

تطور فعالية بطلان الشرط في العقد

بعجي أحمد: طالب دكتوراه

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

الملخص

لقد تطورت فعالية بطلان الشرط في العقد، فبعدما كان أساسها محصورا في الأساس الذاتي، أضيف له أساسا موضوعيا آخر، بعيدا عن إرادة المتعاقدين، فأبان هذا التنوع في الأسس، عن الفعالية المحدودة للأساس الذاتي، مقابل الفعالية المتطورة باستمرار للأساس الموضوعي، المجسدة بصورة خاصة في سلطة القاضي للحكم ببطلان الشرط، كل ذلك من أجل بلوغ الفعالية المطلوبة، وهي المحافظة على استقرار المعاملات، ومن جهة أخرى حماية مصالح المتعاقد الضعيف، ويتحقق ذلك المسعى، من خلال المحافظة على بقاء العقد.

الكلمات المفتاحية: الأساس الذاتي؛ الأساس الموضوعي؛ الفعالية المحدودة؛ الفعالية المتطورة؛ استقرار المعاملات؛ حماية المتعاقد الضعيف؛ الإبقاء على العقد.

Abstract

The effectiveness of the nullity of the clause in the contract has evolved, having been limited to a subjective foundation, has been added another objective foundation, far from the will of the contractors, this diversity on the foundations shows the limited effectiveness of the foundation Subjective, in the face of the evolution of the effectiveness of the objective foundation, which is particularly presented in the Authorities of the judge to rule on the nullity of the clause, with the purpose of achieving the requisite efficiency, that of maintain the stability of the transactions, On the other hand, protecting the interests of the feeble contractor, this objective, will be achieved by the survival of the contract.

Key words: The subjective foundation ; the objective foundation ; Limited effectiveness; evolving effectiveness; the stability of the transactions; protection the feeble contractor; the survival of the contract

مقدمة

يسعى القانون إلى مسايرة الأوضاع الاجتماعية و الاقتصادية للمجتمع الذي نشأ فيه، من خلال تطويره و تحيينه من حين لآخر، لكي يخدم جميع مصالح الأفراد في المجتمع، من تلك المصالح، مصالح كلا الأطراف المتعاقدة في بعض الأحوال، و في أحوال أخرى مصالح متعاقد دون المتعاقد الآخر.

يصدق هذا المسعى، على تطور فعالية البطلان في العقد، الذي لم يعد يستجيب فقط للتقسيم الكلاسيكي الثنائي المتعارف عليه، وهو إما البطلان المطلق و إما البطلان النسبي للعقد¹، فهو يصبو لاتجاه واحد، ينحصر في زوال العقد، لذلك فالبطلان يرتب آثارا قاسية، يحاول المشرع تفاديها قدر الإمكان أو التقليل منها²، هذا الوضع لم يبق على حاله، فقد ساير المشرع الجزائري تطور فعالية البطلان، من خلال إقراره للبطلان الجزئي للعقد، كما جاء في المادة 104 ق.م، و التي تقرر بطلان جزء من العقد دون العقد ككل، و هو ما يطلق عليه بنظرية إنقاص العقد³، كما هو مجسد من خلال عدة تطبيقات سواء كان ذلك من خلال القواعد العامة أو القواعد الخاصة-كما سنفصل لاحقا-.

لعل من بين أهم الحالات التي تندرج في إطار نظرية إنقاص العقد، هو حالة بطلان الشرط في العقد مع بقاء العقد صحيحا⁴، لذلك فالإنقاص هو وسيلة بواسطتها يبقى على العقد دون أن نكون أمام عقد آخر، و في نفس الوقت نزيح عنه صفة البطلان الذي كان مشوبا به⁵، وهذا الذي اخذ به المشرع الجزائري في عدة أحوال، و كان هدفه من ذلك جمع أكثر من غاية، فغاياته في ذلك استقرار المعاملات، و غايته كذلك خدمة مصالح المتعاقد الضعيف.

تجب الإشارة، إلى أن الحكم ببطلان الشرط في العقد⁶، يمثل حالة استثنائية، تظهر من جانبين، فهو من جهة استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما هو منصوص عليه في المادة 106 ق.م، إذ أن الأطراف ملزمان قانونا بتنفيذ كل ما جاء في العقد من بنود تعاقدية، و من جهة أخرى فهو يمثل أيضا حالة استثنائية للبطلان في العقد، بما أن نظام البطلان المتعارف عليه تشريعا و قضاء و فقها، هو التقسيم الثنائي، البطلان المطلق للعقد، و البطلان النسبي، أما البطلان الجزئي الذي يمس شقا باطلا في العقد، فهو لا يغدو إلا استثناء، و حالة عارضة⁷، يسعى من خلاله المشرع، لبلوغ غاية معينة، و هي المحافظة على بقاء العقد، لذلك فكل فعالية لبطلان هذا الشرط تنعكس على فرص الإبقاء على العقد.

لقد كانت مسابقة النظرية العامة للعقد، لمسألة بطلان الشرط دون العقد ككل، من زاوية فردية، أو بتصور ذاتي، و تبرير ذلك يرجع إلى النزعة الفردية للنظرية العامة للعقد، و التي تقدس إرادة المتعاقدين، كما أن بطلان الشرط في العقد، هو وسيلة من أجل الحفاظ على العقد في سبيل استقرار المعاملات، و في هذا الشأن أحاطت النظرية العامة في العقد، مسألة بطلان الشرط فيه، بمجموعة من العقوبات، التي تحول من التوسع في الأخذ بهذا البطلان، بغية المحافظة على القوة الملزمة للعقد، و من ثم ضمان استقرار المعاملات، و هذا ما جعلها تقيد مسألة الحكم ببطلان الشرط دون العقد بإرادة المتعاقدين، كما لجأت إلى المحافظة على تنفيذ الشروط التعاقدية، من بينها شروط الإعفاء من المسؤولية، و استثناء قدرت بطلانها بشرط إتيان سلوك غير نزيه من المدين، و المتمثل في الغش أو الخطأ الجسيم.

من جهة أخرى شكل هذا التصور الذاتي لبطلان الشرط في العقد، عائقاً أمام تطور فعالية الحكم ببطلان الشرط، سواء بالشروط المحيطة من أجل الحكم بالبطلان، أو من خلال عدم ملاءمته لمصالح المتعاقد الضعيف، خاصة و أن واقع العلاقات التعاقدية اليوم، كشف لنا عن غاية أخرى، لبطلان الشرط في العقد، وهي رعاية مصالح المتعاقد الضعيف، الذي في مصلحته الإبقاء على العقد عوض زواله، لكن التصور السابق، لم يكن عائقاً أمام تكريس أساس آخر، يتمثل في الأساس الموضوعي، لأن في ذلك ضماناً لأكثر من مصلحة، فمن جهة ضمان استقرار المعاملات، و الأكثر من ذلك هو ضمان لمصالح المتعاقد الضعيف، الذي من مصلحته بقاء العقد، بعد بطلان الشرط، و من ثم تجسيد فعالية بطلان الشرط من خلال الإبقاء على العقد.

يبدو أن الأخذ بالبعد الموضوعي لبطلان الشرط، أكثر ملاءمة، لأنه يكشف عن تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، من أجل الإبقاء و المحافظة عليه⁸، من خلال مسابقة المشرع لهذا المسعى، بل حتى للإجتهد القضائي دور كبير في ذلك، من خلال التكييف المتواصل و التطوير غير المنقطع بشأن إقامة بطلان الشرط في العقد، و لعل أفضل برهان على ذلك، هو تطور بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية، من المعيار الذاتي - باعتبار سلوك المتعاقد - إلى المعيار الموضوعي - باعتبار غياب سبب الالتزام-، و هذا ما يظهر تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، في بعده الموضوعي.

لذلك يظهر أن تطور فكرة بطلان الشرط في العقد، لا تنحصر فقط من الانتقال من الأساس الذاتي إلى الأساس الموضوعي و فقط، بل تتجلى في تطور فعالية الحكم ببطلان الشرط من مجال ضيق إلى مجال واسع، تجسده سلطة القاضي، و هذا هو موضوع هذه الدراسة، الذي سنقوم بتفصيله من خلال مطلبين رئيسيين .

المطلب الأول: بطلان الشرط في العقد من خلال الأساس الذاتي : فعالية محدودة

ترتب على الأخذ بالتصور الذاتي لبطلان الشرط، عدة مسائل وتطبيقات، تظهر ضيق هذا التصور، فالملاحظ على المشرع أنه في تقريره لبطلان الشرط، يقيّد هذا الحكم بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين، و هذا من شأنه أن يقلل من فعالية بطلان الشرط (الفرع الأول) كما أن المشرع في تقريره للبطلان الجزئي، يسعى للحفاظ على القوة الملزمة للعقد قدر الإمكان ، من أجل ذلك قيّد الحكم ببطلان الشرط دون العقد، بمسألة اتخاذ المتعاقد سلوكا معينا، و هذا ما يجعل التصور الذاتي مرتبطا بهذا المعيار السلوكي (الفرع الثاني) الذي لا يعول عليه كثيرا من أجل الحرص على بقاء العقد، و ذلك لحرصه على تجسيد الوظيفة الأساسية للعقد، و هي استقرار المعاملات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرجوع إلى إرادة المتعاقدين : تضييق لجال الحكم ببطلان الشرط

لقد كرس القانون المدني الجزائري، مسألة مهمة في تقرير بطلان الشرط دون العقد، و ذلك في نص المادة 104 ق.م (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله) يدل هذا النص على مسألة بطلان الشرط، و بقاء دون العقد قائم، و هو ما يعرف بنظرية إنقاص العقد، أي إنقاص شقه الباطل فقط⁹، و تخضع هذه النظرية إلى مجموعة من الشروط¹⁰، تظهر تقييد مجال إعمال هذه النظرية (أولا) و يرجع مبرر ذلك بصورة أساسية إلى ضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة و اتفاق المتعاقدين أساسا (ثانيا) .

