء على العقد مع إعادة التوازن إليه بالقدر اللازم، حيث يصبح

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

مرضيا لكلا الطرفين، محققا المنفعة التي يسعى إليها كل منهما، بإلغاء البند الوحيد الذي يؤدي إلى اختلال التوازن في العقد.

غير أن اعتبار الشرط غير مكتوب باعتباره الجزاء الوحيد في جميع الحالات والظروف يمكن انتقادها بشدة في بعض الحالات، وقد يكون جزاء اعتبار الشرط غير مكتوب مبررا ومناسبا إذا كان الشرط نفسه هو الذي يؤدي إلى حرمان التزام المدين من جوهره، حيث يكون الغاء الشرط هو الوسيلة الوحيدة لإعادة التوازن إلى العقد، ومع ذلك في حالات أخرى، عندما يعزى الاختلال في التوازن إلى الشرط نفسه أو بالأحرى إلى جوهره فقد يكون من الأفضل مراجعة محتوى الشرط، لذلك فإن السماح بمراجعة محتواه في بعض الحالات يحافظ على التوازن المالي للعقد وبالتبعية يحافظ على الاستقرار القانوني. وأيا ما كان الأمر، ما دام غرض المشرع من وراء هذا النص هو إعادة التوازن إلى العقد باعتبار البند وحده غير مكتوب ولضمان فعالية هذا الجزاء، فإنه يحظر على المدين التمسك بأن هذا البند كان له تأثير جوهري وحاسم عليه في قبول إبرام العقد، في محاولة من جانبه لإنهاء العقد لأن هذا من شأنه أن يسمح للدائن بتجنب الاختلال بتنفيذ العقد.

الخاتمة:

نختم الدراسة بالقول أن مواضيع نظرية الالتزام أثبتت حيويتها الدائمة وقابليتها للتجاوب مع أحدث المسائل في مجال المعاملات العقدية، ومن هنا حق للمشرع الفرنسي تأثرا بتوجه القضاء أن يخطو خطوة واسعة في هذا الإطار ليفرض عدم تجريد بالالتزام الرئيسي للمدين من محتواه كقيد عام على حرية وضع شروط العقد لاسيما الاتفاقات المعفية من المسؤولية أو المحددة لها، وسيكون من الحكمة ادراج مفهوم الالتزام الأساسي للمدين في القانون المدني الجزائري أسوة بالقانون الفرنسي، خاصة وأنه مثل مفهوم حسن النية يؤثر في العقد ككل في مرحلة تكوينه و كذلك في مرحلة تنفيذه، إن إرادة المتعاقدين يمكن أن تقيد قليلا من نطاق الالتزام الأساسي في العقد إلا أنه لا يمكن أن تجرده من كل محتواه، حيث شروط العقد ليس في وسعها أن تنزع عن العقد صفاته الأساسية وأن تتعدى على جوهره سواء أكان مسمى أو غير مسمى، وإن السماح للمدين بأن يعفي نفسه من أي مسؤولية عن تنفيذ التزامه الأساسي الذي يعبر عن جوهر العقد يتعارض مع مبدأ حسن النية فكيف لهذا الأخير أن يضع شروطا تتعارض مع مقتضيات العقد بما يؤدي إلى إفراغ العقد من أي مضمون عقدي، فالمتعاقدين لا يمكن أن يستهدف الشيء ونقيضه في نفس الوقت، وقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

يعد نص المادة 1170 من القانون المدين الفرنسى كتطبيق لأهم التطبيقات القضائية المعاصرة لنظرية السببية، وكبديل لإلغاء هذه النظرية بناء على تعديل قانون العقود والالتزامات لسنة 2016، ومع ذلك وخلافا للسوابق القضائية السابقة التى حدثت من نطاق تطبيقه من خلال بنود الإعفاء والحد من المسؤولية، فإن النص الجديد يغطي جميع شروط العقد بغض النظر عن طبيعة هذه الشروط وطبيعة العقود ذات الصلة سواء كانت عقود مساومة أو عقود إذعان، ومع ذلك فإن نطاق تطبيق النص الجديد يقتصر على إلغاء البنود التى تجرد التزام المدين الأساسى من مضمونه.

