# " دور القاضي في مواجهة الشروط غير المشروعة في العقد "

## مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية بتاريخ 31 أكتوبر 2023

من إعداد الباحث: سيدومو ياسين

قاضي باحث بمركز البحوث القانونية والقضائية

**مقدمة :**

لقد سمح المشرع لطرفي العلاقة التعاقدية أن يشترطا في العقد ما يشاءان في سبيل تحقيق مصالحهما من إنشاء العقد، كما سمح لهما أن يحددا مسبقا في العقد الأثار والجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الشروط، وكل ذلك شريطة أن لا تكون هذه الشروط مخالفة للقواعد الأمرة التي تكفل احترام النظام العام والآداب العامة، فمتى خالفتها فهي شروط غير مشروعة[1] استوجبت تدخل القاضي لإبطالها.

غير أن تدخل القاضي لإبطال أحد الشروط في العقد قد يكون له تأثير على كامل العقد، إذ الأصل أن العقد الذي يحتوي شرطا باطلا، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا يرتب أثرا وحيدا وهو زوال هذا العقد بكامله، وهذا الأثر قد لا يصب دائما في مصلحة المتعاقد الآخر، فقد تكون حاجة المتعاقد الآخر في بقاء العقد قائما دون الشرط غير المشروع، فيظهر دور القاضي في تقرير بطلان الشرط دون العقد كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، هدفه المحافظة على بقاء العقد قائما، مع إبطال فقط الشرط غير المشروع الذي أدرج فيه.

[1] بوشارب ايمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2018، ص. 73.

تتعلق إشكالية الندوة: إلى أي مدى يمكن للقاضي أن يقرر بطلان الشرط غير المشروع في العقد دون المساس بالعقد الذي يحتويه؟.

سيتم تناول الموضوع من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: الأحكام العامة للشروط غير المشروعة في العقد

المحور الثاني: دور القاضي في تقرير بطلان الشرط غير المشروع دون العقد الذي يحتويه

## المحور الأول

## الأحكام العامة للشروط غير المشروعة في العقد

### أولا: مفهوم الشرط التعاقدي

يندرج الشرط التعاقدي ضمن نظرية الشروط التقييدية، التي يقصد بها تلك الشروط التي يدرجها المتعاقدون في اتفاقهم وتصرفاتهم القانونية والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر فتأخذ هذه الشروط شكل بنود التعاقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة، تفرض على أحد طرفي التصرف أو كلاهما[1]، يترتب على الإخلال بها جزاء يحدده المتعاقدان في العقد.

ويقصد بالشرط التعاقدي باعتباره شرطا تقييديا أنه التزام أحد المتعاقدين بأمر مستقبلي ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به أثر العقد تغييراً أو تعديلاً أو إضافة[2]، فالعقد المقترن به مستوفي لجميع عناصره الجوهرية إلا أن تأثيرها يتحدد بأثار العقد.

1- ابراهيم الدوئقي ابو الليل – البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية – دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص، مطبوعات جامعة الكويت، 1977،ص 123.

2- محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 655.

## ثانيا: تمييز الشروط التعاقدية عن الشروط كوصف للالتزام (الشروط الواقفة والشروط الفاسخة):

الشروط التعاقدية تختلف عن الشروط كوصف للالتزام من خلال ما يلي:

1-يقابل مصطلح الشرط التعاقدي باللغة الفرنسية مصطلح La clause، بينما يقابل مصطلح الشرط كوصف للالتزام باللغة الفرنسية مصطلح La condition

2-إقتران الشروط التعاقدية بالعقد لا يجعل العقد موصوفا أو معلقا[1]، بل هي عبء أو تكليف يقع على أحد المتعاقدين يؤدي الاخلال به الى ترتيب جزاء متفق عليه في العقد.

3-الشرط الواقف أو الفاسخ وصف من أوصاف الالتزام يندرج في الباب الثالث من القانون المدني ضمن الاوصاف المعدلة لأثر الالتزام، وعليه فإن اقتران الشرط الواقف أو الفاسخ بالعقد يجعل العقد موصوفا.