أولا : تقييد اللجوء إلى نظرية البطلان الجزئي

لجأ المشرع بشأن تطبيق نظرية البطلان الجزئي للعقد، التي تتحقق معها فكرة بطلان الشرط، إلى مجموعة من الشروط، التي تعكس حرصه على الحفاظ على استثنائية اللجوء لمثل هذا التطبيق، و تتمثل هذه الشروط في مايلي:

1- إمكانية بطلان جزء من العقد

إن إمكانية الحكم ببطلان الشرط دون العقد، بالاستناد إلى المعيار الذاتي القائم على إرادة المتعاقدين، يمر في إحدى الأحوال، و جوبا على نظرية البطلان الجزئي للعقد، أو إنقاص العقد، و بالتالي تنعكس شروط إعمال تلك النظرية، على فعالية بطلان الشرط في العقد، فيضيق مجاله تبعا لشروط إعمال هذه النظرية، كما يتسع مجاله تبعا لإطلاق أو تسهيل شروط تطبيق هذه النظرية، هذا من جهة، و من جهة أخرى لا يمكن الحديث عن إمكانية بطلان الشرط في العقد، إذا لم تكن

هناك إمكانية لبطلان جزء من العقد أو شق منه، و يكون كذلك، إذا كان العقد باطلاً في أحد بنوده، أو في شق منه، دون أن يكون العقد كله باطلاً، كما هو الحال في بطلان الشروط في عقد التأمين -كما سنرى-، و عقد المقاول في بطلان شرط إعفاء المهندس المعماري أو المقاول، كما جاء في المادة 556 ق.م (يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه) كما يبدو أن هذا الشرط بديهي و أساسي في نفس الوقت، لأنه لا بد أن تنصب نظرية البطلان الجزئي للعقد على جزء منه، و لا تنصرف إلى كل العقد، و أيضاً إذا كان من غير الممكن الحكم ببطلان الجزئي، فهنا يكون الحديث عن بطلان العقد ككل.

يبدو أن المشرع عندما أقر أعمال نظرية البطلان الجزئي للعقد، قد طغت عليه فكرة التقسيم الثنائي الكلاسيكي للبطلان، و كأن الأصل في نظام بطلان العقد، إما البطلان المطلق أو البطلان النسبي، و هذا واضح من آثار البطلان الأصلية، كما جاء في المادة 103 ق.م، أما عن فكرة الإبقاء على العقد، فهي لم تلقى اهتمام واسع، و هذا ما هو واضح من خلال شروط تطبيق هذه النظرية، التي تضيق كثيراً من حالات اللجوء إلى أعمال البطلان الجزئي للعقد، كما أن هذه الشروط تعود مجملها إلى إرادة المتعاقدين أنفسهم.¹¹

2- قابلية العقد للإنقسام

يشترط أيضاً لتطبيق نظرية البطلان الجزئي للعقد، أن يكون العقد قابلاً للإنقسام، و يكون كذلك إذا كان يقبل الإنقسام و التجزئة من الناحية المادية، وذلك بالرجوع إلى طبيعة محل العقد، حول ما إذا كان يقبل التجزئة أو الإنقسام، فإذا كان غير ذلك فلا مجال للبطلان الجزئي للعقد، كما جاء في المادة 236 ق.م (لا يقبل الالتزام الإنقسام: -إذا ورد على محل لا يقبل الإنقسام بطبيعته، -إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك) فإذا كان هذا النص ينص على طبيعة الأشياء و دورها في السماح لتطبيق البطلان الجزئي للعقد¹²، إلا أن هذا النص، قد أكد مرة أخرى على دور إرادة المتعاقدين، في إظهار مدى قابلية الالتزام للإنقسام من عدمه، و كذلك الوصول إلى نيتهم في ذلك، و هذا تأكيد آخر على تقييد مجال بطلان الشرط في العقد، من خلال التشديد في تطبيق هذه النظرية من خلال شروطها التي تؤول معظمها لإرادة المتعاقدين، و بمفهوم المخالفة، يقبل العقد الإنقسام إذا تم بطلان شق من العقد، و يبقى تكييف العقد صحيحاً كما هو، لا بتغيير طبيعته، و أما إذا كان بطلان الشق ينال من تكييف العقد ذاته، فهنا يكون العقد غير قابل للإنقسام، و ليس مؤهل لتطبيق نظرية

البطلان الجزئي للعقد، وهذا كما هو الحال عند إعمال اتفاق المتعاقدين، كما جاء في المادة 426 ق.م (إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطل...) فمن شأن هذا الشرط أن ينال من طبيعة عقد الشركة الذي يتحمل بموجبه الشركاء الربح والخسارة، لا خيار لهم في ذلك.¹³

كما يمكن أن تتحقق عدم التجزئة والانقسام من الناحية القانونية¹⁴، عندما يقضي المشرع أحيانا في بعض العقود أنها غير قابلة للانقسام، وهذا الحال ينطبق على عقد الصلح في المادة 466 ق.م (الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله...).

3- عدم تأثير الجزء الباطل

إن الشروط القابلة لإعمال نظرية البطلان الجزئي، إنما هي شروط ثانوية في الأصل، كما لا يوجد مانع من تطبيق ذلك على الشروط الجوهرية في العقد¹⁵، فالشروط الثانوية التي هي محل التطبيق، هي الشروط الزائدة على أصل التصرف، أو هي الشروط المقترنة بالعقد¹⁶، والتي لا تمس بأصل العقد، و يعود تنظيمها للمتعاقدين، كالاتفاق على أجل ومدة التسليم، و مكان تسليم المبيع في عقد البيع، أو الشروط التي تحدد نفقات التسليم وعلى من تقع هذه النفقات، و غير ذلك من الشروط التي لا تؤثر على أصل التصرف، والتي يمكن تصور قيام العقد بدونها، فهي لا تؤثر عليه في قيامه ولا في تنفيذه، و من ثم كان إعمال تطبيق الشق الباطل عليها إعمالا صحيحا، و بمفهوم المخالفة، إذا كانت الشروط تمس بأصل العقد، و بشروطه الجوهرية، لا يمكن الحديث عن بطلان الشرط دون العقد، بل يكون الحديث عن بطلان العقد ككل، و يكون تقرير ذلك من خلال نظرة المتعاقدين، فإذا كانت في نظر المتعاقدين جوهرية لا يحكم بالبطلان الجزئي، أما إذا كانت ثانوية في نظر المتعاقدين هنا يمكن تطبيق النظرية، بمعنى يجب أن لا يكون الشق الباطل دافعا للتعاقد، فإذا كان هذا الشرط هو الجزء الدافع للتعاقد، لا يمكن إعمال إنقاص العقد.¹⁷

ثانيا: ضرورة المرور على إرادة المتعاقدين: مبرر أساسي لاستبعاد سلطة القاضي

إن النتيجة المترتبة على تضييق مجال إعمال شروط نظرية البطلان الجزئي، ومن ثمة إمكانية الحكم ببطلان الشرط في العقد، يؤدي بنا إلى التعرف عن أسباب ذلك التقييد، و تضييق المجال في نفس الوقت، وتبدو أنها ترجع إلى ضرورة احترام دور

الإرادة في العقد كمبرر كلاسيكي في العقد (أولاً) وأنه نتيجة لذلك تستبعد سلطة القاضي في الحكم بالبطلان الجزئي (ثانياً).

1- احترام مبدأ سلطان الإرادة: مبدأ كلاسيكي في مواجهة بطلان الشرط في العقد

يلاحظ على مجمل الشروط السابق ذكرها، فيما يخص إعمال نظرية البطلان الجزئي للعقد، أنها تفصح عن المعيار الذاتي المحض للحكم ببطلان الشرط دون العقد، الذي يعود تقديره إلى إرادة المتعاقدين- كما رأينا-، ويعرفه البعض¹⁸، بالمعيار القسدي المقيّد بإرادة المتعاقدين، وهذا راجع إلى التأثير الكبير بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعطي للإرادة الدور الأكبر في العقد، أي إذا اتجهت إرادة أطراف العقد إلى اعتبار الجزء الباطل هو الدافع للتعاقد، وهذا إما أن يبطل العقد بكامله، وإما إلحاق الضرر بالنسبة للمتعاقد الذي في مصلحته بطلان الشرط دون العقد، كحال المتعاقد الضعيف¹⁹، وهذا عكس ما يراه البعض²⁰، بأن تقدير مسألة الشرط المؤثر في العقد من عدمه، يعود تقديره إلى قياس السلوك بمعيار الرجل العادي، لكون الغرض من إنقاص العقد، هو استقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين، وبالتالي إذا تبين من إرادة كلا المتعاقدين، أنها قد انصرفت إلى الإبقاء على العقد رغم بطلان شق منه، هنا يبقى العقد قائماً، لأن المشرع يحافظ على دور الإرادة قدر الإمكان، من خلال دورها في الحكم على صحة العقد من عدمها في حالة بطلان شق منه²¹، ويبرر البعض ذلك²²، بأن إرادة المتعاقدين هي المعيار الفاصل في انتقاص العقد، وهو أحد شروطه، فإذا تبين أن إرادة المتعاقدين لم تقصد إنقاص العقد، فالإنقاص لا يتحقق، كما يضيف الفقه²³، بأن إنقاص العقد، لا يعد إلا تطبيقاً للقواعد العامة للعقد، ما دام قد احترمت فيه إرادة المتعاقدين في تقرير بطلان الشرط دون العقد، وهذا ما يبرر مرة أخرى الأخذ بالمعيار الذاتي لمثل هذا البطلان.