- تحديد المقصود بمفهوم "الالتزام الأساسى للمدين ينبغى أن يستند إلى طبيعة العقد وجوهره والإرادة المشتركة للأطراف، كما يتمثل فى الالتزامات التى تشارك بشكل متبادل فى تحقيق الغرض المقصود من الطرفين من خلال إبرام العقد، ومع ذلك فإن الشروط التى تؤثر على هذه الالتزامات الأساسية هى الوحيدة التى يمكن اعتبارها غير مكتوبة ما دامت تؤدي إلى تجريد التزام المدين الأساسى من مضمونه، أما البنود الأخرى الثانوية منها أو التى لا تؤدي إلى تحقيق الغرض فلا تدخل فى تطبيق النص السابق والجزاء الذى يتطلبها.

- اعتمادا على التقييم الشامل للشرط مع مراعاة بنود العقد الأخرى، وكذلك الاعتماد على التقييم الموضوعى للشرط لتقييم مدى حرمان الشرط من الالتزام الأساسى للمدين من جوهره يؤدي إلى تحقيق الغرض الذى سعت إليه السلطة التشريعية فى دمج النص السابق، والذي يتمثل فى إعادة التوازن إلى العقد فى حالات محددة عندما يكون الخلل خطيرا. وعلى هذا النحو، يمكن أن يحد ذلك من سلطة القاضي من ناحية فى عدم المبالغة فى استخدام هذا النص فى إعادة التوازن إلى العقد، مما يقلل من عدد الحالات التى يتم فيها إلغاء البنود أو الشروط التعاقدية، ومن ناحية أخرى، يحافظ على حرية الأطراف فى تضمين أي بنود يرونها مناسبة فى عقودهم وعدم تقييد هذه الحرية، إلا فى الحالات التى يؤدي فيها الشرط إلى انتهاك جسيم للجوانب الاقتصادية للعقد والمنفعة التى يسعى إليها إبرامه.

- يهدف فرض الجزاء المتمثل فى اعتبار الشرط غير مكتوب، عندما يجرد المدين الالتزام الأساسى من مضمونه، إلى الحفاظ على العقد مع استبعاد الشرط، ومع ذلك قد لا يكون هذا الجزاء مناسباً فى حالات أخرى، عندما يكون محتوى الشرط وليس الشرط نفسه هو الذى يجرد الالتزام الأساسى للمدين من جوهره، لذلك كانت أفضل وسيلة هي منح القاضي سلطة مراجعة هذا الشرط المحدد وليس إلغاءه، وإعادة العقد إلى توازنه المطلوب

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: باللغة العربية

النصوص القانونية:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد78 الصادرة في 30 سبتمبر المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم 1975.
- الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق ل19 ديسمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد(15)، المؤرخة 08 مارس 2009، المعدل والمتمم بالقانون 18-09، المؤرخ في 10 جويلية 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد(35)، المؤرخة في 13 جوان 2018.

الكتب العامة:

- بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد و الاستقرار التعاقدية) ، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش لنشر و توزيع الكتاب المختص، تونس ، مارس 2017، ص.279.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات -المصادر (1)- العقد، المجلد الثاني، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018

الكتب المتخصصة:

- أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1999.
- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009

الرسائل والمذكرات:

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

-عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص. 111.

- هبة فؤاد حمية، مضمون العقد في ضوء التعديلات التي طالت القانون المدني الفرنسي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2020-2021.

-جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب في التشريع الفرنسي (دراسة مقارنة لبنان -فرنسا)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الجامعة الإسلامية في لبنان، 2021/2020

المقالات:

-أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، مجلة كلية الحقوق العالمية الكويتية مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ملحق خاص، العدد2، الجزء الثاني ، صفر/ربيع الأول 1439هـ/ نوفمبر2017م، ص ص285-339.

-ببير ماليه، الفعالية الاقتصادية للنظرية العامة للعقد: تجربة تعديل القانون المدني الفرنسي في عام 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الثامنة، ملحق خاص، الجزء الثاني، العدد9، جمادى الأولى /جمادى الثانية1442هـ-يناير2021، ص ص639-682.

-جواد كاظم جواد سميسم، فكرة جوهر الالتزام العقدي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف- العراق، العدد 19، 2012، ص ص449-491.