-أما الشرط التعاقدي فلا يعتبر وصفا من أوصاف الالتزام، وإنما هو مصدر من مصادر الالتزام يندرج تحت عنوان العقد في الفصل الثاني من القانون المدني ضمن الباب الأول تحت عنوان مصادر الالتزام، كما أن اقتران الشرط التعاقدي بالعقد يبقي هذا العقد مستوفيا لجميع عناصره الجوهرية ولا يجعل العقد موصوفا[2].

## ثالثا : أسباب عدم مشروعية الشرط التعاقدي

يخضع الشرط التعاقدي لنفس الحكم الذي تخضع له شروط التعاقد كأصل عامة ضمن نظرية الالتزام.

فالأصل أن الشرط التعاقدي باعتباره أحد شروط العقد، فإنه يجب أن يكون الرضا فيه سليم من العيوب التي قد تعتريه، كما أن محله يتعين أن يكون غير مستحيل وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وسببه يتعين أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإن تخلف أحد الاركان الأساسية التي تشترطها العقود في الشرط

---

1- ابراهيم الدوئقي ابو الليل، المرجع السابق ص 123.

2- ابراهيم الدوئقي ابو الليل، المرجع السابق ص 123.

فإن مصير العقد بكامله هو البطلان، وإن تخلف أحد شروط صحة الشرط، فإن العقد يكون قابلا للإبطال لفائدة من تقرر الإبطال لمصلحته.

وإلى جانب ما تقدم ذكره فإن المشرع قد ينص في القانون صراحة على وضعيات معينة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويعتبر كل شرط مخالف لها باطلا، يبطل وحده دون العقد الذي يحتويه.

وبذلك فإنه حتى يكون الشرط التعاقدي منتجا لأثاره لابد أن تتوافر فيه مقومات عديدة منها ما يشترك فيها مع شروط التعاقد في النظرية العامة للالتزام، ومنها ما تستوجبه طبيعته فإذا تخلفت المقومات أو أحدها كان الشرط غير مشروع ومن بين هذه الأسباب ما يلي:

### 1-إستحالة تنفيذ الشرط

محل الالتزام المستحيل هو الذي لا يمكن للمدين الالتزام به في المستقبل، والأصل في الشروط التعاقدية، أن تكون مترتبة على التزام مستقبلي يمكن للمدين الوفاء به، فإذا اتسم الشرط التعاقدي باستحالة محل الالتزام فيه كان هذا الشرط باطلا، و في ذلك فقد نصت المادة 93 من القانون المدني على ما يلي: إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته .....كان باطلا بطلانا مطلقا، ومن أمثلة الاستحالة، وجود التزام بالتنفيذ في مدة يستحيل معها تنفيذ هذا الالتزام.

### 2- عدم سلامة الرضا في الشرط

والأصل أن الشرط التعاقدي باعتباره أحد شروط العقد، أنه يجب أن يكون الرضا فيه سليم من العيوب التي قد تعتريه كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، فإذا كان أحد طرفي العقد ناقص الاهلية، أو كان رضاه معيبا بعيب من العيوب، فلا يكون الشرط في العقد صحيحا، ويكون قابلا للإبطال لعدم توافر شروطه.[1]

### 2- محل الالتزام في الشرط التعاقدي مخالف للنظام العام أو الآداب العامة

[1] - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 229.

يخضع محل الالتزام في الشرط التعاقدي لنفس الحكم الذي تخضع له بنود التعاقد كأصل عامة ضمن نظرية الالتزام، بحيث يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وذلك استنادا إلى نص المادة 93 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا.

والقواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك التي يرمي المشرع من ورائها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية، اجتماعية أو اقتصادية، تعلو مصلحة الأفراد بحيث لايجوز لطرفي العقد الاتفاق على مخالفتها، بحيث أن العلاقة بين المخاطبين بأحكامها هي علاقة خضوع كامل.

أما الآداب العامة فهي تلك الوتيرة الأدبية التي تعارف الناس في مجتمع معين على السير بموجبها باعتبارها وليدة المعتقدات الحميدة المتأصلة فيه، وللدين أثر كبير في درجة مثاليتها لتعلقها بأمور أخلاقية بحتة، وقد بقيت أمرا غير محدد بدقة، ويرجع ذلك إلى أن فكرتها مرنة غير محددة، فهي مفهوم مطاَط يختلف باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر من الآداب العامة في مجتمع ما، قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، وقد يخرج ما كان يعتبر منهما من دائرتها بشكل نهائي في زمن لاحق.