كما يبرر البعض²⁴، خيار الرجوع لإرادة المتعاقدين في إعمال البطلان الجزئي، أنه خيار صعب في التطبيق، من خلال صعوبة الوصول إلى إرادة المتعاقدين في بعض الأحوال، خاصة إذا كانت العبارات غامضة، كما أن نص المادة 104 ق.م، لا يساعد عن الكشف عن هذه الإرادة، ومبرر ذلك إما أنه تضيقاً لإنقاص العقد، أو ضابط-دور الإرادة- دون آليات واضحة تؤدي إلى نتائج غير واضحة بل محتملة.

هذا و يبدو، أن دور إرادة كلا المتعاقدين ليس قاصرة على نظرية البطلان الجزئي للعقد فقط، بل تمتد إلى نظرية أخرى، وهي نظرية تحول العقد، لأنه من بين شروط هذه النظرية، هو أن تنصرف إرادة كلا المتعاقدين المحتملة إلى التصرف

الأخر الذي يتحول إليه التصرف الأصلي، و يكون كذلك إذا انصرفت إرادة المتعاقدين إلى إن العقد الجديد ، بعد ظهر لهما أن العقد الأصلي باطل²⁵ ، وبالتالي يبقى المرور على إرادة المتعاقدين ضروري.

2- دور القاضي في البطلان الجزئي للعقد : دور تقريرى لا تحكّمي

تظهر النتائج السابقة، فيما يخص دور إرادة المتعاقدين، في تقرير مدى إبطال الجزء أو الشق الباطل في العقد من عدمه، أنها تؤدي بنا إلى نتيجة أخرى مفادها، أنه لا سلطان ولا مكان لتحكم للقاضي في بطلان الشرط ، وفي أعمال هذه النظرية ، بل لا سلطان إلا للإرادة كأصل ، ومن جهة أخرى، أنه لا سبيل لأعمال دور القاضي في بطلان الشرط دون العقد ، إلا بعد أن يتوصل إلى إرادة المتعاقدين، و لا يمكن له الحكم بغير ما ارتضاه المتعاقدين، سواء حكم بذلك بموجب قواعد العدالة و الإنصاف أو بقواعد النظام العام، و بالتالي لا يمكن إلزام أي متعاقد بالعقد، الذي تم إنقاذه بعيدا عن رضاهم به، و هنا يكون الحل هو بطلان العقد بصورة كاملة، بداعي أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا يمكن فصله عن الشق الصحيح، الذي رضي به المتعاقدين، و هنا تكون إرادة المتعاقدين هي المتحكم في بطلان الشرط دون العقد، وحائل لأعمال البطلان الجزئي²⁶، كما يضيف بعض الفقه²⁷، أنه ليس للقاضي سلطة تحكّمية في إقرار هذه الحالات، بل على القاضي أن يتوصل إلى تفسير إرادة المتعاقدين، و يسترشد فقط بإرادتها فقط، و لا مبرر لتلك الشروط سوى اعتبارها قيودا تحدّ من إطلاق سلطة القاضي ، و قد يحدث و أن يتفق كلا المتعاقدين على عدم جواز إنقاص العقد، فهنا يكون دور القاضي ضيقا في الرقابة على هذا العقد، بل يتقيد باتفاق الأطراف و يبطل العقد بأكمله، و هنا تظهر احترام إرادة المتعاقدين.²⁸

و هذا ما أعاب عليه البعض²⁹ ، لكون ذلك تضيق لفكرة بطلان الشرط دون العقد بإرادة المتعاقدين، التي يصعب الوصول إليها، و ربما قد تتجه إلى بطلان الشق كله، و هذا كله على ضوء المعطيات القانونية الجديدة، و طغيان المساواة التعاقدية، و بالتالي لا يكون ذلك إلا من خلال السماح لطرف محايد و أجنبي عن المتعاقدين في صورة القاضي أو المشرع للحكم ببطلان الشرط، و بلوغ الفعالية المطلوبة، و من جهة أخرى، يظهر أن الأخذ بالمعيار الذاتي، هو في غير صالح المتعاقد الضعيف، عندما تترك الحرية للمتعاقدين، و تستبعد من جهة أخرى سلطة القاضي، و هو ما يكون في صالح المتعاقد القوي، و يجعل الأساس الذاتي عاجزا عن مسايرة الضرورة الحالية للعقد، و هي حماية المتعاقد الضعيف، و من ثم فإن بقاءه تحت مبدأ

سلطان الإرادة و بنزعه الفردية، يشكل إنكارا للتطور الحاصل في العلاقات العقدية، وهو ما يدعو إلى الأخذ بالأساس الموضوعي في المادة 104 ق.م، و الاتجاه نحو الإبقاء على العقد دون الرجوع إلى إرادة المتعاقدين³⁰، هذا ويجب الإشارة إلى أنه حتى إذا نجحت نظرية البطلان الجزئي للعقد، في استبعاد سلطة القاضي و ترك المجال لإرادة المتعاقدين فقط، فإنها لم تتجح في استبعاد سلطة المشرع في الحكم ببطلان الشرط بقوة القانون -كما سنرى لاحقا-

الفرع الثاني: الإعتماد على المعيار السلوكي للمتعاقدين: تضييق لإمكانية الحكم ببطلان الشرط

لقد ربطت النظرية العامة للعقد، بطلان الشرط في العقد، في الكثير من الأحوال بإتخاذ المتعاقدين سلوكا معيناً، لذلك فهي لم تلجأ للسماح للمشرع و القاضي لتقرير ذلك، رغم أن المشرع هو الذي قرر بطلان الشرط، لكن الفيصل في بطلان الشرط هو سلوك المتعاقدين، و ليس سلطة المشرع.

لعل أهم تجسيد لبطلان الشرط دون العقد، المقترن بسلوك المتعاقدين، يصدق على حالة بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فالشروط المتعلقة بالمسؤولية، و هي حالة من أحوال شروط التقييد في العقد، و تمثل أيضا شروطا تنظم مسألة التعويض، و يسمح من خلالها بتحديد التعويض، سواء بالإقصاء الكامل للتعويض، أو بالتحديد المعين للتعويض.³¹

كما جاء في المادة 2/178 ق.م(و كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم ...) يظهر من هذا النص أن المشرع، مازال يحافظ على الأصل و هو حرية الاتفاق بين المتعاقدين على تضمين ما يشاءون من بنود تعاقدية، خاصة منها شروط الإعفاء من المسؤولية، إلا أن المشرع حكم على بطلان هذه الشروط التعاقدية التي تهدف إلى الإعفاء من المسؤولية، إذا اقترنت بسلوك غير نزيه من جانب المتعاقدين المدين، و هو حالة الغش و الخطأ الجسيم، فالغش الصادر من المدين المسؤول، والذي يكون بتوافر نية الإضرار بالمتعاقدين الدائن، و ذلك بتعمده عدم تنفيذ التزامه و بالتالي الإضرار بالدائن، و الأمر الذي يساعده للتخلص من الإلتزام هو شرط الإعفاء من المسؤولية، كما أن الخطأ الجسيم، لا يتطلب نية الإضرار بالغير، لكون الخطأ الجسيم هو درجة من درجات الخطأ، و هو يقترن باتخاذ الشخص المسؤول إهمال يصل إلى درجة كبيرة.³²

لقد توالى التطبيقات لهذا المعيار السلوكي في النظرية العامة للعقد، من خلال العديد من العقود، التي تكرر ذلك، كما جاء في عقد البيع في المادة 3/377 ق.م (

...و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير) و نصت كذلك المادة 384ق.م (يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو 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) كما جاء أيضا في عقد الإيجار من خلال المادة 490ق.م (يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني، و يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا منه).

هذا ما يؤكد بعض الفقه، على أن الخطأ الجسيم هو ذو نظرة ذاتية³³، كما أن المعيار الذاتي، يرتبط بعوامل ذاتية محضة، من خلال الإهتمام بسلوك المتعاقد، و يقتضي أيضا الاعتداد بجسامة الخطأ، سواء كان تافها أم جسيما، لكون المعيار الذاتي يرتبط بالقاعدة الأخلاقية، أهمها حسن نية المتعاقد من عدمها، فمن خلال المعيار الذاتي نكشف عن حسن أو سوء نية المتعاقد³⁴.