-شارف حاج بن الزعر، أحمد رباحي، أثر المعالجة التصورية لنظريتي الالتزام والعقد على موز فكرة السبب في التصرفات القانونية دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 7، العدد2، ديسمبر2021، ص ص1645-1681

-عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن، كلية القانون جامعة بابل- العراق، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، 1981، ص 170.

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

-عمر عمورة، جوهر العقد-دراسة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف، المجلد7، العدد1، 2021، ص ص 1143-1166.

-منا نعيم جعاز، جليل حسن الساعدي، فكرة مضمون العقد وأثر استحداثها على شروط صحة العقد (دراسة في القانون الفرنسي)، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مركز بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، السنة السابعة والأربعون، العدد الثاني والستون، أبريل 2021، ص ص 341-366.

-هوزان عبد المحسن عبد الله، مضمون العقد في ضوء التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي، دراسة مقارنة بالفقه المالكي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد17، العدد2، ربيع الثاني1442هـ/ديسمبر 2021، ص ص 615-641.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Textes juridiques :

- L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035 du 11 février 2016 ,et sa loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018.

Ouvrage :

- M. FABRE – MAGNAN, Droit des obligations - Contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} édition. PUF, Paris, 2016,

-Robert Joseph Pothier, Traité des obligations, Paris, Masson, 1883.

Christian LARROUMET (dir), Droit civil, 6 édition, tome 3, Les obligations, le contrat, volume2 , Economica, Paris, 2007.

Thèses et mémoires :

-Philippe DELEBECQUE, les clauses allégeant les obligations dans le contrat, thèses de doctorat en droit, faculté de droit et sciences politique d'Aix-Marseille, université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille III, 1981.

-D. HOUTCIFF, Le principe de cohérence en matière contractuelle, T.1, Thèse de doctorat, faculté de droit et de sciences politique presses universitaires d'Aix Marseille, 2001.

-N. CARDOSO-ROULOT Les obligations essentielles en droit privés des contrats, thèse de doctorat, publiée, édition L'Harmattan, Paris, France, 2008.

Articles :

Maurice PICARD et André PRUDHOMME, de la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, RTD. civ, 1912.66.

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

-Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », dans Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 273

Ch. DESLAURIERS- GOULET, L'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit, volume.55, n4, 2014, p.p.923-950.

- Cyril GRIMALDI, Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, LPA, 27 oct 2016, n.215, p.6.

Site internet :

-Stéphanie GHORZLAN, la notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Etude des systèmes juridique français et québécois , site internet : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/15558_RJTUM-49-GHOZLAN.PDF, dernière visite le 02/08/2021à16.30h.

المراجع باللغة الإنجليزية:**Articles :**

-Yousef Mohammad Shandi , Osama Ismail Mohammad Amayreh, Depriving the Debtor's Essential Obligation of its Substance and its Remedies under the Provisions of Article 1170 of the French Civil Code, Journal of Politics and Law; Canadian Center of Science and Education Vol. 13, No. 2, , 2020, pp.129-143.

i-جواد كاظم جواد سميسم، فكرة جوهر الالتزام العقدي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة النجف الأشرف، العراق ، العدد 19 ، 2012، ص.471.

ii-عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن، كلية القانون، جامعة بابل- العراق العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، 1981، ص.170.

iii- المادة 2/178 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي" يتضح من النص أن المبدأ في القانون المدني هو صحة أو جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية للمدين ، وإذا كان النص المذكور قد ورد بشأن الإعفاء من المسؤولية ولم ينص صراحة على جواز الإعفاء الجزئي، فلا شك أن حكمه ينصرف كذلك إلى اتفاق التخفيف من المسؤولية فمن يملك الأكثر يملك الأقل. انظر: الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد78 الصادرة في 30 سبتمبر المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم 1975.

iv-راجع القيود الواردة في المادة 178 قانون مدني سألقة الذكر، كذلك إذا ورد شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ضمن عقد من عقود الإذعان فإنه يمكن اعتباره شرطا تعسفيا يخضع بالتالي لسلطة القاضي في استبعاده ووفقا لمقتضى المادة 110 قانون مدني ونصت على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

من ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 13 قانون حماية المستهلك وقمع الغش من أنه لا يمكن التنازل على الضمان القانونى أو الإنقاص منه، فهذا الضمان مقرر بقوة القانون حيث يعتبر كل شرط مخالف باطلا. فيلتزم التاجر بضمان العيوب التي قد تظهر في المنتج خلال المدة المحددة قانونا رغم أي لتفاق مخالف. انظر: القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد(15)، المؤرخة 08 مارس 2009، المعدل والمتمم بالقانون 09-18، المؤرخ في 10 جويلية 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد(35)، المؤرخة في 13 جوان 2018.