### 3- سبب الالتزام بالشرط التعاقدي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة

تشترط القواعد العامة أن يكون سبب الالتزام مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويفترض في الشرط التعاقدي أن له سببا مشروعا إلا إذا تبين عكس ذلك.

### 4- عندما ينص القانون صراحة على بطلان الالتزام في الشرط التعاقدي

زيادة على الأسباب التي تم ذكرها أعلاه والتي تؤدي إلى بطلان الشرط التعاقدي، فقد ينص المشرع صراحة على عدم جواز بعض الاتفاقات ويرتب عليها بطلان الشروط التي

تشترطها[1]، كما قد يقرر المشرع بطلان العقد الذي يحتوي شرطا يتضمن اتفاقا يمنعه المشرع[2]، فإن اقترن الالتزام في الشرط التعاقدي بأحد الاتفاقات التي يمنعها المشرع فيكون هذا الشرط باطلا وحده، أو يكون باطلا مع العقد الذي يحتويه إذا نص المشرع صراحة على ذلك.

## رابعا: ضرورة تمييز الشروط غير المشروعة عن الشروط التعسفية:

### 1- ما هي الشروط التعسفية:

تجد الشروط التعسفية أساسها القانوني العام في نص المادة 110 من القانون المدني التي ورد فيها" إذا تم العقد بطريقة الاذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، كما تجد أساسها في المادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تعتبر شرطا تعسفيا كل شرط أو شرط بمفرده أو مشتركا مع شرط واحد أو عدة شروط أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

هذه الفئة من الشروط التعسفية ليست محددة وقد منح المشرع فيها للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مدى تعسفية الشرط من عدمه، استنادا لما تقضي به العدالة، ومن وجود إخلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

الفقه قد حاول وضع بعض المعايير لتحديد الشروط التعسفية المخالفة لمبادئ العدالة.

---

1من امثلة بطلان الشرط غير المشروع دون العقد ما ورد في نص المادة 52 فقرة 3من القانون التجاري، فيما يخص مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشياء " : يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف."، و كذلك الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع، فقد جاء في المادة 384 من القانون المدني ما يلي " :يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه و أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه."

2أبرز مثال على بطلان العقد لوجود شرط غير مشروع هو بطلان عقد الشركة بوجود الشرط الذي مفاده اتفاق الشركاء على أن لايساهم أحدهم بالخسارة فيما يستفيد من الأرباح المحصلة، و قد تناولته المادة 426فقرة 1من القانون المدني كما يلي " :إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة و لا في الخسارة كان عقد الشركة باطلا."

- معيار التعسف في استعمال الحق

يحمي القانون الحقوق طالما هي مستعملة من قبل صاحبها للغاية التي منحت من أجلها، مما يفترض ممارستها وفقا لمبادئ أخلاقية التعامل بصورة لا تلحق ضررا مبالغا بالطرف الذي يمارس الحق ضده[1]، وقد اعتبرت المادة 124 مكرر من القانون المدني، أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطا لا سيما إذا وقع بقصد الاضرار بالغير، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ومن الملاحظ أن الصور الواردة في نص المادة 124 مكرر، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك ما ستشف من عبارة لا سيما، بمعنى أن سوء استعمال الحق غير محصور بحالات معينة، ويمكن تقديره حسب الوقائع التي نشا فيها.

-معيار الاخلال بحسن النية

أن القانون المدني الجزائري عندما تناول مبدأ حسن النية، فقد تضمنه مرحلة التنفيذ و هو ما نصت عليه المادة 107 بقولها: يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نيته، غير أن هذا المبدأ في حد ذاته وحسب ما تفيده فحوى المادة، يسري عبر كافة مراحل العقد بما فيها المرحلة التعاقدية، بل وحتى المرحلة السابقة للتعاقد.

ويمكن للقاضي أن يستشف تعسف البند من خلال إخلال المتعاقد الذي فرضه في عقد الاذعان بمبدأ حسن النية ، بمعنى أن البند قد فرض في مواجهة المتعاقد الاخر بسوء نية، وبذلك فهو تعسفي.