لعل هذا ما يضيق من إمكانية تطور فعالية بطلان الشرط من أجل الحفاظ على بقاء العقد، لأن الأصل يبقى هو تنفيذ كل البنود التي احتواها العقد، و ما اللجوء إلى بطلان الشرط إلا استثناء ضيق، بحكم ربط ذلك بإتيان سلوك غير نزيه من جانب المتعاقد المدين، و هو ما يحول دون الوصول إلى فعالية أكثر مرونة و حركية، تواكب جميع الحالات التي تستوجب بطلان العقد، بعيدا عن تقدير سلوك المتعاقد-كما سنرى-

الفرع الثالث: السعي إلى استقرار المعاملات: الوظيفة الأساسية لبطلان الشرط في العقد

إن النتائج المذكورة سابقا، تدل بكل وضوح على أن المشرع يحاول الحفاظ قدر الإمكان على القوة الملزمة للعقد، و إذا ما قرر السماح ببطلان الشرط في العقد، فإن إقراره ذلك، لا يخرج عن شروط معينة، ترجع كلها إلى المتعاقدين، سواء على أساس سلوك المتعاقد، أو على أساس نية وإرادة المتعاقدين في الحكم ببطلان الشرط أو بطلان العقد ككل.

لأشك أن النظرية العامة للعقد، تحول من تدخل المشرع و القاضي في العقد، لأنه من شأن ذلك الإخلال بمبدأ استقرار المعاملات، و ضرورة الحفاظ على الرابطة العقدية، و من ثم تنفيذ العقد، بكل محتوياته، لكي يحافظ على انسجام القواعد الخاصة بتنفيذ الالتزام التعاقدي، على أكمل وجه و بحسن نية، كما جاء في المادة 1/107ق.م، و من أتى سلوكا غير نزيه يعاكس به حسن نية المتعاقد، يكون قد

خالف تلك القاعدة، و بالتالي بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية، و هذا هو المعيار الذاتي لبطلان الشرط في العقد، تأسيسا على سلوك المتعاقد.

فالقواعد العامة، تستبعد كأصل كل رقابة موضوعية لبطلان الشرط التي يمكن أن تعود إلى القاضي أو إلى المشرع، لأن الفيصل الوحيد في ذلك يعود إلى إرادة المتعاقدين، و هدفها واحد و هو حماية العقد و ضمان استمراره بخلفية استقرار المعاملات، و هذا بغية المحافظة على الأمن القانوني للعقد، لذلك فإن مسألة حماية المتعاقد الضعيف، الذي في مصلحته الحكم ببطلان الشرط دون العقد، مسألة بعيدة كل البعد عن المعيار الذاتي في تقرير بطلان الشرط في العقد، و هذا ما أكدته بعض الفقه³⁵، بأن الجزء المألوف للبطلان الجزئي هو إزالة و محو الجزء الغير المرغوب فيه في العقد، و الهدف من ذلك هو المحافظة على العقد، و المحافظة على الإرادة التعاقدية، و هذا الذي يظهره المعيار الذاتي، من خلال قيامه بالموازنة بين مبدأ الحفاظ على العقد من جهة، و من جهة أخرى احترام خيارات المتعاقدين³⁶.

المطلب الثاني: بطلان الشرط في العقد من خلال الأساس الموضوعي: فعالية في تطور مستمر

إن الإستناد على الأساس الذاتي في تقرير بطلان الشرط، لم يمنع المشرع من تبني أساس آخر، و هو الأساس الموضوعي، الذي هو بعيد كل البعد عن إرادة المتعاقدين، المجسد في سلطة المشرع و القاضي (الفرع الأول) وقد بدا واضحا ذلك في الكثير من التطبيقات، سواء في القواعد العامة، أو القواعد الخاصة، و التطور الذي وصل إليه مؤخرا، يظهر قيمة البعد الموضوعي، فشرط الإعفاء من المسؤولية و إن كان ذو هدف واحد و هو بطلان الشرط دون العقد، فإن وسائل الحكم بهذا البطلان تغيرت كثيرا، بعدما كان يؤسس على المعيار السلوكي، أصبح يؤسس على المعيار الموضوعي (الفرع الثاني) لكون الهدف الذي يصبو إليه المعيار الموضوعي، يجمع بين وظيفتين: فهو يحمي مصالح المتعاقد الضعيف، و من جهة أخرى يحافظ على استقرار المعاملات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإستبعاد الكلي لإرادة المتعاقدين: اتساع مجال الحكم ببطلان الشرط

إن تطور العلاقات التعاقدية في الوقت الراهن، حتم على المشرع تبني اتجاه آخر، أكثر فعالية بشأن الحكم ببطلان العقد، الذي يسمح للمشرع و القاضي بلعب دور مهم في بطلان الشرط، دون الرجوع إلى إرادة المتعاقدين، و هو ما فتح المجال واسعا للحكم ببطلان الشرط، و من ثم الحفاظ على الإبقاء على العقد، و قد تجلّى ذلك من خلال دوريين أساسيين، يظهران في الآتي:

أولاً: الدور الوقائي لبطلان الشرط: دور حصري للمشرع

قد يقر المشرع ببطلان بعض الشروط في العقد، و يكون ذلك قبل تنفيذ العقد، أي يحكم ببطلان هذه الشروط قبل إبرام العقد و تنفيذه، و هذا ما يسمح لبطلان الشرط في العقد بلعب الدور الوقائي من أجل الإبقاء على العقد، و يكون ذلك محصوراً في سلطته دون القاضي، و يتجلى ذلك في:

1- اللجوء إلى أسلوب المنع و الحصر لمجال بطلان الشرط

إن أسلوب منع إدراج بعض الشروط في العقد، و اعتبارها باطلة، مسألة لم تكن غريبة عن التصور الذاتي لبطلان الشرط، و أحسن مثال في ذلك، هو تحديد المشرع لبعض الشروط المتعلقة بالضمان في عقد البيع و الإيجار و اعتبارها باطلة دون العقد، لكن الغريب في ذلك أن بطلان تلك الشروط كان مقيداً باتخاذ سلوك غير نزيه من المتعاقد، لكي يسمح ببطلان الشرط دون العقد، أما في هذا الشأن فالأمر بعيد عن إرادة المتعاقدين، و يعود إلى سلطة المشرع وحده للحكم على بطلان العقود، و الأكثر من ذلك يحدد بالتفصيل الشروط المقررة للبطلان، و لم يقرر حالات عامة.³⁷

و قد لجأ المشرع في العديد من الأحوال لمثل هكذا أسلوب، من ذلك لجوئه إلى اعتماد قائمة معينة تحتوي على مجموعة من الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد في العقد، نصت عليها المادة 29 من القانون رقم 02/04 المحدد لقواعد الممارسات التجارية³⁸، كما ألحق هذه القائمة بمجموعة أخرى من البنود التعسفية، تضمنتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي 39 306/06 في الفقرة 2 (تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه)⁴⁰، و حسب المادة 2 فإن الأمر يتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة و شفافية العمليات التجارية، و كذا مطابقة السلع و الخدمات، و الضمان و خدمات ما بعد البيع، و يعتبر بنوداً تعسفياً كل شرط مضمونه الإنقاص من العناصر الأساسية التي جاءت بها المادة 3 من المرسوم التنفيذي نفسه⁴¹، كما تخص هذه الشروط عقد الإستهلاك، و موجهة بالدرجة الأولى إلى صفة المستهلك، فهو المستفيد من أحكامها، و محصورة له و فقط، دون أطراف أخرى كالمتمدخل أو العون الاقتصادي، الذي يستعين بالقواعد العامة للعقد، في هذا الشأن، من أجل التمسك بالحماية من الشروط التعسفية.

يلاحظ على جملة الشروط التعسفية السابقة، أن مصيرها البطلان دون بطلان العقد، و هذا هو الحال في قانون الاستهلاك الفرنسي، الذي نص على الجزاء المدني

من خلال المادة 1-132.L الفقرة 6 على (الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة) ⁴²، أما عن الفقرة 8 منه فنصت على أن (العقد يبقى قابلاً للتطبيق في كل أحكامه إلا بالنسبة لتلك التي قضى بأنها تعسفية إذا كان العقد من الممكن أن يبقى قائماً دون هذه الشروط) ⁴³، يظهر أن البطلان يخص فقط الشروط دون العقد، وهذا الحل في مصلحة المستهلك ⁴⁴، الذي يرغب في بقاء العقد خالياً من البنود التعسفية، وقد عدل قانون الإستهلاك الفرنسي هذه المادة ⁴⁵، وأشار في المادة 1-241.L إلى الجزاء المتعلق بالشروط التعسفية واعتبارها كأنها غير مكتوبة، وقد اقرن المشرع الفرنسي هذه الأحكام، بتكريس آخر للجزاء، من خلال المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي ⁴⁶، التي تقضي أيضاً ببطلان الشرط واعتباره غير مكتوب، وهذا الجزاء جاء موافقاً للجزاء المقرر في قانون الإستهلاك الفرنسي، وقد اعتبره بعض الفقه الفرنسي ⁴⁷، حالة جديدة للبطلان في العقد، لكن المشرع الجزائري لم يستفيد من هذا الجزاء المدني في قواعده الخاصة، بل اقتصر أمره على القواعد العامة، وهذا ما يعاب عليه، حين جاءت النصوص الخاصة خالية من الجزاء المدني المترتب عن الحكم بالطابع التعسفي للشرط، لأجل ذلك ذهب البعض إلى تفسير عدم وجود نصوص تتعلق بالجزاء المدني إلى وجود إحالة على القواعد العامة وبالضبط على نص المادة 110 ق.م و التي تسمح للقاضي إما بتعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، وذلك في حالة وجود عقد الإذعان مدرج فيه الشروط التعسفية، ويتمثل الجزاء في بطلان ذلك الشرط التعسفي ⁴⁸، غير أن هذه الفكرة لقيت معارضة بحكم أن هذا التفسير الذي استند للقواعد العامة يتعارض مع إيراد المادة 29 من القانون رقم 02/04 لمجموعة من الشروط التعسفية بقوة القانون، كذلك ما ورد في المادة (05) من المرسوم التنفيذي رقم 06/306، و التي لا مجال للقاضي اتجاهاً بالحكم ببطلان الشرط التعسفي، سواء بالتعديل أو الإعفاء كما هو في نص المادة 110 ق.م ⁴⁹، كما رأى البعض الآخر ⁵⁰، أن بطلان الشروط التعسفية في العقود، يمكن تصورها في القانون الجزائري، بالرغم من عدم النص عليه من جانب المشرع، أي بطلان الشرط دون العقد، ونحن لا نؤيد هذه الفكرة، لأنه كان على المشرع النص صراحة على بطلان الشرط، كنظيره الفرنسي، دون ترك الإحالة على القواعد العامة.

