مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية

الدكتور ابراهيم الدسوقي أبو الليل
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق ـ جامعة الكويت

تمهيد

١ ـ يتطلب القانون لقيام وصحة التصرفات القانونية توافر شروط واتباع اجراءات محددة يتولى فرضها وتنظيمها، فإذا تحقق ما تطلبه قام التصرف صحيحا مرتبا لاثاره، واذا تخلف لم يقم التصرف كلية، او قام معيباً، ويتوقف ذلك على طبيعة الشرط أو الاجراء الذى تخلف، وبعبارة أخرى على مدى وطبيعة القاعدة القانونية التي خولفت، فإذا كانت تفرض شرطا من شروط الانعقاد لم يقم التصرف ويكون باطلا مطلقا، وإذا كانت تفرض شرطا لصحة التصرف قام التصرف، ولكن قيامه هنا يكون غير كامل بل معيباً بعيب يجعله غير كامل الصحة، يخول طلب إبطاله بشروط وإجراءات نظمها القانون.

وهكذا لا يرتب التصرف القانوني آثاره إلا إذا كان صحيحا موافقا للقانون، فإن خالفه كان معيبا باطلا ولا يرتب آثاره القانونية كأصل عام. غير أن العيب الذى يشوب التصرف القانوني قد لا يعدمه ويقضي عليه كلية، بل يقتصر ذلك على شق منه فقط دون شقه الاخر، بمعنى أن يكون التصرف صحيحا في شق منه وباطلا في شقه الاخر. فإذا تحقق هذا الفرض عملا كنا أمام ما يسمى بالبطلان الجزئي للتصرفات القانونية.

والبطلان الجزئي بهذا المعنى لا يثير صعوبة ولا يستدعي نقاشا، باعتبار أنه يكتفى بوصف تصرف معين في مرحلة من مراحل قيامه، تتميز بكونها مرحلة مؤقتة تنتهي دائما وحتما بمرحلة أخرى تحدد مصير التصرف وما إذا كان هذا البطلان يمتد حتما الى كل التصرف ويقضي عليه بأكمله، أم على العكس من ذلك يمكن أن يقتصر هذا البطلان الجزئي على قدره ومحله من التصرف، أى يقتصر البطلان على هذا الشق المعيب فيسقط وحده دون أيما تأثير على الشق الصحيح، الذى يبقى كذلك ويقوم به التصرف.

وهذا مايتم عن طريق انقاص التصرفات القانونية المعيبة جزئياً.

هذا الانقاص، باعتباره نظاما قانونيا، سبق لنا دراسته في بحث سابق[1]، حيث تعرضنا له من حيث ماهيته والمقصود به، وكذلك من حيث تكييفه القانوني والتمييز بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية القريبة والمشابهة به، فكان بحثا نظريا بحتا. أما الجانب العملي المتعلق بتحديد مجال الانقاص وبيان الشروط اللازمة لاعماله وتطبيقه فقد أفردنا له بحثنا الحالي، الذى يتناول بالدراسة موضوعين رئيسيين:

الموضوع الأول؛يتعلق بتحديد مجال ونطاق الانقاص، أى دائرة اعماله وتطبيقه، ونتعرض له في الباب الأول من دراستنا.

أما الموضوع الثاني؛فيتناول بالشرح والتحديد الشروط اللازمة لاعمال الانقاص، وما يرد عليه من قيود يتعين مراعاتها، وخصصنا له الباب الثاني.

بذلك تكون دراستنا على الوجه الآتي:

الباب الأول: مجال الانقاص.

الباب الثاني: شروط الانقاص وقيوده.

---

(١) راجع العدد السابق من هذه المجلة.

الباب الأول

مجال الانقاص

تمهيد:

٢ ـ على الرغم من تنظيم المشرعين المصرى والكويتي لفكرة الانقاص بصدد تنظيمهما للعقد باعتباره مصدرا للالتزام، إلا أن المسلم به أن هذه الفكرة ـ أى الانقاص ـ ليست قاصرة على العقود بل تشمل كافة التصرفات القانونية عقودا كانت أم غيرها، طالما كانت معيبة جزئيا فقط، بأن كانت باطلة أو قابلة للابطال في شق منها دون شقها الاخر، لذلك فإن مجال ونطاق الانقاص يتحدد بالعقود والتصرفات القانونية المعيبة جزئيا، أى في جزء منها.

فمجال الانقاص يتحدد أولا بالتصرفات القانونية وهنا لا نجد تقييدا لهذه التصرفات، لذلك فهو لا يقتصر على العقود بل يشمل كل اتجاه للارادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم انهاؤه. وبمعنى آخر فإن الانقاص يرد على كافة التصرفات القانونية، يستوى في ذلك أن تكون هذه التصرفات صادرة من طرف واحد كالوصية والوقف والوعد بجائزة، أو صادرة من طرفين عقدا كانت أو غيره. كما يستوى أن يكون التصرف بسيطا أو مركبا.

وبالنسبة للعقود والاتفاقات فلا يقتصر الانقاص على نوع منها، بل يمتد ليشمل كافة العقود والاتفاقات، سواء أكانت عقود معاوضة أم كانت عقود تبرع.

٣ ـ على أنه اذا كان مجال الانقاص مطلقا فيما يتعلق بأنواع التصرفات القانونية على الوجه السابق ذكره، إلا أن هذا المجال يتقيد من جهة أخرى بقصره على التصرفات القانونية التي لحقها البطلان أو كانت قابلة للابطال في شق منها. وفي ذلك تقرر المادة ١٤٣ مدني مصرى «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده الذى يبطل. . .» كما جاء بالمادة ١٩٠ مدني كويتي «إذا لحق البطلان أو الابطال شقا من العقد، اقتصر عليه وحده. . . .»

وهنا نلاحظ أيضا، أن النصين المصرى والكويتي قد قصرا مجال الانقاص على العقود الباطلة والعقود القابلة للابطال في شق منها فقط على الرغم من إمكان ورود الانقاص على التصرفات القانونية المعيبة بعيب آخر غير البطلان بنوعيه[1]. فقد يرد الانقاص بالنسبة للتصرفات القانونية غير النافذة في شق منها فقط، فينتقص منها هذا الشق غير النافذ، وتبقى نافذة مرتبةلاثارها في شقها الاخر، من ذلك ما نصت عليه المادتان ٥٥٩ مدني مصرى، ٥٦٢ مدني كويتي من انقاص مدة إجارة من لا يملك إلا حق الادارة إلى ثلاث سنوات، في حالة ابرامه الايجار لمدة تزيد على ذلك دون إذن من السلطة المختصة، فانقاص عقد الايجار هنا لا يكون بسبب بطلانه وإنما بسبب عدم نفاذه فيما زاد على ثلاث سنوات.

وقد يرد الانقاص ـ أيضا ـ بسبب فسخ العقد أو انفساخه، ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٤ مدني كويتي التي تجيز للدائن في حالة استحالة تنفيذ الالتزام جزئياً لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه، أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ[2].

٤ ـ أما بالنسبة لمدى العيب الجزئي الذى يتحقق معه الانقاص ويحدد بالتالي مجال اعماله، فالمقصود ذلك العيب الذى يلحق التصرف في شق منه فقط، أما شقه الآخر فيظل صحيحا غير معيب. فالانقاص لا يرد إلا على التصرفات القانونية المعيبة جزئيا فقط، ومن ثم فلا يرد على التصرفات الصحيحة التي تخلو من كل عيب، سواء تعلق بالبطلان أو تعلق بعدم النفاذ أو

(١) يلاحظ بالنسبةللتصرفات القانونية القابلة للابطال، أن هذه التصرفات تكون صحيحة إلى حين الحكم بإبطالها، وعندئذ يمكن اللجوء إلى فكرة الانقاص، وليس قبل ذلك إذ بالفرض يكون التصرف صحيحا. لذلك يمكننا القول أن الانقاص لايقوم إلامع التصرفات الباطلة جزئياً، سواء أكانت كذلك منذ بدايتها، أى باطلة بطلانا مطلقا في شق منها منذ ابرام التصرف، أم كانت صحيحة ولكنها قابلة للابطال وهنا لا يعمل الانقاص إلا بعد، أو على الاقل مع الحكم بابطالها، أما قبل ذلك فتكون صحيحة مالم يطلب ابطالها.

(٢) راجع في نفس المعنى أيضا المادة ٢١٥ مدني كويتي التي نظمت الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، حيث قررت فقرتها الثانية: «فإن كانت الاستحالة جزئية كان للدائن، بحسب الأحوال، ان يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد».

تعلق بالفسخ، كما لا يرد الانقاص على التصرفات الباطلة كلية والتي لا يتبقى معها ما يمكن الابقاء على صحته.

وهكذا نخلص إلى أن الانقاص لايرد الا على التصرفات القانونية المعيبة جزئيا، فهذه التصرفات هي التي تحدد المجال الحقيقي للانقاص. ولعل التساؤل الذى يلح الان هو متى نتواجد عملا أمام تصرف معيب جزئياً؟ وبتعبير اخر، ما هي حالات العيب الجزئي التي تحدد مجال الانقاص ودائرة اعماله؟ تلك الحالات التي عبر عنها المشرع في مصر وفي الكويت بتعبير «شق» في العقد.