-معيار فقدان الغاية من الشرط

الأصل أن لكل شرط في العقد سبب يستند عليه من اشترطه، ويعود للقاضي الناظر في الدعوى تقدير أهمية سبب الشرط أخذا في عين الاعتبار ظروف كل عقد عند نشأته

1مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الاول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الرابعة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 768.

والغاية من طلب انفاذه[1]، فإن لم تكن لهذا الشرط أي غاية، اعتبر الشرط فاقدا للسبب، وهو شرط تعسفي.

كما تدخل المشرع مباشرة بتحديد بعض الشروط التي تعتبر تعسفية، في المادة 29 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تحت الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية التعسفية، والتي جاء فيها: تعتبر شروطا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما الشروط والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1-أخذ حقوق و/او امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

6-رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7-التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ الخدمة،

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة."

وكما حددها أيضا في المرسوم التنفيذي رقم06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الاعوان الاقتصاديين و المستهلكين والشروط التي تعتبر تعسفية، أين نصت المادة5 منه على: تعتبر تعسفية، الشروط التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

[1] مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 770.

-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،

-الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده

- فرض شروط لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،

- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ عقد قام بفسخه،

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لايقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لايقوم بتنفيذ واجباته،

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

-يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

-يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

## 2-أهمية التفرقة بين الشروط غير المشروعة و الشروط التعسفية:

تخضع الشروط غير المشروعة إلى نظرية البطلان، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا، في حين تخضع الشروط التعسفية الى الجزاء الوارد في المادة 110 من القانون المدني وهي جوازية تعديل هذه الشروط أو اعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة.

يجوز للقاضي أن يثير بطلان الشرط من تلقاء نفسه، أو من أحد الطرفين أو لكل من له مصلحة، في حين أن الجزاء الوارد في المادة 110 من القانون المدني ليس من النظام العام ويتعين على صاحب المصلحة أن يتمسك به.

يسري بطلان الشروط غير المشروعة على جميع المتعاقدين، في حين لا يسري الجزاء الوارد في المادة 110 من القانون المدني سوى على الطرف الذي تمسك به.

لا يؤثر الشرط التعسفي على صحو العقد إذا ما تقرر اعتباره تعسفيا، في حين قد يؤدي بطلان الشرط إلى بطلان العقد برمته على النحو الذي سنتناوله لاحقا.

## المحور الثاني: دور القاضي في تقرير بطلان الشرط غير المشروع دون العقد

الأصل أن العقد الذي يحتوي شرطا غير مشروع سواء كان مطلقا أو نسبيا يرتب أثرا وحيدا وهو زوال العقد، غير أن هذا الأثر ليس دائما يصب في مصلحة المتعاقد الآخر الذي وضع الشرط غير المشروع في غير مصلحته، فقد تكون حاجة هذا الأخير في بقاء العقد قائما دون الشرط غير المشروع الذي يحتويه العقد، ما يقودنا إلى إعمال نظرية انتقاص العقد طبقا للمادة 104 من القانون المدني، التي تتيح البطلان لجزء من العقد فقط، أي تتيح بطلان الشرط الباطل دون العقد الذي يحتويه.

ويعد بطلان الشرط دون العقد هو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث يهدف المشرع من خلاله إلى المحافظة على بقاء العقد دون أن نكون امام عقد آخر، وفي نفس الوقت تزاح من العقد صفة البطلان الذي كان مشوبا به.

غير أن النظرية العامة للعقد قد أحاطت تطبيقها بجملة من العقبات تحول دون التوسع في هذا البطلان من خلال استناد القاضي على المعيار الذاتي في تقدير البطلان، ما جعلها تحول دون حماية المتعاقد الآخر الذي تكون مصلحته في الابقاء على العقد دون الشرط الباطل، وهو ما دفع المشرع إلى أن يتدخل صراحة من خلال تكريس المعيار الموضوعي، بالنص صراحة على بطلان الشرط دون العقد، ويتحدد دور القاضي في مواجهة الشروط غير المشروعة تبعا للمعيار الذي يستند عليه في تقرير هذا البطلان.