لم يكتفي المشرع بالإشارة إلى تلك البنود التعسفية، التي يرجى أن يكون مآلها البطلان دون امتداد ذلك للعقد، بل أشار أيضاً إلى بعض العقود، و حكم على بعض الشروط ببطلان، وهذا حال بطلان الشروط الواردة في عقد التأمين، و التي

تكون في مصلحة المؤمن له كمتعاقد ضعيف، اتجاه المتعاقد القوي ، و هو المؤمن، كما جاء في المادة 622 ق م⁵¹ ، كذلك بطلان شرط الفائدة في عقد القرض، كما نصت عليه المادة 454 ق م (القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر و يقع باطلاً كل نص يخالف ذلك) يظهر أن المشرع في عقد القرض قد حكم ببطلان شرط الفائدة بين الأفراد ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها⁵² ، حين قرر قضاتها، إبطال شرط الفائدة بين الأطراف و أبقوا على العقد الذي يتضمن المبلغ الصافي للدين قائماً ، و بالتالي هو من يستحق تنفيذه، دون شرط الفائدة الذي عد باطلاً.

كما كان حرص المشرع على حماية المتعاقد المقتني في مواجهة المربي العقاري، و كل متدخل آخر في عملية الانجاز و البناء، في مجال نشاط الترقية العقارية، دافعا من أجل تكثيف الحماية، و من ذلك تشديد المسؤولية، و بطلان كل شرط يؤدي إلى تعديل قواعد المسؤولية و الضمان من جانب المربي العقاري أو من جانب المقاولين، سواء بالاستبعاد أو الإنقاص، كما جاء في المادة 45 من القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية⁵³.

2- اللجوء إلى أسلوب المنع دون الحصر لمجال بطلان الشرط

قد يلجأ المشرع إلى الحكم ببطلان شرط من شروط العقد دون العقد كاملاً، و في هذا يحدد مجال بطلان تلك الشروط، لكن لا يحصر و يحدد الشروط الباطلة بعينها، و هذا ما ينطبق على عقد العمل، كما جاء في المادة 136 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل⁵⁴ (يكون باطلاً و عديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها و تحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون) كما أوردت أيضا المادة 137 منه على أنه (يكون باطلاً و عديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقاً منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية) و يظهر من ذلك النصوص أن المشرع حدد فيها مجال بطلان الشروط في عقد العمل، و التي تمس أساسا بحقوق العمال، لكن لم يحدد شروط معينة بذاتها لبطلانها، و هذا عكس الشروط السابق معالجتها، لذلك فإن هذه الحماية المقررة في عقد العمل، تعد حماية نوعية، و تشكل فعالية اكبر لبطلان الشرط دون العقد، و من جهة أخرى يلاحظ على جملة النصوص السابقة، أنها ذو صبغة أمرة التي لا مكان لإرادة المتعاقدين لاستبعادها، و هذا هو البعد الموضوعي لبطلان الشرط في العقد، الأكثر نفعا للمتعاقد الضعيف، كما أن الشروط لوارد ذكرها سابقا، يحددها المشرع و يحكم عليها بالبطلان ، دون ترك

الأمر للقاضي أو الرجوع إلى إرادة المتعاقدين، لذلك فهذا الأسلوب هو أسلوب حصري للمشرع فقط، لذلك فالدور الوقائي لبطلان الشرط يؤول للمشرع فقط.

ثانياً: الدور العلاجي لبطلان الشرط في العقد: فعالية متزايدة لدور القاضي

إن إقرار بطلان الشرط في العقد، من خلال تبني الأسلوب العلاجي، إنما يعود دوره للقاضي، الذي يقرر بطلان الشرط في العقد من عدمه، بعد إبرام العقد و في مرحلة تنفيذه، يعد أسلوباً مرناً وغير جامد أو محصور، فقد يحكم القاضي ببطلان الشرط، بإتباع معايير معينة.

1- دور القاضي في بطلان الشروط التعسفية ضمن عقد الإذعان

إن تنظيم الشروط التعسفية في العقد، كانت محل تنظيم مزدوج بين القواعد العامة و القواعد الخاصة، فهذه الأخيرة تطرقنا إليها سابقاً، أما تنظيم الشروط التعسفية في القواعد العامة، فالدور فيها يعود إلى القاضي⁵⁵، فهو الذي يحدد بطلان الشرط من عدمه، و ذلك بعد أن يتأكد من وجود بعض الشروط لكي يحكم ببطلانها، من ذلك أن الشروط تتعلق بوجود عقد الإذعان، كما جاء في المادة 110 ق.م⁵⁶، و يتأكد القاضي بعد ذلك هل تحتوي عقود الإذعان على شروط تعسفية، فإذا تبين له ذلك، يمكنه أن يتخذ الأسلوب الذي يراه مناسباً، سواء بتعديل جزء من العقد، أو بإنقاص الالتزامات أو زيادة الحقوق للطرف المذعن⁵⁷، كما يمكنه إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ بعض بنود العقد، و من ثم يتحقق بطلان الشرط دون بطلان العقد ككل، و هو بطلان لا يستند إلى إرادة المتعاقدين بل هو واقع بقوة القانون⁵⁸، كما أن مسألة بطلان الشروط التعسفية في عقد الإذعان ضمن المادة 110 ق.م، قد تضم عقود إذعان فيها شروط تعسفية، و كانت محل تنظيم من المشرع و حكم عليها ببطلان الشروط الواردة فيها، كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين، باعتباره من عقود الإذعان، فالمشرع حدد مجموعة من الشروط الباطلة في هذا العقد، كما يعد هذا العقد في نفس الوقت عقد إذعان يوجب سلطة القاضي، بالحكم ببطلان بعض الشروط التعسفية إذا تبين له ذلك، وهذا ما يشكل حماية مزدوجة لهذا العقد، كلها تصب في مصلحة المتعاقد الضعيف من خلال الإبقاء على العقد ببطلان الشرط دون العقد.

2- دور القاضي في بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية في العقد: أساس جديد

لقد بلغ التصور الموضوعي لبطلان الشرط في العقد ذروته، موازاة مع تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي، و ذلك بخصوص شرط الإعفاء من المسؤولية في العقد، فبعدما كان في القواعد العامة يرجع تقرير بطلانه إلى إتيان سلوك غير نزيه من المتعاقد المدين يتمثل في الغش أو في خطأ جسيم، اتجه الاجتهاد القضائي الفرنسي

مؤخراً إلى استبعاد كل هذه المعوقات و الفرضيات، و تبنى اتجاه ذو بعد موضوعي، من سابقه ضمن القواعد العامة، و ذلك من خلال حكمه ببطلان الشروط في المسؤولية العقدية، إسناده إلى سبب الالتزام ذو التصور الموضوعي، من خلال القرار الشهير الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1996 بخصوص قضية Chronopost⁵⁹، حينها استند القضاة إلى غياب و عدم وجود التزام أساسي في العقد، و ذلك في ظل وجود شرط في العقد، و بالتالي رتبوا على هذا الشرط البطلان و اعتبروه غير مكتوب، و هذا ما جعل الفقه، يبرر ذلك⁶⁰، بأنه حل أضيف إلى البطلان الجزئي من خلال بطلان الشرط دون العقد، و الذي يخص شرط تحديد المسؤولية، و اعتباره غير مكتوب و باطل، تأسيساً على الالتزام الأساسي للمدين، وهو لا يشكل أبداً بطلان العقد، و هذا كما هو مقرر تماماً في حالة وجود الإخلال الظاهر في الحقوق و الواجبات في العقد، بشأن بطلان الشرط التعسفي.