والواقع أنه يتعذر علينا حصر أو تحديد حالات البطلان الجزئي تحديدا جامعا مانعا، لذلك فكل ما يمكن الاشارة إليه في هذا المقام هو أن البطلان الجزئي الذى يحدد مجال اعمال الانقاص يتحقق في كل حالة يبطل فيها جزء أو شق من التصرف دون بقيته التي تظل صحيحة، شريطة أن يكون لهذا الشق المتبقي صحيحا وجود ذاتي مستقل قابل لاحداث اثار قانونية ذاتية، ذلك ان الهدف من الانقاص ليس مجرد بتر الشق الباطل، وإنماتصحيح، وبمعنى أدق الابقاء على صحة الشق الصحيح حتى يتمكن من انتاج آثاره.

وهكذا تكون العبرة والمناط في تحديد حالات البطلان الجزئي، معيار مجال الانقاص، ليس بالشق الباطل من التصرف، وإنما بالمتبقي منه صحيحا.

فالعيب الجزئي يتحقق أولا بالنسبة للتصرفات القانونية المركبة، غير البسيطة، أى التي تحتوى على عدة عمليات أو تصرفات قانونية تظهر في شكل تصرف واحد من الوجهة الشكلية، فتكون تلك التصرفات المركبة عرضة للانقاص إذا شاب العيب احدى العمليات القانونية التي تحتويها دون العمليات الأخرى التي تظل صحيحة.

أما بالنسبة للتصرفات القانونية البسيطة، فيتحقق العيب الجزئي معها، إذا لحق العيب شقا منها فقط. قد يتمثل ذلك الشق في بند أو شرط من شروط التصرف او التعاقد، اي تلك الشروط التي تقترن بالتصرف القانوني لتحديد مضمونه ومحتواه، وهي شروط التقييد التي لا تخرج عن كونها مجرد عبء أو التزام.

وقد يتمثل الشق في شرط من شروط التعليق، أى شرط بمعناه الفني الدقيق، باعتباره وصفا للرضاء والالتزام، يستوى أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا.

وأما شروط انعقاد التصرف وصحته، أى عناصره الجوهرية وهي الرضا وما ينصب عليه من محل وسبب، فالأصل ألا يرد عليها الانقاص، حيث لن يقوم التصرف بدونها ويبطل أو ينعدم كلية. ومع ذلك سنرى أن العيب قد ينصب على شق فقط من أحد هذه العناصر، وعندئذ يكون هذا العنصر الجوهرى قابلا للانقاص في حدود القدر الذى شابه العيب، طالما كان الجزءالمتبقي منه صحيحا كافيا لقيام التصرف جزئيا.

والانقاص في الحالات السابقة يتميز بأنه مادى ومحسوس، إذ يترتب أثر اقتطاع وإسقاط شق محسوس من التصرف له وجوده الذاتي، غير أنه إلى جانب هذا الانقاص المادى المحسوس يمكننا الاشارة إلى حالات أخرى يتميز فيها الانقاص بكونه لا يتم بطريقة مادية محسوسة، أى باقتطاع وإسقاط شق ظاهر مستقل من التصرف، وإنما يتم بمجرد التعديل في شق من التصرف، شق كمي لكونه مقدراً كمياً بقدر أو رقم معين، فينتقص هذا القدر أو الرقم إلى اخر أقل منه، لذلك يتم الانقاص هنا بمجرد التعديل الحسابي للرقم والتخفيض فيه، وليس بالاسقاط المادى لشق من التصرف، وتتحقق هذه الطريقة من طرق الانقاص في حالات المغالاة في نص أو شرط من شروط التصرف، ويتم بالتعديل بالتقليص وليس بالاسقاط كما في الحالات السابقة.

وهكذا يتحدد مجال الانقاص في حالات العيب أو البطلان الجزئي السابق الاشارة إليها، والتي نتعرض لها تباعا بادئين بحالات الانقاص بالاسقاط، ثم لحالات الانقاص بالتعديل، وذلك على الوجه الاتي:

الفصل الأول : انقاص التصرفات القانونية المركبة.

الفصل الثاني : انقاص عنصر جوهرى في التصرف القانوني.

الفصل الثالث : انقاص شروط التصرف.

الفصل الرابع: الانقاص بالتعديل للمغالاة في شروط التصرف، أو انقاص المغالاة في شروط التصرف.

الفصل الأول

انقاص التصرفات القانونية المركبة

٥ ـ المقصود بالتصرف القانوني المركب، ذلك التصرف الذى وإن ظهر من حيث الشكل كتصرف قانوني واحد أو بسيط، إلا أنه يتضمن في الواقع أكثر من تصرف واحد، حيث تتعدد العمليات القانونية. فما يميز التصرف القانوني المركب هو شموله لعدة عمليات قانونية، لذلك يتعين عدم الخلط بين هذا التصرف القانوني المركب وبين التصرف القانوني البسيط، كالبيع أو الهبة أو الايجار، إذا ما ورد أى من هذه التصرفات لى عدة أشياء مختلفة، ففي هذه الحالة الأخيرة، أى مع التصرف القانوني البسيط نواجه في الواقع تصرفا واحدا يتميز بتعدد محله وليس تعدد التصرف ذاته، وبمعنى آخر نواجه تصرفا واحدا مركباً أو متعدد المحل.

٦ ـ والتصرفات القانونية المركبة تعددت وانتشرت في الوقت الحالي، تمشيا مع تطور الحياة الاقتصادية وتعقد مشكلاتها. ولعل أهم وأعقد صور التصرفات المركبة هو ذلك التصرف المسمى بعقد الليزنج "Leasing"[1] والذى ظهر تطويرا واستحداثا لعقد البيع الايجارى وتفاديا لمخاطر هذا الأخير. ويتضمن عقد الليزنج عدة عمليات قانونية تقليدية، ولكنها تمثل عملية قانونية واحدة مستقلة بذاتها وتتميز عن كل عمل من الأعمال القانونية المكونة لها.

فيتكون عقد الليزنج من عقد إيجار هو أساس وجوهر العقد يتم بين المؤجر وهو غالبا مؤسسة ائتمان مالي تقوم بتمويل هذا العقد بشراء التجهيزات والمعدات المختلفة بقصد تأجيرها إلى الأفراد الذين يمثلون الطرف الثاني من عقد الايجار.

---

(١) تظهر أهمية عقد الليزنج، كوسيلة متطورة لتمويل التجهيزات والمصانع والمشروعات المختلفة، حيث يسمح للمشروعات الصناعية والتجارية باتمام التجهيزات اللازمة لها والتزود بما تحتاجه من آلات وأدوات وغيرها من التجهيزات المختلفة دون أن تلجأ لذلك إلى تجميد رأس مالها الذى قد تحتاج إليه. راجع في هذا العقد مؤلفنا «البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية **الأخرى**» الكويت ١٩٨٤ من ص ٣١ الى ص ٤١ ومن ص ٣١٧ إلى ص ٣٢٤.

ويسبق عقد الايجار، الذى يتم بين المؤسسة المالية والأفراد، عقد شراء للتجهيزات والمعدات محل هذا الايجار. حيث تقوم المؤسسة المالية ـ في الغالبية العظمى من الحالات ـ بشراء التجهيزات والمعدات بقصد تأجيرها للأفراد. ونظرا للمواصفات الفنية الخاصة بهذه التجهيزات فإن المؤسسة المالية تقوم ـ عادة ـ بتوكيل الأفراد بشراء هذه التجهيزات لحسابها، أى لحساب المؤسسة المالية. وبالإضافة إلى العمليات القانونية الثلاث السابقة، وهي الوكالة والشراء ثم الإيجار، فإن عقد الليزنج يتضمن كذلك عملية ائتمان مالي، ويكفل في نفس الوقت للمؤجر الضمان الكافي للمحافظة على حقوقه، فلأنه يظل مالكا للأموال والتجهيزات محل العقد، فإنه يستطيع استردادها وإعادة بيعها في حالة إفلاس المستأجر، أخيرا فإن عقد الليزنج يتضمن غالبا إمكانية الشراء وتملك التجهيزات بالنسبة للمستأجر عند نهاية مدة الايجار.

وهكذا، على الرغم من ظهور عقد الليزنج في صورة تصرف واحد إلا أنه يتضمن في الواقع أكثر من عملية قانونية، فهو يتضمن عقد شراء، وعقد وكالة وعقد إيجار، وعقد تمويل، وعقد ائتمان[1].

ومن ثم، وكمبدأ عام فإن عقد الليزنج، ولكونه مركبا لاحتوائه على أكثر من عملية قانونية متميزة، يصلح مجالا للانقاص، أى يكون عرضة لانقاص إحدى العمليات القانونية التي يتضمنها إذا شابها البطلان إبقاءً للعمليات الأخرى صحيحة. غير أن قابلية عقد الليزنج للانقاص هي من حيث المبدأ فقط، اما من الناحية العملية فان اعمال الانقاص غالبا ما يعترضه عائق هام يتمثل في عدم قابلية غالبية العمليات القانونية التي يتضمنها هذا التصرف

(١) راجع في الطبيعة القانونية لعقد الليزنج ميشيل كابرلاك، موسوعة داللوز تحت عنوان leasingرقم ٣، الذى يرى أن هذا العقد عبارة عن عملية قانونية مركبة من عدة عمليات قانونيةتختلط وتندمج معا لتصبح تصرفا قانونيا واحدا، وهي الشراء بقصد التأجير، والايجار ثم امكانية الشراء بالنسبة للمستأجر.

بينما يحلل البعض الآخر من الفقه عقد الليزنج إلى خمسة عمليات قانونية، وهي وعد تبادلي بالإيجار يقيد المؤجر بشراء مال معين، ووكالة من المؤجر إلى المستأجر المستفيد من عقد الليزنج باختيار الأموال التي يرد عليها ثم إيجار، ووعد بالبيع في نهاية مدة الإيجار، وأخيرا بيع. راجع شامبو، الأسبوع القانوني ١٩٦٦-٣.