يضاف إلى ذلك عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية الناشئة عن الأضرار التي تمس بالسلامة الجسدية للأشخاص، فجسد الإنسان لا يجوز أن يكون محلا لاتفاقات مالية، كما أن الالتزام بالسلامة يتعلق بالنظام العام فلا يعفى ناقل الأشخاص من المسؤولية، وخاصة الالتزام بضمان سلامة المسافرين باعتباره موجب قانونا، وكل شرط يرمي إلى الإعفاء من تلك المسؤولية هو مخالف قانونا للنظام العام المواد 62 و 63 قانون تجاري ولا فرق بعدها بين النقل بمقابل أو النقل بالمجان اتفاق مخالف. انظر: الأمر رقم 59-75، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق لـ 19 ديسمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.

^v - جواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.473.

^{vi} - محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات -المصادر (1)- العقد، المجلد الثاني، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص.313.

^{vii} - أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1999، ص.16.

^{viii} - L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035 du 11 février 2016, et sa loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018.

^x - وتتلخص وقائعها في أن احدى الشركات (Bancherau) كانت ترغب في الاشتراك بإحدى المزايدات فأرسلت بريدها بواسطة النقل السريع عبر (Chronopost) إلا أن الشركة الأخيرة التي تقم بتوصيل البريد في الوقت المحدد، فتقدمت المدعية بدعوى ضد شركة التوصيل للمطالب بالتعويض. ورفضت محكمة الاستئناف طلبها مستندة إلى أن المدعى عليها لم ترتكب أي خطأ فادح و جسيم عندما لم تقم بإرسال المزايدة في اليوم التالي قبل الظهر، فالعقد يتضمن شروط تتعلق بتحديد المسؤولية، ولا يقوم على الشركة سوى التزام ببذل العناية الكافية لتوصيل البريد، وعند وقوع ضرر نتيجة عدم احترام المدة المحددة فإن الشركة مسؤولة عن بدل النقل فقط، إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت القرار معتبرة أن التخلف عن السرعة في التوصيل يتناقض مع موجب التسليم ، وأن التأخر في التسليم شكل خطأ فادح و جسيم و أن ذلك يؤدي إلى إلغاء البند المحدد للمسؤولية واعتباره كأن لم يكن.انظر في ذلك :

Cass.com,22 octobre 1996, n93-18.632. Bull. civ. IV, no 261 ; D. 1997, 121, note A. Sériaux ; Defrénois 1997, 333, obs. D. Mazeaud ; JCP E 1997

^x - في عام 1997، أطلقت (Faurecia) ، وهي مورد سيارات PSA ومقاول من الباطن ، ترغب في نشر برامج متكاملة تغطي الإنتاج والإدارة التجارية في جميع مواقعها حول العالم، دعوة لتقديم العطاءات. فازت أوراكل بالصفقة على أساس عرض برنامجها المستقبلي "V12" الذي لم يكن متاحا إلا في وقت لاحق. وفي منتصف عام 1998، وقعت الشركتان عدة عقود للنسخ