لقد تابع الاجتهاد القضائي الفرنسي، استخدام فكرة فقدان الإلتزام الأساسي في العقد، تأسيساً على المواد 1131 و 1134 ق.م.ف، - قبل تعديل القانون المدني- وتم السماح بإلغاء الشروط المحددة للتعويض، في حالة عدم وجود التزام أساسي في العقد، وإقرار بطلان الشرط واعتباره غير مكتوب، و هو الشرط الخاص بتحديد التعويض، كما جاء في إحدى القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية⁶¹، و هذا بعد أعوام من قرار Chronopost، و الذي جاء شبيهاً له إلى حد كبير، و تتلخص وقائع القضية، في أن وسيط النقل كلف بإرسال الطرد، ثم فقدها، ثم طلب المرسل وفاء الوسيط بالضرر الواقع، لكن الوسيط دفع بوجود شرط يحدد التعويض، لكن قضاة الموضوع، رفضوا هذا الشرط مطلقاً، و دون إشارة إلى سلوك الوسيط، أو إشارة إلى إمكانية وجود خطأ جسيم، الذي بوجوده يحرم الوسيط من التمسك بشرط المحدد للتعويض، لكن القرار أسس على فقدان الإلتزام الأساسي الذي يكون سبباً في بطلان الشرط دون العقد، من خلال المادة 1131 و 1134 ق.م.ف، و هذا القرار موافق تمام لقضية Chronopost، سواء من خلال التأسيس القانوني على المادة 1131 ق.م.ف المتعلقة بالسبب، أو من خلال استبعاد كل فرضية متعلقة بإمكانية الاستناد إلى الخطأ الجسيم من المتعاقد لكي يحرم من تطبيق شرط المحدد للتعويض، كما عدّ هذا، حادث جديد مس القوة الملزمة للعقد، من خلال الرجوع إلى فكرة السبب، و الحكم ببطلان الشرط.

إن هذه الأحوال السابقة، لم تخفى عن الفقه الإسلامي، فقد عرف هو كذلك نظرية إنقاص العقد، لكن على أساس موضوعي و ليس على أساس ذاتي، كما هو

الحال بالنسبة للمادة 104 ق.م، التي تكون العبرة فيها لإرادة المتعاقدين⁶²، كما أن هذا الإنقاص يتم بقوة القانون لا سلطان لإرادة المتعاقدين ولا سلطان لسلطة القاضي في ذلك، لأن الإبقاء على العقد جاء لمراعاة المصلحة العامة⁶³، كما عرف أيضا الفقه الإسلامي، فكرة الشروط الفاسدة المقترنة بالعقد، فإذا لم تكن تلك الشروط نافعة لأحد المتعاقدين، فتبطل الشروط و يبقى العقد قائما، كمن يشتري شيئا معيناً على شرط أن لا يبيعه، فإن مثل هذا الشرط لا منفعه فيه لأحد المتعاقدين، فعد باطلا دون بطلان العقد، أو كمن يشترط على أحد المزارعين ألا يبيع أو يهب حصته في المزارعة لغيره، فهنا لا مبرر لبقاء الشرط.⁶⁴

الفرع الثاني: معيار التوازن والتعادل: أولى من البحث عن سلوك المتعاقدين

إن التحليل السابق، فيما يخص دور المشرع و القاضي في الحكم ببطلان العقد، دون الرجوع إلى إرادة المتعاقدين، يكشف لنا عن المعايير الموضوعية التي يؤسس عليها هذا البطلان في بعده الموضوعي لا الذاتي⁶⁵، فبالنسبة لبطلان الشروط التعسفية في العقد، فالقانون رقم 02/04 في الفقرة 5 من القانون رقم 02/04، أشار إلى المعيار الموضوعي، حين عرّف الشرط التعسفي (كل بند أو شرط بمفرده من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد) حيث أشارت إلى المعيار المستند إليه للحكم على الشرط التعسفي، وهو معيار الإخلال الظاهر ما بين الحقوق و الواجبات، و هو بلا شك معيار قانوني موضوعي، بعيد كل البعد عن المعايير الذاتية الأخرى، كمعيار حسن النية، الذي كان قانون الاستهلاك الفرنسي يستند إليه للحكم ببطلان الشرط التعسفي.⁶⁶

كذلك فيما يخص الأساس الذي اعتمد عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي للحكم ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية، فهو أساس موضوعي، يؤسس على انعدام سبب الالتزام، و بالتالي انعدام المقابل، كما يرى الفقه⁶⁷، أن القانون المدني الفرنسي، اهتم في بعض الأحوال بتعادل الاداءات في العقد، كما جاء في المواد 1168 إلى 1171 ق.م.ف، التي تضع مجموعة من الحلول الأساسية، و ليس سبب للبطلان، كما يرى البعض الآخر⁶⁸، أن بطلان تلك الشروط و اعتبارها غير مكتوبة، كان من خلال وجود تناقض بين ما تعهد به المتعاقد مقارنة مع الطرف الآخر، و ذلك من خلال فكرة السبب الذي يكشف عن صحة هذه الشروط من عدمها، لذلك فإن الاجتهاد القضائي، استخدم مرونة السبب، الذي يجسد الاقتصاد العام للعقد، لأجل ذلك

فالاتجاه القضائي، يطمح قدر الإمكان، لضمان الأمن القانوني بالنسبة للمتعاقدين، وعدم المساس بإقتصادية العقد.⁶⁹

إن المهم من خلال تفحص هذه المعايير السابقة، أنها جميعا معايير موضوعية بعيدة كل البعد عن اعتبار لسلوك المتعاقد، خاصة الغش و الخطأ الجسيم، وبالنتيجة فهي معايير لا تمت بصلة إرادة المتعاقدين في استبعاد الشرط في العقد.

الفرع الثالث: تحقيق أهداف مزدوجة: حماية المتعاقد الضعيف وإستقرار المعاملات

لقد كان لبروز النظام العام الحمائي، المجسد بالتشريعات الخاصة أثره الكبير في حماية المتعاقد الضعيف، وبالأخص في تطور بطلان العقد، لأن هذا الأخير أصبح لا يلائم مصالح هذا المتعاقد، من أجل ذلك سارعت التشريعات الحمائية إلى تقرير جزاء يناسب مصالحه، من ذلك الحكم ببطلان الشرط في العقد، عوض الحكم ببطلان العقد ككل، فالمتعاقد الضعيف تخدمه فكرة تقرير إبطال الشرط التعسفي مع الإبقاء على العقد، لذلك فهذا جزاء من نوع خاص، مرتبط أساسا بأحكام النظام العام، ولا يجوز الإتفاق على مخالفته، لذلك فتقرير الجزاء المناسب هو تجسيد لغرض المشرع من هذه التشريعات الحمائية، وتقرير بطلان الشرط مع الإبقاء على العقد، إلا تجسيد لذلك⁷⁰، وهذا من أجل مساهمة الهدف الحديث من العقد، وهو محاولة إبقاءه وإنقاضه من الزوال أو البطلان الكلي، لذلك فإن هذا المسعى الحديث هو من صميم عمل التصور الموضوعي لبطلان الشرط، وهو محصور للمشرع والقاضي، و بعيد عن إرادة المتعاقدين، لأن المعيار الذاتي لا يمكن أن يخدم مصالح المتعاقد الضعيف، بالقدر ما يخدم مصالح المتعاقد القوي، لأن التصور الذاتي يهدف بالأساس إلى المحافظة على استقرار المعاملات، فإن التصور الموضوعي لبطلان الشرط، ذو وظيفة مزدوجة، فهو مخصص لتحقيق مصالح المتعاقد الضعيف، الذي من مصلحته الحكم ببطلان الشرط، والإبقاء على العقد، من أجل ذلك قرر المشرع جزاء جديدا يتناسب مع مصالح هذا المتعاقد⁷¹، وفي نفس الوقت له وظيفة أخرى وهو استقرار المعاملات، لكون العقد ولد ليحيا و يكتمل وجوده واستمراره بتنفيذه لا ببطلانه وإنهائه.

الختام

في ختام هذه الدراسة، ظهر لنا كيف تدرجت فعالية الحكم ببطلان الشرط، الذي يهدف إلى تجسيد فكرة الإبقاء على العقد دون بطلانه ككل، من خلال الإنتقال من الأساس الذاتي للحكم ببطلان الشرط في العقد، إلى الأساس الموضوعي

للحكم ببطلان الشرط، و هذا من أجل رعاية أكثر من مصلحة، سواء من خلال حرصه على استقرار المعاملات، أو حرصه على مصالح المتعاقد الضعيف في العقد. لعل الملفت للإنتباه، أن المعيار أو الأساس الموضوعي أكثر ملاءمة لتجسيد فعالية بطلان الشرط، لكونه معيارا مرنا و متغيرا و مسايرا لمختلف الحالات التي تستوجب بطلان الشرط دون العقد، و نحن نفضل من أجل تجسيد هذا الغرض هو ترك الأمر للقاضي، فأكبر دليل على ذلك هو تطور الاجتهاد القضائي في تجسيد فكرة الإبقاء على العقد ببطلان الشرط، بعيدا عن إرادة المتعاقدين، و بعيدا عن المعيار السلوكي للمتعاقد، و بعيدا عن سلطة المشرع، تجسّد بحلول أكثر ملاءمة للعقد، من خلال تحيين أساس جديد للحكم ببطلان العقد، من خلال فكرة الإلتزام الأساسي في العقد، المجسد في فكرة سبب الإلتزام.

لأجل ذلك ظهرت فعالية الحكم ببطلان الشرط في بعده الموضوعي أكثر نجاعة من الحكم ببطلان الشرط في بعده الذاتي، لذلك فتطور نظام بطلان الشرط في العقد من أجل الحفاظ على بقاء العقد، يسايره أكثر الأساس الموضوعي، عكس الأساس الذاتي الذي يشكل فعالية محدودة، و قاصرة لبلوغ الفعالية المطلوبة لبطلان الشرط.