للانقسام، إذ غالبا ما يقصد أطرافه أن تكون هذه العمليات كلا واحدا لا يقبل التجزئة والإنقسام ولا ينفصل أى منها عن جملة التعاقد.
وفي هذه الحالة لا يكون المانع من الانقاص التصرف ذاته وانما ارادة عاقديه التي تجعله غير قابل للانقسام بأن تتجه أما الى ابرام وتنفيذ العقد بكل عملياته القانونية، واما استبعاده كلية اذا ما بطل جزء منه فقط، أي اذا ما بطلت أو ابطلت احدى العمليات القانونية التي يتضمنها.

ومع ذلك فقد تتجه إرادة طرفي عقد الليزنج إلى غير ذلك، بصفة خاصة بالنسبة لبعض عملياته التي يمكن قيامه بدونها. فإذا أبطل عقد الوكالة[1]، فإن ذلك لا يحول عادة دون اتمام باقي عمليات الليزنج، بأن يباشر المؤجر بنفسه عملية شراء المعدات والتجهيزات، كذلك إذا أبطل عقد الائتمان أو عقد التمويل، قد يتبين من فحص إرادة المؤجر والمستأجر استمرارهما في التعاقد على الرغم من ذلك البطلان وعدم تأثيره في جوهر عقد الليزنج وهو الشراء بقصد التأجير.

وعلى العكس مما سبق لا يمكن اللجوء إلى فكرة الانقاص إذا كان التصرف الباطل، أو القابل للإبطال، هو عقد شراء المعدات والتجهيزات، أو نفس عقد الايجار الذى يرد على هذه المعدات، فهنا يتعذر اعمال وتنفيذ باقي عمليات الليزنج نظرا للارتباط بين العمليات التي أعلن بطلانها وباقي عمليات الليزنج، هذا بالإضافة إلى اعتماد هذه العمليات الأخيرة على العمليات الأولى.

٧ ـ نفس الفكرة السابقة، أى تركب التصرف القانوني، تتحقق بالنسبة لعقد الايجار العادي المتضمن وعدا بالبيع، وهو تصرف كثير الحدوث عملا. فالايجار في ذاته عقد متميز مستقل عن غيره من العقود، كذلك الوعد بالبيع تصرف متميز عن الايجار، فإذا اجتمعا معا في عملية قانونية واحدة كنا أمام تصرف قانوني مركب من عمليتين قانونيتين متميزتين تماما بطبيعتهما. العملية الأولى هي عقد إيجار محض يبرم بين المؤجر والمستأجر وتحدد فيه العين المؤجرة

(١) أو شابه عيب آخر كأن كانت الوكالة عامة بينما يكون المطلوب وكالة خاصة، أو حررت الوكالة في غير الشكل المطلوب قانونا.

والأجرة المتفق عليها، أما العملية الثانية فهي وعد صادر من المؤجر يتعهد بمقتضاه للمستأجر بأن يبيعه العين المؤجرة له إذا قبل خلال مدة معينة[1].

في هذا التصرف المركب يحدث ان يبطل الوعد بالبيع الذي يتضمنه عقد الإيجار، لخلوه من تحديد الثمن مثلا[2]، كثيرا ما يحدث أيضا أن يتعرض الوعد بالبيع للإبطال بسبب الغبن، فإذا لم يعرض المستأجر تكملة الثمن بما يرفع الغبن فإن البيع، وكذلك الوعد بالبيع، يبطل.

في مثل هذه الحالات التي يبطل فيها الوعد بالبيع فقط يمكن اللجوء ألى فكرة انقاص التصرف القانوني بإسقاط الوعد بالبيع والإبقاء على الإيجار صحيحا نافذا، طالما كان ذلك ما تقصد إليه إرادة الطرفين. أما إذا تبين غير ذلك فيرفض الانقاص، ويبطل التصرف بأكمله الوعد بالبيع، وكذلك عقد الإيجار.

٨ ـ وقد يتحقق التصرف المركب مع عقد البيع، وهو في ذاته تصرف بسيط حتى ولو تعدد محله، أو تعدد فيه أحد طرفيه، الطرف البائع أو الطرف المشترى، ويتم ذلك بأن يقوم إلى جانبه تصرف قانوني آخر مرتبط به ليصبحا معا عملية قانونية واحدة، من أمثلة ذلك اقتران عقد البيع بعقد شراء آخر، أو عقد إيجار، في الحالة الأولى يقوم المشترى ـ لسيارة جديدة مثلا ـ ببيع سيارته القديمة للبائع بثمن يدفع ضمن ثمن السيارة التي اشتراها. فنكون في هذه الحالة بصدد تصرف قانوني مركب من عقدى بيع مستقلين لكل منهما محله والثمن المقابل له.

وفي الحالة الثانية يقوم البائع بعد تسليم المبيع للمشترى وقبضه للثمن باستئجار نفس الشيء الذي باعه من مشتريه مقابل أجر يتفق عليه.

في العمليات القانونية المركبة السابقة، البيع والشراء، والبيع والإيجار، يتضمن كل تصرف عقدين، فإذا بطل أحدهما يكون هناك مجال للتساؤل عن مصير العقد الاخر، وما إذا كان يبطل معه أم يبقى صحيحا. والاجابة

---

(١) Thirion:Le bail avec promesse de vente.,Nancy,1930.

(٢) محكمة أكس ١٣ أبريل ١٩٦١، جازيت باليه ١٩٦١ ـ ١ ـ ٤٠٧.

تتوقف دائما على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين ومدى قابلية التصرف المركب للانقسام والتجزئة.

٩ ـ وقد يجد التصرف المركب مجالا له في عقد التأمين، بصفة خاصة التأمين ضد المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، إذ عادة ما يلحق بهذا العقد، عقد آخر، هو عقد الدفاع أمام القضاء، يلتزم بمقتضاه المؤمن بالدفاع عن حقوق المؤمن له، على أن يلتزم هذا الأخير تجاه المؤمن بالنفقات الضرورية التي تكبدها، وإذا فشل المؤمن في دفاعه عن حقوق المؤمن له تحمل تبعة ذلك، بالاضافة إلى النفقات المستحقة للخصم[١].

هنا يتحقق التصرف القانوني المركب من عقدين مختلفين، عقد التأمين، وعقد الدفاع أمام القضاء.

وقد يتعرض عقد الدفاع للبطلان، بصفة خاصة لانعدام الخطر الحقيقي أو لاحتوائه على شرط إرادى بحت بمقتضاه يتوقف تنفيذ العقد على محض إرادة المؤمن. فإذا أبطل هذا العقد، فالغالب ألا يكون لذلك تأثير على عقد التأمين، فإذا كان ذلك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فينتقص من التصرف المركب، عقد الدفاع، ليبقى عقد التأمين صحيحا[٢].

أما إذا أبطل عقد التأمين، فإن ذلك يؤدى إلى بطلان التصرف المركب بأكمله، كقاعدة عامة، باعتبار أنه دون عقد التأمين، الذى يعد عقدا أصليا هنا، لم يكن ليبرم عقد الدفاع أمام القضاء، والذى يكون تابعا لعقد التأمين.

١٠ ـ من العقود الهامة التي كثيرا ما تكون أساسا لتصرف مركب، عقد الزواج. فكثيرا ما يقترن بعقد الزواج عقد أو تصرف قانوني آخر، فيجعل منه تصرفا مركبا من أكثر من عملية قانونية. كأن يقترن بعقد الزواج عقد هبة أو عدة هبات، أو وصية أو غير ذلك من التصرفات المجانية أو التصرفات بمقابل من بيع أو تنازل عن دين، أو حوالة حق، أو إيجار. فإذا بطل أحد هذه التصرفات التي تكون مقترنة بعقد الزواج، فالأصل ألا تأثير لها على هذا العقد، نظرا لطبيعته الخاصة واستقلاله عما يلحق به من عقود. ومن ثم

(١) انظر في هذا العقد: Pamier: Un nouvel aspect de l'assurance des frais de proces: l'assurance litige, these, Paris, 1943.

(٢) انظر في هذا المعنى نقض مدني فرنسي ٣١ يناير ١٩٥٦، داللوز ١٩٥٦ ـ ٥٨٩.

ينتقص من التصرف القانوني المركب من عقد الزواج وأحد التصرفات السابقة، التصرف الباطل ليسقط وحده ويظل عقد الزواج صحيحا لاستقلاله وانعدام العلاقة المباشرة بينه وبين التصرفات الأخرى التي تبرم معه.

على العكس مما سبق، إذا بطل عقد الزواج نفسه، فهنا يكون ثمة محل للتساؤل عن امكان انقاص التصرف القانوني أو إبطاله كلية بمد البطلان إلى الاتفاق أو التصرف المرتبط بالزواج، وكقاعدة عامة فإن الحل يتوقف على إرادة المتعاقدين.