## أولا: استناد القاضي على المعيار الذاتي في تقرير بطلان الشرط دون العقد

الأصل أن تقرير بطلان الشرط دون العقد ككل يستند بالدرجة الأولى على إرادة المتعاقدين وما إذا كانا قد اعتبرا أن العقد يبقى قائما من دون الشرط غير المشروع، ولا سبيل لإعمال دور القاضي في بطلان الشرط دون العقد إلا بعد أن يتوصل إلى إرادة المتعاقدين، ولا يمكنه الحكم بغير ما ارتضاه المتعاقدين، وإلا لا يمكن الزام المتعاقد بالعقد الذي تم إنقاذه من البطلان دون رضاه، فدور القاضي استنادا إلى هذا المعيار، يقتصر في التأكد من إرادة المتعاقدين، و التصريح ببطلان الشرط غير المشروع فقط دون العقد[1]، إذا كان هذا يتماشى مع هذه الإرادة، غير أنه يمكن لقاضي إذا كان العقد يحتمل التفسير، أن يفسر إرادة المتعاقدين وما إذا اتجهت إلى اعتبار الشرط وحده يبطل دون العقد ككل، وإلا فليس له إلا أن يبطل العقد مع الشرط الباطل.

يعرف البعض هذا المعيار بالمعيار المقصدي المقيد بإرادة المتعاقدين[2]، وسمي هذا المعيار بالمعيار الذاتي كونه يستند في تقرير بطلان الشرط بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين، فقد نصت المادة 104 من القانون المدني على "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

وفقا للمادة فإن بطلان الشرط غير المشروع هو الأصل في إعمال هذه النظرية، غير أنه إذا اتضح أن تجزئة العقد على هذا النحو تتعارض مع مقصود المتعاقدين فإن العقد كله يبطل، وبالتالي فشروط تقرير بطلان الشرط دون العقد تتمثل فيما يلي:

### 1-أن يكون العقد باطلا في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى

لأنه لو كان باطلا في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه لأن أي جزء قد يبقى بعد الانتقاص يكون باطلا.

---

[1]- جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: يجوز ابطال شق من العقد اذا كان باطلا أو قابلا للإبطال، غ.م 324515 في 18-01-2006، م.م.ع، ع01، 2006، ص. 217.

2 احمد بعجي ، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة RECHERCHES ، المجلد 11، العدد 03 ، ص 197.

### 2-إمكانية بطلان الشرط دون العقد

تنعكس نظرية انتقاص العقد وجوبا على بطلان الشرط دون العقد، وبناء على هذه النظرية فإنه لا يمكن الحديث عن إمكانية بطلان الشرط في العقد إذا لم تكن هناك إمكانية لبطلان جزء من هذا العقد، بحيث لا يؤثر بطلان هذا الجزء على باقي العقد، وإلا كان العقد كله باطلا، والشروط التي تقبل الابطال دون العقد عادة هي شروط ثانوية، لا تمس بأصل العقد والتي يمكن تصور العقد بدونها، فلا تؤثر في قيامه، فإن كانت الشروط تمس بأصل العقد وشروطه الجوهرية فلا يمكن أعمال نظرية بطلان الشرط دون العقد ككل.

### 3-قابلية العقد للانقسام

يتعين استنادا إلى المعيار الذاتي أن يكون العقد قابلا للانقسام، بالرجوع إلى محله، وفي ذلك نصت المادة 236 من القانون المدني على " لا يقبل الالتزام الانقسام إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته، وإذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهما لذلك.

### 4- وجوب مراعاة إرادة المتعاقدين

تعتبر إرادة الطرفين العنصر الأساسي في تقرير بطلان الشرط دون العقد، فإن اتجهت إرادة طرفي العقد إلى اعتبار الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد وأن العقد ما كان ليتم بغير شقه الباطل فإن العقد يبطل بأكمله ولا يجوز انتقاصه، أما إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع إلى التعاقد فإن العقد يكون قابلا للتجزئة فيجوز انقاصه.

## ثانيا : إستناد القاضي على المعيار الموضوعي في تقرير بطلان الشرط دون العقد

لقد تبنى المشرع بالإضافة إلى المعيار الذاتي الذي تم التطرف إليه سابق، أساسا آخرا لتقرير بطلان الشرط دون العقد، بعيدا عن أي اعتبار لإرادة المتعاقدين، وذلك بالاستناد إلى المعيار الموضوعي.