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

الوسيلة ونظرا لأن النظام المثبت على المواقع الابيرية تعرض لأعطال خطيرة ولم يتم تسليم إصدار V12 من حزمة البرامج، وسعت (Faurecia) إلى المطالبة بدفع مبلغ 74 مليون يورو كتعويضات، بما في ذلك 61 مليون يورو عن مكاسب الإنتاجية والمخدرات الضائعة (باستثناء الفوائد)، وقد كانت مسؤولية (Oracle) محدودة تعاقدية على السعر المدفوع. وفي الواقع العلاقة التعاقدية كانت بين اثنين من المهنيين والشرط الملزم للطرفين تم الاتفاق عليه بعد مفاوضات حقيقية. ونص صراحة على ما يلي: "تحدد شروط هذه الاتفاقية المخاطر بين أوراكن والعميل. وتعكس الأسعار المتفق عليها هذا التوزيع للمخاطر وما ينتج عنه من تحديد للمسؤولية". حيث رأت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف تمكنت من ملاحظة أن مبلغ سقف المسؤولية كان مبلغا متفاوضا عليه وأن البند ينص على أن "الأسعار المتفق عليها تعكس توزيعا للمخاطر"، "أن أوراكن وافقت على معدل خصم قدره 49%", وأن (Faurecia) يجب أن يكون لها دور مهم تلعبه في تطوير "منتج أوراكن" لقطاع السيارات وستستفيد نتيجة لذلك من "الوضع التفضيلي". ولذلك محكمة النقض أقرت بصحة شرط تحديد المسؤولية، ولكن فقط لأن محكمة الاستئناف، بعد أن أجرت تقييما ملموسا للمضمون التعاقدى، تمكنت من الحكم على الطبيعة النسبية للشرط. ويبدو هذا الحل عمليا وقبل كل شيء يجعل من الممكن عدم التشكيك في صحة شروط تحديد المسؤولية. وهي بذلك تحافظ على قدر من اليقين القانوني واحترام إرادة الأطراف. وقضت محكمة النقض في قرارها الصادر في 29 يونيو 2010 أن مجرد حقيقة أن (Oracle) لم تسلم الإصدار V12 دون إثبات القوة القاهرة لا يمكن أن ينتج فقط عن خرق التزام تعاقدى، حتى لو كان أساسى، ولكن يجب استنتاجه من خطورة سلوك المدين، وفي هذا أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف، فيما ذهبت إليه من أن الإخلال بالالتزام الأساسى، وإن ثبت، لا يمكن من إبطال شرط تحديد المسؤولية، سواء على أساس السبب أو الإهمال الجسيم، بالنظر إلى المفهوم الذاتى لهذا الأخير إلا إذا أفرغ من مضمونه. انظر:

JCP 2010, no 787, note D. 09-11.841. Bull. civ. IV, no 115 cass.com, 29 juin 2010, n Houtcieff.

^{xii} -أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.18.

^{xiii} - Robert Joseph POTHIER, Traité des obligations, Paris, Masson, 1883, n° 6, p50 .

^{xiv} - صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.177.

^{xv} -Philippe DELEBECQUE, les clauses allégeant les obligations dans le contrat, thèses de doctorat en droit, faculté de droit et sciences politique d'Aix-Marseille, université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille III, 1981, p.158.

^{xvi} -Maurice PICARD et André PRUDHOMME, de la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, RTD. civ, 1912, 66.

^{xvii} -N. CARDOSO-ROULOT Les obligations essentielles en droit privés des contrats, thèse de doctorat, publiée, édition L'Harmattan, Paris, France, 2008, pp.34-36.

^{xviii} -Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », dans Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 273

^{xix} - Christian LARROUMET (dir), Droit civil, 6 édition, tome 3, Les obligations, le contrat, volume2 , Economica, Paris, 2007, n.635.

^{xx} -R.SEFTON -GREEN, la notion de l'obligation fondamentale :comparaison franco- anglaise , LGDJ, paris, 2000, p.260 et s : cité par Stéphanie GHORZLAN, la notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Etude des systèmes juridique français et québécois , site internet : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/15558_RJTUM-49-GHOZLAN.PDF, dernière visite le 02/08/2021à16.30h.

^{xxi} - صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص.315.

عدم إفراغ التزام المدين الأساسى من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة فى العقد

^{xxi} -Ch. DESLAURIERS- GOULET, L'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit, volume.55, n4, 2014, p.927.

^{xxii} -عمر عمورة، جوهر العقد-دراسة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسى، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسنية بن بوعلى، الشلف، المجلد7، العدد1، 2021، ص.1160.