فالهبة التي تقترن بعقد الزواج، تكون عرضة للبطلان في العديد من الحالات، كأن ترد على مال مستقبل، فتبطل أعمالا للمادة ٤٩٢ مدني مصرى، أو لا تتم بورقة رسمية فتبطل أعمالا للمادة ٤٨٨/١ مدني مصرى، أوترد على مال الغير فتبطل اعمالا للمادة ٥٢٧ مدني كويتي. ففي هذه الحالات وغيرها حيث يرد البطلان على عقد الهبة فقط يقتصر البطلان عليها، ولا يمتد الى كل التصرف القانوني الذى يتضمن عقد الزواج معها، فتنتقص الهبة من التصرف المركب وتسقط، ويبقى الزواج صحيحا، أما إذا كان عقد الزواج هو الباطل وعقد الهبة صحيحا، فإن انتقاص عقد الزواج وإبقاء عقد الهبة صحيحا يتوقف على ما تنصرف إليه إرادة المتعاقدين، على التفصيل الذى سنراه لاحقا.

١١ ـ ومن التطبيقات العملية للتصرف المركب التي نادرا ما يتم فيها الانقاص ذلك التصرف الذى يجمع عقداً من عقود المعاوضة كالبيع والقرض، واتفاقاً آخر من اتفاقات تأمين الدين المختلفة كعقد رهن أو كفالة، لضمان سداد أحد المتعاقدين لالتزامه، كسداد الثمن أو رد مبلغ القرض. فإذا بطل العقد الأصلي، البيع مثلا، فإن ذلك يستوجب سقوط العقد التابع له، أى عقد التأمين من رهن أو كفالة. وإذا بطل عقد التأمين التبعي فالغالب أيضا أن يمتد البطلان ليشمل كل التصرف المركب، باعتبار أن ذلك هو ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين عادة. ومع ذلك إذا أمكن إثبات العكس بالتدليل على انصراف نية المتعاقدين إلى ابقاء العقد الأصلي حتى ولو كانا يعلمان ببطلان التأمين التبعي، فإن الانقاص يمكن أن يجد طريقا له عندئذ.

١٢ ـ وهكذا يتبين لنا أن التصرف القانوني المركب، أى الذى يتكون من عدة تصرفات قانونية متميزة، يمكن أن يكون من الناحية القانونية والنظرية، مجالا للانقاص، إذا ما أبطل تصرف فقط من التصرفات التي يشملها دون الباقي منها، إذ بالفرض مع هذا التصرف تكون كل عملية من العمليات القانونية التي يتضمنها مستقلة ولها كيانها الذاتي ماديا.

أما من الوجهة العملية، أى بالنسبة لأعمال الانقاص ذاته وتحقيقه، فإن ذلك يتوقف على عدة أمور أخرى، يأتي في مقدمتها مدى الارتباط ـ من الوجهة القانونية ـ بين التصرفات المختلفة التي يتكون منها التصرف المركب، من ذلك أيضا اعتماد إحدى عمليات التصرف المركب على العملية أو العمليات الأخرى، وكذلك عدم قابلية العمليات القانونية المكونة للتصرف المركب للتجزئةأو الانقسام في ذهن المتعاقدين. بل إن ورود عدة عمليات قانونية تحت شكل تصرف واحد مركب، قد يوضح في ذاته أن المتعاقدين قد قصدا إظهار رغبتهما في جعل هذه العمليات وحدة واحدة، أى جعلها مجموعة من التصرفات لا تقبل التجزئة أو الانقسام، لذلك فإن أعمال الانقاص وتحقيقه عملا يتوقف على مدى قابلية العمليات القانونية التي يتضمنها التصرف المركب للإنقسام، ليس فقط من الناحية القانونية بل أيضا من وجهة نظر المتعاقدين[1].

---

(١) وفي فرنسا وعلى الرغم من عدم وجود نص خاص مباشر وصريح يقرر انقاص التصرفات القانونية المركبة، إلا أن القضاء الفرنسي مد تطبيق المادتين ٩٠٠، ١١٧٢ مدني فرنسي إلى كل الشروط التبعية التي تلحق بالعقود، لذلك رأى البعض إمكان تطبيق المادتين السابقتين على التصرفات المركبة أيضا مستندا في ذلك إلى إمكان اعتبار كل عملية من عمليات التصرف القانوني المركب كشرط دافع أو ضرورى للعمليات الأخرى، بحيث إذا بطلت أحدى هذه العمليات، امتد البطلان للأخرى، انظر في هذا الرأى سمليه، المرجع السابق رقم ١٣٤ ص ١٦١. غير أن القضاء الفرنسي لم يلجأ إلى هذا التحليل، لأن التصرفات القانونية المركبة لا تدخل في ـ رايه ـ تحت مجال تطبيق أى من المادتين ٩٠٠، ١١٧٢ مدني فرنسي. لذلك فقد اتجه القضاء إلى مبدأ سلطان الارادة مقررا«نظرا لأن العمليات القانونية التي يتضمنها التصرف القانوني المركب تكون مستقلة ومنفصلة ولكل منها وجودها الذاتي، فإن بطلان أحد هذه العمليات لا يؤثر من حيث الأصل في الأخرى». "Utile per inutile non vitiatur" =

بعد أن وضحنا، على الوجه السابق، مجال أعمال الانقاص في التصرفات القانونية المركبة[1]، ننتقل إلى توضيح هذا المجال بالنسبة للتصرفات القانونية البسيطة، والتي يمكن أن تتحقق كذلك مع أحد التصرفات التي يتضمنها التصرف المركب، ونبدأ بالفرض الأول الذى يتحقق فيه هذا الانقاص، وهو انقاص ركن أو عنصر من أركان التصرف الجوهريةنتيجة بطلانه بطلانا جزئيا.

= «غير أن ذلك لايحول دون إمكان اتجاه إرادة المتعاقدين إلى جعل مثل هذا التصرف مكونا لوحدة قانونية واحدة، عندئذ يتعين على القاضي التقيد بهذه الرغبة».

راجع في تفصيل ذلك سمليه، المرجع والإشارةالسابقتان

(١) ومما تجدر الإشارة إليه أن أعمال الانقاص بالنسبة للتصرفات القانونية المركبة لا يقتصر على تلك التصرفات المركبة والتي يتضمنها صك أو سند واحد، كادراج عقد الهبة في نفس عقد الزواج، أو إدراج عقد الرهن أو الكفالة في عقد البيع، وإنما يتحقق الانقاص أيضا حتى ولو كان كل تصرف من التصرفات السابقة مستقلا بسنده ومحرره الخاص، أى في حالة وجود مجموعة من العقود. انظر في تطبيق القانون الفرنسي لذلك سمليه، المرجع السابق ص ٤٢٠.

وراجع في صعوبة التمييز بين العقود المركبة ومجموعة العقود:

Teyssie: Les Groupes de contrat, thèse Montepellier, L.G.D.J. 1975,P 11 et s.

الفصل الثاني

انقاص عنصر جوهرى في التصرف القانوني

تمهيد:

١٣ ـ المقصود بالعنصر الجوهرى في مجال الانقاص كل عنصر لازم لابرام التصرف القانوني ابراما صحيحا، بحيث يترتب على تخلفه عدم قيام التصرف أو عدم ترتيب آثاره، لذلك فلا يقتصر العنصر الجوهرى ـ هنا ـ على أركان التصرف القانوني من إرادة ومحل وسبب[1] أو غاية وشكل خاص بالنسبة لتصرفات معينة، بل يشمل كذلك شروط صحة التصرف من أهلية وإرادة صحيحة خالية من العيوب[2]، لذلك يشمل العنصر الجوهرى كل شرط أو عنصر آخر يدخل في تكوين العناصر الجوهرية السابقة ويكون بالتالي لازما لقيام التصرف القانوني، كالثمن في البيع وبصفة عامة المقابل في التصرفات القانونية غير المجانية ، وكذلك المدة بالنسبة لبعض التصرفات القانونية، وأشخاص التصرف، وغير ذلك من العناصر الأخرى التي تختلف باختلاف التصرفات.

والواقع أن بطلان أى من هذه العناصر الجوهرية اللازمة لقيام التصرف

---

(١) لايعنينا هنا ماإذا كان كل من المحل والسبب يعد ركنا مستقلا للتصرف القانوني أم أنهما مجرد عنصرين في الإرادة باعتبار أن هذه الأخيرة لا يتصور وجودها دون أن تكون منصبة على موضوع ومتجهة بغاية. فسواء اعتبرناهما عنصرين مستقلين للتصرف القانوني، أو اعتبرناهما مجرد عنصرين في الإرادة فإن تعييبهما في الحالتين يكون عاملا لبطلان التصرف. وكل أهمية للتفرقة ـ هنا ـ تنصب على ما إذا كانا سببين مستقلين للبطلان، أم يلحقان **بالارادة**. راجع في تفصيل ذلك، جميل الشرقاوى، رسالته، ص ٢٧٥ فقرة ٩٥.

(٢) والواقع أن العيب الجزئي الذى يشوب العقد أو التصرف القانوني ويجعله قابلا للانقاص لا يقتصر فقط على تلك **العيوب** التي تؤثر في انعقاده، أو في صحته، بل يمتد ليشمل كل شروط نفاذ التصرف القانوني أيا كان سبب عدم النفاذ، لذلك فهو يشمل إلى جانب البطلان المطلق والبطلان النسبي، العيوب التي يترتب عليها عدم نفاذ التصرف لعدم مراعاة ما يقرره القانون من شروط واجراءات لازمة لهذا النفاذ، كعدم اتباع اجراءات الشهر والتسجيل، وانعدام شرط الولاية. بل ويشمل أيضا، كما سبق أن وضحنا حالات الفسخ الجزئي.