كما ظهر أن الأساس الموضوعي، المتروك خاصة لسلطة القاضي، قد فتح مجال للحكم ببطلان الشروط في العقد، دون التقييد بشروط معينة، كما حدد ذلك المشرع، من خلال حصره للشروط التي تشكل حالات البطلان، و كذلك دون التقييد بعقود معينة، كما هو الحال بالنسبة لتقييد القاضي بعقود الإذعان، في المادة 110ق.م لذلك أصبح للقاضي مجالا واسعا للحكم ببطلان الشرط، و ما يقتضي ذلك إلا إتباع المعايير التي تكشف عن إمكانية بطلان الشرط، أهمها معيار التناسب أو التعادل، الذي يشكل معيارا واسعا و مرنا عكس المعايير الأخرى، لذلك نعتقد أن هذا هو التطور الحالي لفكرة بطلان الشرط، و الأكثر من ذلك، نحن نتجه نحو مجال أوسع لحالات بطلان الشرط في العقد، و الذي نتجه من خلاله إلى نظام بطلان جديد قائم بذاته، هو بطلان الشرط في العقد.

الهوامش

- 1_ منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 17.
- 2_ بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- 2012/2013، ص 78.
- 3 _ راجع في هذا الشأن، بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- 2013/2014.
- 4 _ تجب الإشارة أن الذي يعنينا في هذا المقام، هو تلك الشروط المقترنة بالعقد، الذي عرفت مجاله الواسع في الفقه الإسلامي، عكس القانون الوضعي كما هو الحال في القانون المدني الجزائري، الذي يعرف الشرط كوصف للالتزام، و بالتالي نستبعد كل من الشروط التي تلحق بالالتزام باعتبارها وصفا له، أي نستبعد كل من الشرط الواقف أو الشرط الفاسخ، لان الرابطة العقدية غير منجزة بل موصوفة، متروكة لأمر مستقبلي، و هو ما يطلق عليه بالشرط بالمعنى الفني أو الدقيق، كما جاء تنظيمه في المواد من 203 إلى 208 من القانون المدني، أما الذي يعنينا هو الشروط التي يدرجها المتعاقدان في عقدهم، و التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي الشروط الزائدة على اصل التصرف، و تسمى بشروط التقييد، كما عرفت (الشرط هو التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على اصل التصرف، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، و سواء كان فيه منفعة للملتزم أم للغير أم لا، ثبت ذلك بالفظ أم لا) يطلق على هذا الشرط، بأنه من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان، في العقد، كأن يتفق في البيع أن يتم تسليم المبيع في أجل معين على أن دفع الثمن يكون عبر أقساط، أو يوجد شرط يحمل البائع نفقات العقد، فهذه كلها شروط في العقد، يطلق عليها اسم بنود العقد، أي البنود المقيدة، أو كأن يبيع البائع أرضا للمشتري بثمن معين، على أن يزرعها البائع لمدة سنة، و في هذا الشأن، فان التزام المشتري في هذا البيع بترك الأرض في يد البائع، هو حكم زائد على ما يثبت به مقتضى العقد، و هذا ما يطلق عليه الشرط المقيد في العقد، بما انه التزام زائد، فيقيد الشرط بعد أن كان مطلقا، كما أنها تعد شروطا ثانوية في العقد، بما أنها لا تمس العناصر الأساسية التي يتطلبها القانون لترتيب آثار العقد، أي لا تعد شروطا أساسية أو جوهرية في العقد، كشرط وجود التراضي، و شرط وجود المحل و تعيينه، و مشروعيته، و وجود السبب و مشروعية، فهذه شروط قانونية لا يقوم العقد إلا بها، و تسمى في الفقه الإسلامي بالشرط الشرعي، زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1968، ص 29 إلى ص 36، أو كما يطلق عليه البعض، انه الشرط الذي يظهر كبند عقدي، يتفق المتعاقدان عليه صراحة أو ضمنا في تنظيم علاقتها التعاقدية، فيكون بذلك بندا من بنود العقد، أي يكون العقد مقترنا ببند زائد عما تقتضيه أحكامه العقدية، ذة أمينة ناعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه و العمل القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، عين الشق - الدار البيضاء-، 2007، ص 21.
- 5 _ منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 18.

6 _ إن الفقه الإسلامي، ثري بأحكام الشروط المقترنة بالعقد، و التي منها الشروط الصحيحة، و الشروط الفاسدة التي تبطل العقد، و التي لا تبطل العقد، و هذه الأخيرة تسمى بالشروط الفاسدة في العقد، و التي لا تؤثر في العقد، سواء ببطلانه أو بصحته، كاشتراط البائع على المشتري أنه إذا لم يأت بالثمن في مدة ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما، فهذا حكمه كحكم الشرط الفاسد، و لا أثر له في عقد البيع، زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 125، و ما يطابق هذا الشرط في حكم القانون، هو ما يكون من قبيل الشروط التعسفية التي يستغلها المتعاقد القوي ضد المتعاقد الضعيف، و يكون مآلها بطلان الشرط دون العقد، كما جاء في المادة 110 لق.م، التي تعطي الصلاحية للقاضي من أجل الحكم بذلك.

7 _ قلنا أن البطلان الجزئي من خلال بطلان الشرط دون العقد، يمثل حالة استثنائية أو عرضية للبطلان في العقد، لكون الآثار الأساسية للبطلان، سواء البطلان المطلق أو النسبي، يترتب على تقريرهما زوال العقد، و كل الآثار التي رتبها العقد، و ذلك بئثر رجعي، و يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كما جاء في المادة 1/103 ق.م (يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل...) كما أن حالة البطلان الجزئي للشرط في العقد، يعد حالة عرضية للبطلان، باعتبار ذلك البطلان، يمثل واقعة قانونية رتبها القانون و ليس المتعاقدان، إذن هي ليست تصرف قانوني، راجع، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 364.

8_ Alessandro D'adda, nullité partielle, clause réputée non écrite et intégration corrective du contrat : perspectives de droit européen R.I.D.C , N° 4. 2015, P 901.

9 _ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 367.

10 _ علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 367 إلى 369.

11- راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، ص 496 و 497، انظر أيضا الهامش رقم 7 أعلاه.

12- راجع، بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص 55.

13- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 368.

14- بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص 58.

15- راجع أكثر تفاصيل، بوشعرة مونية، المرجع نفسه، ص 40 و مايليها.

16- راجع حول إمكانية إعمال شرط المقترن بالعقد، و إبطاله كمجال لإنقاص العقد. بوشعرة مونية، المرجع نفسه، ص 39، انظر كذلك الهامش رقم 4 و 6 أعلاه.

17- راجع، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 368.

18 _ منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 139.

- 19 _ منصور حاتم محسن، المرجع نفسه، ص 240.
- 20 _ بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- 2012/2013، ص 78، انظر كذلك ، بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص12.
- 21 _ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 369.
- 22 _ بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص 11 و 22.
- 23 _ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 501.
- 24 - بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص 23.
- 25- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 502، راجع كذلك، علي فيلالي، المرجع السابق ص 366.
- 26- راجع، بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص22.
- 27- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، هامش ص 499.
- 28- بوشعرة مونية، المرجع السابق، ص 25.
- 29- بوشعرة مونية، المرجع نفسه، ص 105 و 106.
- 30- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص19.
- 31- Nicolas Gras, Essai sur les clauses contractuelles, thèse pour le doctorat en droit privé, université d'auvergne - Clermont Ferrand, 2014,p139.
- 32- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة 2015، ص 382.
- 33- Nicolas Gras ,op.cit,p152.
- 34 - محمد بن عمار، المعيار الذاتي و الموضوعي في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة دراسات وأبحاث، المجلد رقم 5، العدد 11، 15 جوان 2013، الجلفة، ص 51 و 52.
- 35- Alessandro D'adda , OP.CIT, P .907
- 36-Alessandro D'adda, IBID, P 901.
- 37 - إن هذه الحالات التي سنراها ستكون على سبيل المثال، بما أنه توجد حالات أخرى لبطلان الشرط في العقد، كما هو الحال في بطلان شرط تملك العقار المرهون من جانب الدائن في حالة عدم استيفاء الثمن، أو الاتفاق على بيعه دون مراعاة الإجراءات القانونية، كما جاء في المادة 1/903 ق.م (يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون و لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن...) أو حتى بطلان شرط المنع من التصرف،

و هذه أمثلة عن الإنقاص المادي للعقد ، الذي يكون عن طريق اقتطاع أو إسقاط شرط ظاهر في العقد إذا كان باطلا ، راجع بوشعرة مونية ، المرجع السابق ، ص 86. و أما عن الإنقاص المعنوي للعقد ، فيكون من خلال الإنقاص الكمي أو الحسابي للشرط في العقد ، من ذلك إنقاص مدة الإيجار من خلال المادة 468 ق.م (لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك...) فالنص يدل على أن كل شرط في عقد يحدد مدة الإيجار تزيد عن ثلاث سنوات يكون مآله بطلان الشرط دون بطلان العقد ، كذلك الأمر في إنقاص مدة البقاء في الشيوع كما جاء في المادة 2/722 ق.م (... لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك و في حق من يخلفه) راجع أيضا بوشعرة مونية ، المرجع نفسه ، ص 95 و ما يليها.