^{xxiii} -منا نعيم جعاز، جليل حسن الساعدي، فكرة مضمون العقد وأثر استحداثها على شروط صحة العقد (دراسة فى القانون الفرنسى)، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مركز بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، السنة السابعة والأربعون، العدد الثانى والستون، 1 أبريل 2021، ص.350.

^{xxiv} -شارف حاج بن الزعر، أحمد رباحي، أثر المعالجة التصورية لنظريتي الالتزام والعقد على موضح فكرة السبب فى التصرفات القانونية -دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسنية بن بوعلى، الشلف، المجلد 7، العدد2ديسمبر 2021، ص.1669.

^{xxv} -انظر:

- M. FABRE – MAGNAN, Droit des obligations - Contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} édition. PUF, Paris, 2016, p. 449.

^{xxvi} - عثمانى بلال، أطراف العقد المدنى بين الحق فى تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه فى العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص. 111.

^{xxvii} -D. HOUTCIFF, Le principe de cohérence en matière contractuelle, T.1, Thèse de doctorat, faculté de droit et de sciences politique, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2001, n.401 et s., p.340 et s.

^{xxviii} - Ph. JESTAZ, L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale, mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 279.

^{xxix} - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.18.

^{xxx} - انظر: صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص.166.

^{xxxi} - صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص.166.

^{xxxii} - عمر عمورة، جوهر العقد، المرجع السابق، ص.1147.

^{xxxiii} - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.26.

^{xxxiv} -Cass req,19 janv.1863, Dalloz périodique 1863, jurisprudence, p.248.

^{xxxv} -Cass.civ,16 juillet1951, Dalloz1951, jurisprudence, p.587.□

^{xxxvi} - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.29.

^{xxxvii} -أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص.39.

^{xxxviii} -أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.40.

^{xxxix} -ببير مالى، الفعالية الاقتصادية للنظرية العامة للعقد: تجربة تعديل القانون المدنى الفرنسى فى عام 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلس النشر العلمى، جامعة الكويت، السنة الثامنة، ملحق خاص، الجزء الثانى، العدد9، جمادى الأولى/جمادى الثانية1442هـ-يناير 2021، ص.671.

^{xl} - هبة فؤاد حمية، مضمون العقد فى ضوء التعديلات التى طالت القانون المدنى الفرنسى، مذكرة ماجستير فى القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2020-2021، ص.98.

^{xli} -جمال حسن لوباني، تطور نظرية السبب فى التشريع الفرنسى (دراسة مقارنة لبنان -فرنسا)، مذكرة ماجستير فى القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الجامعة الإسلامية فى لبنان، 2020/2021، ص.60.

عدم إفراغ التزام المدين الأساسي من مضمونه كقيد على الاشتراطات المتضمنة في العقد

^{xlii} - هوزان عبد المحسن عبد الله، مضمون العقد في ضوء التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي، دراسة مقارنة بالفقه المالكي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد 2، ربيع الثاني 1442هـ/ديسمبر 2020، ص. 632.

^{xliii} - راجع بخصوص الشروط المخففة لالتزامات المدين:

PH. DELEBECQUE, les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse AIX-MARSEILLE, 1981.

^{xliv} - أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، مجلة كلية الحقوق العالمية الكويتية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ملحق خاص، العدد 2، الجزء الثاني، صفر/ربيع الأول 1439هـ/نوفمبر 2017م، ص. 311.

^{xlv} - جمال حسن لوباني، المرجع السابق، ص. 59-60.

^{xlvi} - Yousef Mohammad Shandi , Osama Ismail Mohammad Amayreh, Depriving the Debtor's Essential Obligation of its Substance and its Remedies under the Provisions of Article 1170 of the French Civil Code, Journal of Politics and Law; Vol. 13, No. 2, Canadian Center of Science and Education, 2020, p.137.

^{xlvii} - بيير مالبه، المرجع السابق، ص. 671.

^{xlvi} - Cyril GRIMALDI, Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, LPA, 27 oct 2016, n.121 p.6.

^{xlix} - Yousef Mohammad Shandi , Osama Ismail Mohammad Amayreh,, supra note , p.139.

- لبديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد و الاستقرار التعاقدية) ، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش لنشر و توزيع الكتاب المختص، تونس ، مارس 2017، ص. 279.