القانوني يترتب عليه بطلان التصرف وعدم قيامه، الأمر الذى لا يكون معه ثمة مجال للانقاص. بيد أن العيب أو البطلان الذى يشوب هذه العناصر قد لايعيب العنصر كلية ويفقده وجوده، بل يؤثر فقط في قدره ومداه، وبمعنى آخر يوجد العنصر المعيب وجودا جزئيا فقط، نتيجة تعيبه جزئيا أيضا وليس كليا، عندئذ يمكن أن يكون هذا التصرف محلا للانقاص والتصحيح.

فإذا لحق العيب جزءاً فقط من محل التصرف، وظل الباقي صحيحا، وإذا لحق العيب الإرادة في شق منها بينما تحققت في شق آخر، وإذا كان الباعث غير مشروع بالنسبة لشق فقط من التصرف، فإن البطلان لا يتقرر في مثل هذه الحالات إلا بقدر ما تعيب من التصرف، ومن ثم فلا يبطل التصرف رغم أن العيب مس عنصرا من عناصره الجوهرية. فليس وجود العنصر هو محل التساؤل هنا وإنما قدره فقط.

وهكذا يمكن أن يتحقق الانقاص عن طريق البطلان الجزئي لعنصر جوهرى في التصرف القانوني.

ونعرض فيما يلي، بشيء من الإيجاز الحالات المختلفة التي يتحقق فيها انقاص التصرف القانوني نتيجة البطلان الجزئي لأحد عناصره الجوهرية.

أولا: البطلان الجزئي للرضا

١٤ ـ يعد الرضا بالتصرف وإرادته الركن الركين لوجود وقيام التصرف القانوني، ويتحلل الرضا إلى عنصرين جوهريين هما إرادة التصرف القانوني بما تستلزمه تلك الإرادة من توافر الأهلية القانونية اللازمة لوجودها، ثم صحة هذه الإرادة وخلوها من العيوب التي تشوبها.

وعلى ذلك فإذا انعدمت الأهلية اللازمة للتصرف القانوني كان هذا التصرف باطلا، وإذا توافرت الأهلية ولكن الإرادة ذاتها كانت معيبة، بطل التصرف أو كان قابلا للإبطال بحسب طبيعة العيب.

بيد أن الحكم السابق يقتضي أن يكون العيب، سواء تمثل في انعدام الأهلية، أو في أحد عيوب الإرادة من غلط وتدليس واكراه أو استغلال قد تحقق بالنسبة لكل التصرف، فإذا قام العيب بالنسبة لشق منه فقط، فلا يوجد

ما يحول دون أعمال الانقاص في هذه الحالة بإسقاط ذلك الشق المعيب، والإبقاء على التصرف في شقه الصحيح، ونوضح ذلك فيما يلي:

التخلف النسبي للأهلية القانونية:

١٥ ـ لا نقصد هنا بالتخلف النسبي أو الجزئي للأهلية القانونية صلاحية الشخص لابرام تصرف قانوني دون صلاحيته لابرام تصرف آخر يتضمنهما تصرف قانوني واحد مركب، كما في اقتران الهبة بعقد الزواج مثلا، إذ أن هذا الفرض يتعلق بالتصرفات القانونية المركبة التي سبق أن تعرضنا لها في المبحث السابق[1]. وإنما ما نقصده ـ هنا ـ أهلية الشخص وصلاحيته لابرام التصرفات القانونية في حدود، أو بقيود وشروط محددة سواء من حيث مدة التصرف، أو محله، أو مقابله، وغير ذلك من عناصره الجوهرية ومن ثم يكون الشخص، إذا ما التزم بتلك الحدود والقيود، واتبع الشروط المطلوبة، أهلا لابرام التصرف، أما إذا خالفها، أو تجاوزها، فلا تثبت له الأهلية القانونية، ومن ثم ينعدم التصرف ويبطل فيما جاوز هذه الحدود بينما يبقى صحيحا في حدود ما ثبت له من أهلية.

فالصغير المميز الذى بلغ الثامنة عشر من عمره وأذن له بإدارة أمواله، تثبت له أهلية إدارة الأموال التي تسلم له فقط والتي يشملها الإذن، كما تقتصر هذه الأهلية بالنسبة لإبرام عقود الإيجار على تلك التي لا تزيد مدتها عن سنة، ومن ثم إذا تصرف الصغير في بعض أمواله التي لم يأذن له بإدارتها، أو أبرم عقد إيجار على العقارات من المباني والأراضي الزراعية التي أذن له بإدارتها ولكن لمدة تزيد على السنة، فإن مثل هذه التصرفات تكون باطلة أو قابلة للإبطال، في حدود انعدام أهلية الصغير في التصرف، أى في حدود الأموال التي لم يأذن له بإدارتها، وفيما زاد عن السنة بالنسبة لعقد الايجار.

---

(١) راجع ما سبق رقم ٥ وبعده.

تعيب الارادة جزئيا:

١٦ ـ إذا شاب إرادة المتصرف عيب من العيوب التي يعتد بها القانون، من غلط أوتدليس أواكراه أواستغلال، فالغالب ان يلحق العيب كل الإرادة، فيكون التصرف قابلا للإبطال في مجموعة، أما إذا شاب العيب جزءا فقط من الإرادة، فإن التصرف لا يكون قابلا للإبطال إلا بقدر ما تعيب، فيرد الانقاص على هذا الشق المعيب ويبقى صحيحا في بقيته.

فإذا وقع الغلط على أحد الأشياء التي يرد عليها التصرف، كأن كان التصرف بيعا لشيئين أو أكثر، ووقع الغلط في أحدهما دون آلاخر، فإن التصرف يكون قابلا للإبطال بالنسبة للشيء الذى وقع الغلط فيه، أما بالنسبة للشيء آلاخر أو الأشياء الأخرى فيظل صحيحا، طالما كان هناك انفصال بينهما يسمح بقيام التصرف في أحدهما دون آلاخر. فإذا تمسك من له حق طلب الإبطال بهذا العيب، وتوافرت شروطه، أبطل التصرف بالنسبة له، وقام صحيحا بالنسبة لآلاخر[1].

وقد يتحقق الانقاص مع الغلط في صورةأخرى، فيها ينتقص التصرف في أحد الإلتزامات التي يرتبها، وهذا ما يحدث في حالة الغلط في قيمة الشيء محل التصرف، حيث يجوز عندئذ انقاص الالتزام المقابل لهذه القيمة، كالثمن في عقد البيع، والأجر في عقد الإيجار أو في عقد النقل، ليتلاءم مع القيمة الحقيقية لمحل التصرف[2].

١٧ ـ وما وضحناه فيما تقدم بالنسبة للغلط ينطبق أيضا بالنسبة لعيوب الإرادة الأخرى من تدليس واكراه واستغلال، طالما شابت هذه العيوب التصرف في شق منه فقط على الوجه السابق توضيحه.

أما بالنسبة للاستغلال فقد أجاز المشرع المصرى، وكذلك المشرع الكويتي، للقاضي أن ينقص التزامات المتعاقد المستغل بنص صريح[3]. وهذا

(١) انظر في هذا المعنى مالورى، الجيرس كلاسير سيفيل، مادة ١١١٧ رقم ٥، ٦. وانظر في أحكام القضاء، نقض مدني فرنسي ١٢ أكتوبر ١٩٥٥، المجموعة ١٩٥٥ ـ قضاء ص ٢٧٩.

(٢) انظر في هذا المعنى استئناف مصرى مختلط، ٢٥ مارس ١٩٢٢، المحاماة ٣٦ ص ٢٦١.

(٣) راجع المادتين ١٢٩ مدني مصرى، ١٥٩ مدني كويتي.

النص، وإن لم يواجه الاستغلال الجزئي صراحة، إلا أنه لا يوجد ما يحول دون أعماله إذا تعلق الاستغلال بشق فقط من العقد. وسنرى أن الفكرة نفسها تطبق أيضا في حالة الغبن.

بطلان التصرف تجاه بعض الأشخاص فقط:

١٨ ـ هذه الصورة من صور البطلان الجزئي التي تفتح مجالا للانقاص تتحقق في الحالة التي يتعدد فيها أحد طرفي التصرف بحيث يلتزم بنفس الالتزام شخصان أو أكثر، فإذا شاب العيب إرادة أو أهلية أحدهم فقط دون الآخرين، فإن التصرف يبطل، أو يكون قابلا للإبطال، بالنسبة لمن لحقه العيب، ويبقى صحيحا بالنسبة للآخرين، فإذا تحقق ذلك، وتوافرت شروط الانقاص الأخرى، فإن التصرف ينتقص فقط تجاه بعض أشخاصه دون البعض الآخر.

والمجال الرئيسي لأعمال هذه الصورة من صور الانقاص، هو عقود الشركات، بصفة خاصة شركات الأموال التي يقل فيها، وقد ينعدم، الإعتبار الشخصي للشركاء، لذلك فمع هذا النوع من الشركات، إذا بطل عقد الشركة بالنسبة لأحد المكتتبين، فإنه يستمر صحيحا بالنسبة للآخرين. أما بالنسبة للتصرفات الأخرى كالبيع لعدة مشترين، والهبة لأكثر من شخص بصفة خاصة الهبة بتكليف، فالغالب أن يكون هذا التعدد دافعا للتعاقد الأمر الذى ينتهي ببطلان العقد أو التصرف بأكمله. ومن ثم يكون استبعاد الانقاص هنا راجعاً إلى عدم اكتمال شروطه، وليس لعدم تحقق مجاله.

ثانيا: البطلان الجزئي للسبب.