ومن خلال هذا المعيار يحدد المشرع بعض الشروط التي يمكن أن تدرج في العقود، ويقرر لها البطلان كجزاء عن الاتفاق عليها دون باقي العقد، كما قد يعتمد المشرع على

أسلوب ثاني في تقرير بطلان الشروط، بأن لا يحدد الشروط الباطلة بذاتها، وإنما ينص على المبدأ، ويعتبر شرطا باطلا كل شرط يخالف أحكام هذا المبدأ[1].

ويستند القاضي في تقرير بطلان الشرط الباطل أو القابل للإبطال دون العقد، طبقا لهذا المعيار على النص القانوني الذي وضعه المشرع، ولا يرجع إلى إرادة المتعاقدين مثلما هو الحال طبقا للمعيار الذاتي.

فمتى نص المشرع على أن أحد الشروط تعتبر باطلة، أو أن أحد الأحكام لا يجوز مخالفتها، فإن القاضي يقضي ببطلان هذه الشروط من تلقاء نفسه أو بطلب من صاحب المصلحة، ويبقى العقد صحيحا.

مثال ذلك شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء في الأجل المتفق عليه، فقد نصت المادة 903 من القانون المدني ، يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان[2]

وأيضا **الشرط الذي يحد من سلطة القاضي في تقدير الشرط الجزائي**، المادة 184/فقرة أخيرة من القانون المدني بقولها : "ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه."

**الشرط الذي يحد من سلطة القاضي في مواجهة الشرط التعسفي.** قد اعتبر المشرع أن الاتفاق على سلب سلطة القاضي في تعديل أو الإعفاء من بعض الشروط التي يراها تعسفية يقع باطلا، فنص على أن كل اتفاق على مخالفة أحكام المادة 110 من القانون المدني هو اتفاق باطل

**الشرط الذي يحد من سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق نتيجة للظروف الطارئة** قد نص المشرع صراحة ضمن المادة 107من القانون المدني، على بطلان كل اتفاق يحد من سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق نتيجة للظروف الطارئة

---

[1]- احمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، المرجع السابق، ص 201.

[2]- جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: من المقرر قانونا انه يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في ان يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم ايا كان، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدا يعد خرقا للقانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال ان قضاة المجلس لما حكموا بأحقية المطعون ضدهم بالاستيلاء على الشيء المرهون يكونوا قد خرقوا القانون. غ.م، 64984 في 18-02-1991، م.ق، ع 01، 1993، ص. 23.

كذلك نص المشرع على بعض الشروط غير المشروعة في عقد التأمين بموجب المادة 622 من القانون المدني، أين رتب المشرع لها كجزاء البطلان[1] وهي:

**1**-الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.

**2**-الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

**3**-كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الاحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

**4**-شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة من بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

كما قررت المادة 625 من القانون المدني بطلان كل شرط يخالف النصوص الواردة في الفصل الثالث من القانون المدني، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد

**ثالثا: حالة خاصة بشروط التعليق ( الشرط الواقف والشرط الفاسخ):**

المادة 204 مدني: لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب العامة أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام.

من خلال هذا النص نستخلص ما يلي:

[1]- جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: خلافا لما تدعيه الطاعنة فان قضاة المجلس حين استندوا على المادة 622 من القانون المدني لاستبعاد التعهد المحتج به من طرفها على اعتبار انه يعد باطلا، و ان التزامها بتعويض المطعون ضده مصدره عقد التامين الشامل جميع الاخطار المبرم بينهما يكونوا قد التزموا صحيح القانون، ثم ان الطاعنة لم تبين أحكام الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات التي خالفها قضاة الموضوع و عليه يتعين رفض الطعن، المحكمة العليا، غ.م، 1076801 في 20-10-2016، م.م.ع، ع 02، ص. 41.

1- أن الشرط الواقف المستحيل أو المخالف للنظام العام، يجعل كل الالتزام غير قائم، بمعنى أن العقد الذي يحتوي على شرط واقف مخالف للنظام العام يكون برمته غير قائم.