38- المؤرخ في 23 جوان 2004 ، ج.ر 41. تنص المادة 29 منه: ("تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير : -أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك ، - فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد ، -امتلاك حق تعديل العناصر الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك ، - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعسفية ، - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها ، -رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته ، -التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة ، -تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة)

39- الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، المؤرخ في 11 سبتمبر 2006 ، ج.ر العدد 56.

40- " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: " - تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و 3 أعلاه. - الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك. - عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع التعويض. - 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 التخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده. - فرض بنود 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 تولى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه. - تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته. - فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك. - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجمالي للعقد دون أن يمنحه نفس الحق. - يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته. - يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

41- "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه ، أساسا بما يأتي:

- خصوصيات السلع و/ أو الخدمات و طبيعتها.
- الأسعار و التعريفات.
- كيفيات الدفع.
- شرط التسليم و أجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم.
- كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/ أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد."

42_ « les clauses abusives sont réputées non écrites ».

43_ « le contrat restera applicable dans toutes ses disposition autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses » .

44_ J . calais -Auloy et H . temple. droit de la consommation, 8 édition .2010, Dalloz. p229.

45-D'après l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

46- D'après ordonnance n, 2016-131, du 10 févr.2016, portant réforme du droit des contrat, du régime général et de la preuve des obligation .

47- Hogo Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDCIV ?N° 2, AVRIL-JUIN,P248.

48 _ أحمد سليمة يحيوي ، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدى ، ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2010-2011 ، ص 66 كذلك عنصري بوزار شهناز ، التعسف في العقود ، ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر-1- 2012-2013 ، ص 73.

49 _ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2007 ، ص 102.

50 _ شوقي بناسي ، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد ، أطروحة دكتوراه علوم ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر-1- ، 2015/2016 ، ص 437.

51- المادة 622 ق.م (يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية : - الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو التنظيم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية ، - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول ، - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط ، - شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة و ليس في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة ، - كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه).

52 _ القرار الصادر ب 1994/04/20 إذ جاء في القضية التي بين (ن ح) ضد (أ ب م)³⁸ "من المقرر أن القرض بين الأطراف يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك ولما كان من الثابت - في قضية الحال -، أن الإتفاق على تحديد فائدة أو أجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل، فإن التعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين يبقى قائماً بين الطرفين وينبغي تنفيذه لوحده، وبما أن قضاة الاستئناف قرروا رفض الدعوى برمتها ولم يفرقوا بين التعاقد الأصلي الخاص بمقدار الدين وبين المسألة المتعلقة بالفائدة، فإنهم عرضوا حكمهم للإبطال " الغرفة المدنية، القرار رقم 106745، المجلة القضائية، العدد 02، 1994.

53 _ المؤرخ في 17 فبراير 2011، ج.ر العدد 14، تنص المادة 45 من هذا القانون (دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني و قانون العقوبات و المتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً و غير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، و تلك المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري) 54 _ المؤرخ في 25 افريل 1990، ج.ر العدد 17.

55- هناك من يرى، أنه يمكن إعمال دور القاضي بموجب القانون رقم 02/04، الذي يتيح للقاضي التدخل و تقدير الطابع التعسفي للشرط، بناء على صيغة المادة 29 من هذا القانون التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، كذلك بناء على تعريف الشرط التعسفي، الذي يمنح القاضي إمكانية تقدير وجود التعسف من عدمه راجع حول هذه الفكرة، محمد بودالي، المرجع السابق، ص 98، انظر كذلك، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 430.

56- تنص المادة 110 ق.م (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك).

57- هناك من يرى أن تصحيح العقد، بمثابة إنقاص له، إذ يقول (...فإن انتقاص يصحح العقد بالإبقاء عليه دون تغيير في نوعه أو تكييفه بعد زوال البطلان الذي كان يوصف به، فعقد البيع بعد تصحيحه بالانتقاص، يبقى عقد بيع، إلا أن هذه الوسيلة (أي انتقاص العقد الباطل) لا تبقى على عناصر العقد على حالها دون تغيير بل تتضمن تغييراً و هذا التغيير يتمثل في استبعاد أو إسقاط الجزء الباطل من العقود) منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 18 و 19، و من بين الأحوال التي يصح فيها العقد الباطل، و هو بمثابة إنقاص في نفس الوقت، هو بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء، أو بطلان الشرط التعسفي الذي يمنع القاضي من إجراء سلطته في تعديل الشروط التعسفية ضمن عقد الإذعان، منصور حاتم محسن، المرجع نفسه، ص 232 إلى 235، كما أن هناك من يرى أن تصحيح العقد يختلف عن إنقاص العقد، و إن كانا يشتركان في أن كلاهما يهدف إلى تفادي البطلان الكلي للعقد، لذلك فالإبطال الجزئي -الانتقاص- يكون يحذف الشرط الجزء المعيب في العقد، بينما التصحيح يطابق العقد مع المتطلبات القانونية من دون حذف أي جزء من

العقد، لذلك فالإنقاص هو إجراء سلبي، بينما التصحيح يهدف إلى ضمان صحة العقد، راجع تفاصيل أكثر، صالح بوهنة، أحكام تصحيح العقد في القانون المدني، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1-2013/2014، ص 42 وما يليها.

كما أن تصحيح العقد يختلف عن تعديله، فتصحيح العقد يكون من خلال الوسائل التي يترتب عليها زوال البطلان أو التهديد به أو الإبقاء على العقد صحيحا، أي لا بد أن يعد كل تغيير في عنصر من عناصر العقد، بالانقاص أو الزيادة هو تصحيحا للعقد، فالتغيير المنصب على العقد غير المعيب، يعد تعديلا للعقد، فالقاضي لديه سلطة تعديل العقد غير المعيب تحقيقا للعدالة بين الطرفين، وهو ليس إنقاذا للعقد من البطلان أو التهديد به، لأن العقد ليس عقدا باطلا ولا مهددا بالبطلان...الخ، كما أن التصحيح يرد على العقود المعيبة يؤدي إلى بطلانها أو يجعلها قابلة له، بينما التعديل فإنه لا يرد إلا على عقد غير معيب، راجع منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 78 إلى 82.

58- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 369.

59- تتلخص وقائع القضية في أن شركة Banchemereau، تعهدت مرتين بإرسال ظرف يحتوي على إعطاء مناقصة، أرسل مع شركة Chronopost، و إن هذه الاظرفة لم يتم تسليمها قبل اليوم التالي لإرسالها، و تعهدت تلك الشركة بإيصال تلك الاظرفة، فقامت شركة Banchemereau بمقاضاة شركة Chronopost، للتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، لكن الشركة المكلفة بالإرسال أثارت الشرط المحدد للتعويض عن التأخر، المحدد في العقد، لكن قضاة اظهروا أن شركة Chronopost لم تحترم التزامها بتسليم الاظرفة في الوقت المحدد، فهي لم ترتكب خطأ جسيما يستبعد شرط المحدد في المسؤولية من العقد، لكن مجلس الاستئناف اقر أن شركة النقل هي مختصة في النقل السريع مع ضمان سرعة تنفيذ الخدمة، و أنها قد تعهدت بإيصال الاظرفة في الوقت المحدد، و بهذا قد أخلت بالتزام أساسي، و بالتالي يوجب استبعاد الشرط المحدد للمسؤولية من العقد، لأنه يناقض مع التزام و تعهد الطرف الآخر في العقد.

Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du 22 octobre 1996 N° de pourvoi: 93-18632.

60- Hogo Barbier.op.cit,p 259.

61- Cass.com, 5 juin 2007(pourvoi n° 06-14.832) note par Dimitri Houtcieff.chr de droit commun des contrats n°1, LPA , 06 Février 2008 , n°27.-

62- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 101، انظر كذلك الهامش رقم 6، أعلاه.

63- و هو ما يسميه البعض بالتصحيح الإجباري، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 138.

64- عبد الرزاق احمد السنهاوري، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 349 و 350.

65- يشار إلى أن المشرع حكم على بعض الشروط بالبطلان دون بطلان العقد، و هذه الشروط الباطلة مؤسسة على طبيعة الأضرار الجسمانية التي تصيب الشخص، و التي تخص بطلان شروط

إعفاء الناقل من المسؤولية، كما جاء في المادة 65 ق.التجاري (يكون باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الخاصة بالمسافر) كما نصت كذلك المادة 71 ق.ت (يعد باطلا كل اشتراط بإعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من المسؤولية عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافر).

66_ J.calais -Auloy et H-temple ; op. cit.p210.

67- voir dans le même sens .Nicolas Molfessis .droit des contrats que vive la réforme, la semaine juridique –édition générale .n°7 -15 février 2016.p321.

68_ Nicolas Gras ,op.cit, p148 et 151.

69_ Jacques moury , une embarrassante notion : l'économie du contrat, chroniques, Dalloz ,22 Juin 2000,n°24, p 385. n : 17.

70- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق، 2013/2012، ص 197 و 230 و 236.

71- علي فيلال، المرجع السابق، ص 60.