١٩ ـ يشترط لصحة التصرف أن يكون للالتزامات التي تنشأ عنه والتي يلتزم بها المتصرف سبب، بمعناه الفني، كما يشترط أن يكون الدافع للتصرف مشروعا، غير مخالف للقانون ولا للنظام العام وآلاداب. فإذا انعدم سبب الالتزام كلية، أو كان الباعث الدافع للتصرف، في مجموعه، مخالفا للنظام العام أو الآداب بطل التصرف جميعه.

أما إذا وجد سبب لشق فقط من الالتزام، وانعدم بالنسبة لشقه الآخر،

أو كان الباعث الى الالتزام مشروعا بالنسبة لشق فقط من الالتزام، ولكنه غير مشروع بالنسبة لشقه الباقي، فإن البطلان لا ينصب في هذه الحالة إلا على الشق الذى انعدم سبب الالتزام به، او الشق الذى ثبت عدم مشروعية الباعث إليه. فيبطل هذا الشق الباطل وينتقص من التصرف. وهذا ما يتحقق في العديد من الحالات، من ذلك: انقاص أجر الوكيل إلى الحد المعقول إذا بالغ في تحديد الأجر الذى يطالب به، إذ لا يكون للجزء الزائد عما يستحقه الوكيل سبب لالتزام الموكل به. كذلك في حالة الزيادة في نسبة الفائدة المستحقة عن النسبة المقررة قانونا، فهنا أيضا ينعدم سبب الالتزام بهذه الزيادة، ومن ثم يبطل التصرف في الحالتين في حدود الزيادة التي تضمنها[1].

الحكم السابق نفسه نجده أيضا مع حالة عدم مشروعية الباعث، فإذا باع المالك شقتين متجاورتين محددا لكل منهما ما يقابلها من ثمن، ليقطن المشترى في أحد هاتين الشقتين، ويمارس في الشقة الأخرى عملا غير مشروع، صح بيع الشقة الأولى وبطل بيع الثانية وانتقص بيعها من التصرف لعدم مشروعية الباعث إلى بيعها.

ثالثا: البطلان الجزئي للمحل:-

٢٠ - يتحقق البطلان الجزئي لمحل التصرف أو الالتزام في العديد من الحالات التي يمس فيها العيب محل الالتزام جزئيا، أى في شق منه فقط مع بقاء شقه الآخر صحيحا.

فإذا ورد البيع على عدة أشياء وكان بعضها مملوكا للبائع والبعض الاخر مملوكا للغير، فإذا تمسك المشترى بإبطال البيع، فإن ذلك لا يؤثر على قيام البيع فيما يملكه البائع، طالما أمكن الفصل بينه وبين ما يملكه الغير. ويتحقق ذلك الفرض بصفة خاصة في حالة الملكية على الشيوع فإذا باع المالك أكثر مما يملك، كان البيع قابلا للإبطال فيما جاوز ملكيته فقط، فينتقص ذلك القدر من

(١) سنرى لاحقا أن هاتين الحالتين للانقاص تتحققان عن طريق التعديل وليس الاسقاط لشق من التصرف. راجع الفصل الرابع فقرة رقم ٥٦، ٥٧.

التصرف القانوني ـ البيع ـ ليبقى صحيحا في حدود ما يملك البائع[1].

يتحقق البطلان الجزئي لمحل التصرف أيضا، إذا تمثل ذلك المحل في عدة أشياء، وكان بعضها لا يجوز التعامل فيه، كالأسلحة والمخدرات، أو كان بعضها قد هلك قبل ابرام التصرف، أو كان غير معين لا بذاته ولا بنوعه ومقداره، ويتعذر تعيينه مستقبلا بعد التعاقد.

وقد يتحقق الانقاص في صورة أخرى يظهر فيها البطلان الجزئي أثر تجاوز محل التصرف قدراً معيناً ينص عليه المشرع، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة (٣٧) من قانون الاصلاح الزراعي المصرى من أنه «لا يجوز لأى شخص هو وأسرته التي تشمل زوجته وأولاده القصر أن يحوزوا بطريق الإيجار أو وضع اليد أو بأى طريق آخر مساحة تزيد على خمسين فدانا من الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي البور والصحراوية».

فإذا ترتب على تصرف قانوني مخالفة النص السابق لتجاوز المتصرف إليه الحد الأقصى وهو ٥٠ فدانا، بطل هذا التصرف في حدود هذه الزيادة، مالم يكن التصرف غير قابل للتجزئة فيبطل كله.

كما يتحقق البطلان الجزئي لمحل التصرف، ومن ثم يكونعرضة للانقاص، إذا كان هذا المحل يتكون من عدة أعمال وكان بعضها مستحيلا في ذاته، فلا يقوم التصرف عندئذ إلا بالنسبة للأعمال الممكنة، وينتقص بالنسبة للأعمال المستحيلة، طالما لم تكن هذه الأعمال مرتبطة ارتباطا لا يقبل الانفصال.

ومن الأمثلة العملية التي يتحقق فيها الانقاص لبطلان شق من محل التصرف الحالات التي تكون فيها العملية القانونية، محل هذا التصرف، مكونة

---

(١) انظر في هذا المعنى، نقض مدني فرنسي ٢ مارس ١٩٥٣، داللوز ١٩٥٣ ص ٣٠١، ٧ يناير ١٩٥٥، الاسبوع القانوني ١٩٥٥ ـ رقم ٨٨٣٥.

وانظر بالنسبة لحكم بيع ملك الغير في القانون الكويتي المادة ٥٠٩ مدني كويتي التي نصت على أنه «إذا باع شخص مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع». فالنص كما هو واضح يجعل بيع ملك الغير غير نافذ في مواجهة المالك إلا إذا أقره.

من عدة أعمال أو أغراض، دون أن يكون التصرف نفسه مركبا، كما في عقد الشركة متعددة الأغراض، فإذا كان أحد هذه الأغراض باطلا والباقي صحيحا، قامت الشركة بالنسبة لهذا الأخير وبطلت بالنسبة للأغراض الإولى.

ومن التطبيقات الهامة للبطلان الجزئي لمحل التصرف، حالات بطلان مقابل التصرف ومدته جزئيا، ونتعرض لها فيما يلي:

أ ـ البطلان الجزئي للمقابل

٢١ ـ يعد المقابل عنصرا جوهريا في العديد من التصرفات القانونية، كالثمن في عقد البيع، والأجرة في عقد الإيجار، والأجر في عقد العمل، والقسط في عقد التأمين، والفائدة في القرض.

ولكون المقابل جوهريا في التصرفات السابقة، وغيرها، فإن تعيبه وبطلانه يؤثر في التصرف القانوني ذاته، والأصل أن يؤدي إلى بطلانه بطلانا كاملا، غير أن هذا البطلان الكامل يستوجب أصلا أن يكون المقابل نفسه باطلا كلية، غير أن ما يحدث عملا في الكثير من الحالات أن يكون بطلان المقابل جزئيا فقط الأمر الذى يؤدى إلى انتقاص التصرف وليس بطلانه كلية.

وبطلان المقابل إما أن يتم صراحة ومباشرة، كالاتفاق في عقد إيجار المساكن والأراضي الزراعية على أجرة تزيد عن الحد الأقصى الذى يقرره القانون[1]، وإما أن يتم بطريقة ملتوية وغير مباشرة، كأن يشترط المقرض أن يدفع المقترض، بالإضافة إلى الفائدة التي يستحقها، نسبة معينةمن مبلغ القرض كمصروفات إدارية أو عمولة أو غير ذلك من الوسائل التي تخفي وراءها اشتراط فوائد ربوية، الأمر الذى يؤدى إلى بطلان هذا المقابل.

وتفاديا لبطلان التصرف كله فإن القضاء يلجأ هنا إلى إحدى وسيلتين: الأولى، هي انقاص المقابل المبالغ فيه، إعمالا لسلطة القاضي التقديرية، وهي

(١) راجع المادة ٣٣ من قانون الاصلاح الزراعي المصرى، المعدلة بالقوانين رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣، ٥٢ لسنة ١٩٦٦، ٦٧ لسنة ١٩٧٥، التي نصت على عدم جواز زيادة الأجرة السنوية للأراضي الزراعية على سبعة أمثال الضريبة العقارية السارية. وراجع بالنسبة لإيجار الأماكن المادة ٦ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، والتعديلات التي أدخلت عليها التي تفيد بطلان الاتفاق على أجرة تجاوز الحد الأقصى للأجرة المقررة قانونا.

التي سنتعرض لها **لاحقا**[1]، والثانية هي إحلال النص القانوني الذى يفرض حدا معينا محل المقابل الباطل، ونظرا لأن هذا الاستبدال لا يملكه القاضي من تلقاء نفسه، فنجد أن المشرع هو الذى ينص عليه صراحة وهذا مايحدث بالنسبة للفوائد **الاتفاقية**، حيث تنص المادة ٢٢٧ مدني مصرى على عدم جواز زيادة هذه الفوائد على ٧٪ فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى حدها الأقصى أى ٧٪، وتتميز هذه الوسيلة الأخيرة في انعدام سلطة القاضي في تقدير مدى المقابل.

الوسيلة نفسها يلجأ إليها المشرع أيضا بالنسبة لإيجار الأراضي الزراعية، وإيجار الأماكن المعدة للسكنى[2].

ولم يفت على القضاء أن يوضح أنه في أعماله وتطبيقه لهذه النصوص الآمرة التي تفرض حدا أقصى للأجرة، إنما يجرى ذلك اعمالا وتطبيقا لفكرة الانقاص، وذلك بتقريره أن مؤدى التخفيض في مثل هذه الحالات أنه تصحيح إجبارى يجرى بانتقاص جزء من الاتفاق، مع بقاء العقد نافذا بهذا التصحيح منذ نشوئه لا من وقت تصحيحه[3].