2- الشرط الفاسخ إذا كان مخالف للنظام العام، فهو فقط من يبطل دون العقد الذي يحتويه، إلا في حالة ما إذا كان هذا الشرط جوهريا في العقد لا يقوم العقد بدونه، ففي هذه الحالة يبطل العقد برمته

## خاتمة وتوصيات

تبين من خلال المداخلة واستعراض مختلف الأحكام العامة المتعلقة بالشروط غير المشروعة في العقد، أن للقاضي سلطة في تقرير بطلان بعض الشروط في العقد متى كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة، أو إذا نص المشرع صراحة على بطلان بعض الشروط باعتبارها غير مشروعة، وعلى القاضي عند أعمال سلطته، أن يميز بين الشروط غير المشروعة التي ينتج عنها الجزاء الوارد في نظرية البطلان في القواعد العامة، عن الشروط التعسفية التي ينتج عنها الجزاء الوارد في المادة 110 من القانون المدني، وهو جوازية تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضي به العدالة.

وبعد تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة، تبين أن الأصل في العقود التي تحتوي شروطا غير مشروعة، يترتب عنها أثر وحيد وهو البطلان الكلي، غير أن هذا الأثر لا يصب دائما في مصلحة المتعاقد الآخر الذي وضع الشرط غير المشروع في غير مصلحته، فقد تكون حاجة هذا الأخير في بقاء العقد قائما دون الشرط غير المشروع الذي يحتويه العقد،

لذا وخروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وبهدف المحافظة على بقاء العقد مع إزاحة من العقد صفة البطلان الذي كان مشوبا بها، فقد منح المشرع للقاضي سلطة في تقرير بطلان الشرط غير المشروع دون العقد الذي يحتويه بضوابط لا يمكن التوسع فيها.

وقد أبانت التدخلات أن المشرع لم يكن دقيقا في صياغة المصطلحات ضمن احكام القانون المدني، بحيث أن المشرع يذكر مصطلح **الشروط** على بنود التعاقد التي تعتبر مصدرا للالتزام، وعلى الشروط الواقفة والفاسخة التي تعتبر وصفا للالتزام، وبالرغم من ذلك فعلى القاضي عند مواجهة الشروط غير المشروعة في العقد، أن يميز بين **الشرط التعاقدي الذي هو مصدر من مصادر الالتزام، والذي يقابله باللغة الفرنسية مصطلح La clause**، عن **الشرط كوصف للالتزام (الواقف والفاسخ)، والذي يقابله باللغة الفرنسية مصطلح La condition.**

**فعندما** يتدخل لمواجهة الشرط التعاقدي غير المشروع الذي يعد مصدرا للالتزام، فله أن يستند في تقرير بطلان الشرط دون العقد أما على المعيار الذاتي من خلال تطبيق نص المادة 104 من القانون المدني التي تتيح للقاضي سلطة تقرير بطلان الشرط غير المشروع دون العقد الذي يحتويه بشرط أن لا يكون هذا الشرط غير المشروع هو الدافع الى التعاقد، أو يستند على المعيار الموضوعي في تقرير بطلان الشرط دون العقد إذا كان المشرع ينص صراحة على بطلان بعض الشروط دون العقد الذي يحتويها.

أما عندما عندما يتدخل القاضي لتقرير بطلان الشرط غير المشروع الذي يعد وصفا للالتزام، دون العقد الذي يحتويه، فعليه أن يستند على نص المادة 204 من القانون المدني التي تفرق بين ما إذا كان الشرط واقفا أو فاسخا، وتنص على البطلان الكلي للعقد الذي يحتوي شرطا واقفا غير مشروع، وعلى بطلان الشرط الفاسخ غير المشروع وحده دون العقد الذي يحتويه إذا لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد.

وخلصت الندوة إلى ضرورة التدخل التشريعي لضبط المصطلحات القانونية ضمن أحكام القانون المدني، بأن يستعمل المشرع مصطلح **البند** الذي يقابله باللغة الفرنسية مصطلح **La clause**، عندما يتعلق الامر بالشرط كمصدر الالتزام، ويستعمل مصطلح **الشرط** الذي يقابله باللغة الفرنسية مصطلح **La condition**، عندما يتعلق الأمر بالشرط

كوصف الالتزام، حتى لا يحدث لبس في تطبيق الاحكام القانونية الخاصة بكل من الطائفتين.

كما خلصت الندوة إلى تذكير السادة القضاة بضرورة تمييز الشروط غير المشروعة عن الشروط التعسفية، عند التدخل لمواجهتها، كون أن تدخل القاضي في كل منهما يختلف من حيث الأثر.