ب ـ البطلان الجزئي لمدة التصرف

٢٢ ـ يتدخل المشرع بالنسبة لبعض التصرفات القانونية ويحدد لها أجلا معينا كحد أقصى للتصرف لا تجوز مخالفته، فإذا زادت مدة التصرف على هذا الحد الأقصى، فإن التصرف يبطل، بيد أن البطلان هنا يكون جزئيا فقط قاصرا

---

(١) انظر لاحقا فقرة رقم ٤٧ وبعدها.

(٢) **راجع ما سبق فقرة رقم ٢١ وهامش ١ ص ٢٤ وانظر نقض مدني مصري، ٢٤ مايو ١٩٦٦** مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٢١٦ـ الذى قضى ببطلان الاتفاق الخاص بالأجرة المسماة في عقد إيجار الأماكن بأزيد من الحد الأقصى وردها الى الحد القانوني دون مساس بشروط العقد الأخرى التي لا مخالفة فيها للقانون.

(٣) محكمة مصر الإبتدائية ١٣ نوفمبر ١٩٤٥ ـ الجيزة الابتدائية، الدائرة الأولى، ٣ مايو ١٩٦٦، أشار إليهما الدكتور سليمان مرقص، شرح قانون إيجار الأماكن، ط ٧، ١٩٧٧ ص ٢٢٨ هامش (٢). **وانظر** في نفس المعنى نقض مدني مصرى ١٤ مايو ١٩٦٤، مجموعة أحكام النقض، ١٥ ـ ٦٦٣ ـ ٢٨ ـ ١٧٤، ١٥ مارس ١٩٧٨، مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٧٦٢، ٢٣ مايو ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، ٣٠ ص ٤١٩.

على ما جاوز الحد الأقصى للمدة التي يسمح بها القانون، ويبقى صحيحا في حدود المدة المتبقية، فالحكر، وفقا للمادة ٩٩٩ مدني مصرى لا يجوز لمدة تزيد عن ستين سنة، فإذا أبرم لمدة تزيد عن ذلك تعين انقاص هذه المدة لتقف عند الحد الأقصى الذى حدده المشرع. والشيوع الاجبارى الاتفاقي لا يجوز لمدة تزيد عن خمس سنوات، فإذا زاد على ذلك تعين انقاص ما زاد على هذه المدة. وملكية الأسرة لا يجوز الاتفاق على انشائها[1] لمدة تزيد على خمس عشرة سنة، فإذا نشأت لمدة تزيد على ذلك، وجب انقاصها لتصل إلى الحد الأقصى الذى حده المشرع[2].

وهكذا، في الحالات السابقة وغيرها التي يتجاوز فيها التصرف المدة التي يحددها القانون، يتعين انقاص هذه المدة لتصل إلى الحد الأقصى المقرر قانونا، فيبطل من المدة المتفق عليها مازاد على الحد الأقصى، لذلك فإن الانقاص هنا يتم عن طريق إحلال المدة التي يحددها القانون كحد أقصى محل المدة المتفق عليها في التصرف. فالذى يميز هذه الوسيلة من وسائل الانقاص أن القاضي لا يملك معها سلطة تقديرية ويتوقف دوره عند إحلال النص القانوني محل المدة أوالعنصر المخالف[3].

رابعا: التخلف الجزئي لشكل التصرف

٢٣ ـ في الحالات القليلة التي يتطلب فيها القانون شكلا خاصا للتصرف القانوني، ليس للإثبات، وإنما باعتباره عنصرا لازما في التصرف القانوني، كما في حالة الهبة والرهن الرسمي، فإن تخلف هذا الشكل يستوجب بطلان التصرف القانوني. فإذا كان تخلف الشكل جزئيا فقط، أى تخلف بالنسبة لشق من التصرف دون شقه آلاخر فإن بطلان التصرف يقتصر عندئذ على الشق الذى تخلف عنه الشكل، فينتقص من التصرف هذا الشق ليبقى صحيحا في شقه آلاخر الذى استوفى الشكلية المطلوبة.

---

(١) انظر المادة ٨٣٤ مدني مصرى.

(٢) انظر المادة ١/٨٥٢ مدني مصرى.

(٣) تاندوجان، المرجع السابق ص ٢٤٥ ـ سمليه، المرجع السابق ص ١٥٠ رقم ١٢٤.

بالتطبيق لما سبق إذا وهب شخص لاخر منقولين. وقام الموهوب بتسلم أحدهما ولم يتسلم الاخر، فإن الهبة لا تقوم عندئذ إلا بالنسبة للمنقول الذى تسلمه الموهوب له، وينتقص منها المنقول الآخر الذى لم يسلم ولم يوثق في ورقة رسمية[1] .

(١) فهبة المنقول وفقا للمادتين ٤٨٨ مدني مصرى ، ١/٥٢٥ مدني كويتي لاتتم إلا في ورقة رسمية أو بالقبض.

الفصل الثالث
انقاص شروط التصرف

تمهيد:

٢٤ ـ بطلان شرط في التصرف يعد المجال الرئيسي لفكرة الانقاص، كما أنه الأكثر حدوثا عملا، نظرا لامكان تحقق الوجود الذاتي للتصرف مستقلا على الشرط في العديد من الحالات.

والشرط بمعناه الواسع، والذى يتحقق مع كل صياغة شرطية، يطلق على **عدة معان:**

فقد يكون مقصودا به العنصر الجوهرى الذى يتطلبه القانون في التصرف لانعقاده صحيحاً او لترتيب اثاره القانونية، فيكون الشرط هنا شرط انعقاد أو شرط صحة أو شرط نفاذ، وهو الذى تعرضنا لدراسته في المبحث السابق، ومن ثم نستبعده من مجال دراستنا الحالية.

وقد يكون المقصود بالشرط الأمر العرضي، المستقبل غير محقق الوقوع، الذي لايدخل في مضمون التصرف القانوني، ويقف عند حد كونه وصفا للرضاء، وهذا هو الشرط بمعناه الدقيق الذى يفيد التعليق، والذى حددته كل من المادة ٢٦٥ مدني مصرى، والمادة ٣٢٣ مدني كويتي.

وإلى جانب هذا المعنى الفني الدقيق للشرط، فإنه يطلق أيضا في معنى ثالث، ليفيد المقابل للأداء فيظهر في صورة عبء أو قيد على التصرف، لذلك فالشرط هنا يعني التقييد وليس التعليق، ولأن الشرط بهذا المعنى لا يكون واقعة خارجية يعلق عليها الرضا والالتزام بل هو جزء من محتوى التصرف فلا يعد شرطا بالمعنى الدقيق[1].

(١) راجع في المعاني المختلفة للشرط، محمد شتا إبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية، القاهرة، عالم الكتب، ١٩٨١، ص ١٨ وما بعدها.
ويميز الفقه الإسلامي بصدد شروط العقد أو التصرف بين «التعليق» و«الشرط»، ويقصد بالتعليق الشرط الواقف بمفهومه في القانون الوضعي، أى باعتباره أمرا عارضا يعلق عليه العقد أو التصرف، لذلك فهو أمر معدوم على خطر الوجود مستقبلا. ويطلق الفقه الإسلامي =

نتعرض إذاً، في سبيل إيضاحنا لمجال الانقاص بسبب بطلان الشرط إلى كل من شروط التعليق وشروط التقييد. وسنجعل لكل منهما مبحثاً خاصا، بادئين بشروط التقييد:

المبحث الأول
أنقاص شروط التقييد

تمهيد:

٢٥ ـ ما نقصده بشروط التقييد تلك الشروط والقيود التي يدرجها المتعاقدون في اتفاقاتهم وتصرفاتهم القانونية، والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر، لذلك تأخذ هذه الشروط شكل بنود التعاقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على أحد طرفي التصرف، أو على كليهما.

وهذه الشروط أو البنود، التي تظهر في صورة اعباء والتزامات **محددة** لمحتوى ومضمون التصرف، يمكن اعتبارها **شروطاً** تبعية تقترن بالتصرف **المستوفي** لشروط انعقاده وصحته، لذلك فهي **لا** تؤثر، من حيث الأصل، على أصل التصرف وقيامه، بل يوجد التصرف معها، ويقتصر دورها على أثر التصرف وحكمه، كأن يقيد هذا الحكم بعد أن كان مطلقا، لذلك تتميز هذه

= عليه شرط التعليق أيضا.

أما «الشرط» فيقصد به الشرط المقترن بالعقد أوالتصرف وهو أيضا أمر عارض ومستقبل حيث بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، غير موجود وقت التعاقد.

أما الشرط الفاسخ وفقا لمفهومه في فقه القانون الوضعي، فلا وجود مستقل له في الفقه الإسلامي، وإنما يدخل تحت الشروط المقترنة بالعقد فهو ليس سوى تطبيق من تطبيقاتها.

أما الفارق بين شروط التعليق وشروط التقييد فنوجزه في الآتي:ـ

التعليق لاعمل **مباشرا** له في آثار العقد وأحكامه، إذ عند تحقق الشرط الذى علق عليه العقد يصبح العقد كأن لم يعلق على شرط ويرتب جميع أحكامه. أما شروط التقييد فإنها تؤثر في أحكام العقد عن طريق تقييدها أو تقويمها وتوكيدها.

يترتب على التعليق عدم وجود العقد، لذلك فلا يرتب أحكامه إلا بعد تحقق الشرط. أما شروط التقييد فلا تؤثر في وجود العقد ولا في ترتب أحكامه واثاره. راجع في تفصيل ذلك حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي والقانون، ص ٤٧ وبعدها.

الشروط عن أركان التصرف، الأساسية السابق تعرضنا لها، والتي يترتب على عدم اكتمالها انعدام التصرف وعدم قيامه، أما هذه الشروط فهي أمور زائدة على أصل التصرف.

كما تتميز شروط التقييد عن شروط التعليق، في أن اقترانها بالتصرف القانوني لا يجعله موصوفاً أو معلقاً، لأنها تابعة له وتمثل جزءا منه، وإن كانت جزءا زائدا على أصله.

ومن التطبيقات التشريعية لشروط التقييد ما نصت عليه المادة ٢/٤٨٦ مدني مصرى من أنه يجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين. فالتزام الموهوب له في هذه الحالة ما هو إلا شرط من شروط التقييد.

ومن تطبيقات ذلك أيضا، ما كانت تنص عليه المادة ٦٦٩ من المشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى من أنه إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع وقعت صحيحة وألغي الشرط إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة فتقع الهبة كلها باطلة[1]. فالمقصود بالشرط هنا مجرد عبء أو التزام.

والواقع أن الشرط بهذا المعنى، أى شرط التقييد، لا يعد شرطا بالمعنى الفني الدقيق، وهو شرط التعليق، باعتباره أمرا عارضا مستقبلا غير محقق الوقوع يتوقف عليه نفاذ التصرف أو زواله[2]. والذى تنظمه المادتان ٢٦٦

(١) ألغيت هذه المادة اكتفاء بالقواعد العامة التي تقررها المادة ٢٦٦، كما جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى.

(٢) عبر المشرع المصرى عن ذلك بعدم «وجود» الالتزام أو عدم «قيامه» راجع المواد من ٢٦٥ الى ٢٦٠ مدني مصرى، والأدق في نظرنا أن الشرط الواقف يعلق نفاذ الالتزام وليس وجوده كما جاء بالنصوص المشار إليها، ويتضح ذلك المعنى جليا من دراسة أثر الالتزام المعلق على شرط واقف خلال فترة التعليق والتي نظمها المشرع بنصوص واضحة وصريحة. راجع بصفة خاصة المادة ٢٦٨ مدني مصرى التي قررت صراحة أن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون «نافذا» إلا إذا تحقق الشرط، والنفاذ وعدم النفاذ لا يتقرر بطبيعة الحال إلا بالنسبة لالتزام موجود بالفعل.

راجع مع ذلك المادة ١/٣٢٦ مدني كويتي التي قررت أن الالتزام المعلق على شرط واقف =

مدني مصرى، ٣٢٣ مدني كويتي، فليس لشرط التقيد من هذا الشرط بمعناه الإصطلاحي الدقيق سوى الإسم فقط.

وهكذا يتبين لنا أن شرط التقييد، ليس شرطا بالمعنى الفني الدقيق، وإنما هو مجرد بند أو عبء يضاف إلى مضمون التصرف لذلك فهو يتسم بصفة التبعية، ومن ثم، فإذا مس العيب هذا الشرط فهو فقط الذى يبطل دون تأثير على التصرف الذى يقترن به، كقاعدة عامة، مالم يكن للشرط أهمية خاصة لدى المتعاقدين على ماسنرى تفصيلا.

وإلى هذا الأثر للشرط أشارت المادة ٢/١٧٥ مدني كويتي بقولها«إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد غير مشروع بطل الشرط، وصح العقد، مالم يثبت أحد المتعاقدين أنه لم يكن ليرتضي العقد بغيره فيبطل». وعلة إبطال العقد في الحالة الأخيرة ترجع إلى أن الشرط إذا مثل إهمية خاصة لدى المتعاقد فإنه يكون بمثابة السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، أى انه يرتفع لمصاف العناصر الجوهرية للتصرف والتي يؤدي بطلانها إلى بطلان التصرف كله. وفي هذه الحالة لا يحتفظ الشرط بصفة التبعية، بل يصبح جوهريا في نظر المتعاقدين، وألا لما ترتب عليه هذا الأثر الأخير[1]

نخلص مما سبق الى أن القاعدة في حالة بطلان شروط التقييد هي

= «لايقوم» إلا إذا تحقق الشرط.

والواقع أن أثر التعليق على العقد أثار خلافا شديدا، ليس فقط في فقه القانون الوضعي، بل أيضا في فقه الشريعة الإسلامية، حيث رأى الحنفية وتابعهم عدد آخر من الفقهاء أن العقد، مع شرط التعليق، لا يوجد ولا تترتب عليه أحكامه إلا بعد تحقق الشرط بينما يرى الشافعية ومعهم عدد آخر من الفقهاء أن التعليق يؤخر وجود الحكم وأثره فقط، أما العقد فينعقد. راجع في هذا، حسن الشاذلي، المرجع السابق ـ وانظر في **الانقسام نفسه** في فقه القانون الوضعي، محمد شتا أبو سعد رسالته في الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، ص ٣١٦ **وما بعدها**

(١) راجع في تفصيل ذلك ما سيرد لاحقا بالباب الثاني. وانظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الأعمال التحضيرية، ص١٦٦، ولاحظ عدم دقة استخدام كلمة الشرط في المادة المذكورة، نظرا لما تنصرف إليه كلمة الشرط، مطلقة، إلى معنى فني دقيق ليس هو المقصود بنص المادة.

بطلان الشرط فقط، دون باقى التصرف الذى يظل صحيحا استنادا إلى أن هذه الشروط لاتعدو أن تكون شروطا تبعية وليست جوهرية فلايؤثر بطلانها في العقد الذى تقترن به، أما اذا تبين ان ارادة المتعاقدين قد جعلت من شرط معين أهمية خاصة بأن كان دافعا للتعاقد، فإن بطلان الشرط يمتد في هذه الحالة ليشمل التصرف القانون كله.

ونقوم فيما يلي بالتعرض لبعض شروط التقييد الذائعة لنبين أثر بطلانها على التصرف الذى تلحق به[1].

الشرط المانع من التصرف

٢٦ ـ الأصل العام هو حرية المالك في التصرف فيما يملك، واستثناء من هذا الأصل أجاز المشرع في كل من مصر والكويت وفرنسا اشتراط منع المالك من التصرف فيما يملك بشروط وقيود محددة[2] تدور حول المدة المعقولة والباعث المشروع أو المصلحة الجدية[3]. فإذا لم تتوافر هذه الشروط في المنع من التصرف كان اشتراطه باطلا، وهنا يثار التساؤل عن أثر بطلان هذا الشرط، أى الشرط المانع من التصرف، على العقد أو التصرف الذى يقترن به، وما إذا كان يقتصر البطلان على شرط المنع فقط، فينتقص هذا الشرط ويبقى التصرف صحيحا، أم يمتد بطلان الشرط ليشمل التصرف المدرج به بيعا كان أو وصية أو غير ذلك.

وفي الاجابة على هذا التساؤل يتفق الفقه والقضاء على أن بطلان شرط المنع من التصرف يقتصر عليه وحده ولا يمتد الى التصرف الأصلي المقترن به

---

(١) ليس القصد من تعرضنا لشروط التقييد دراسة هذه الشروط دراسة تفصيلية، وإنما فقط بيان مدى تأثير بطلان هذه الشروط على التصرفات التي تقترن بها، وأن كان ذلك يقتضى منا بيان حالات بطلان هذه الشروط، بشيء من الايجاز.

(٢) راجع في هذه الشروط المادة ٨٢٣ مدني مصرى، والمادة ٨١٥ مدني كويتي، والتعديل الذى أدخله المشرع الفرنسي في ٣ يونية ١٩٧١ على المادة ٩٠٠ مدني.

(٣) انظر في تفصيل ذلك، مؤلفنا في البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانيةالأخرى، الكويت ١٩٨٤ ص ٢٥٩ فقرة رقم ٢٠٣**وما بعدهما**، أبو زيد عبد الباقي مصطفى، دراسة حول شروط المنع من التصرف، مجلة المحامي الكويتية س ٣ عدد يناير/ مارس ١٩٨٤ ص ٩.

الذى يظل صحيحا مرتبا لآثاره، مالم يكن الشرط المانع من التصرف هو الباعث الدافع الى ابرام التصرف الاصلي، بحيث لولا هذا الشرط لما تم التصرف، عندئذ يترتب على بطلان الشرط بطلان التصرف المقترن به. أما إذا لم يكن شرط المنع دافعا إلى التصرف، بل كان التصرف سيتم بدونه، فإن البطلان يقتصر عليه وحده[1].

الشرط الجزائي

٢٧ ـ الشرط الجزائي في حقيقته مجرد بند، بمعنى نص أو شرط يدرج بالتصرفات القانونية المختلفة من معاوضة وتبرعية أو مجانية، بقصد تنفيذها[2]، لذلك فالشرط الجزائي ليس شرطا بمعناه الفني الدقيق باعتباره وصفا للرضاء والالتزام، وإنما هو مجرد بند من بنود التصرف القانوني، ولأنه ليس بعنصر أو ركن جوهرى في التصرفات التي يدرج بها، فهو يتسم بالصفة التبعية أو الثانوية بالنسبة للتصرف الذى يدخل عليه أو يلحق به.

(١) انظر في هذا المعنى السنهورى، الوسيط ج ٨، حق الملكية فقرة رقم، ٣١٤، ٣١٩ ـ عبدالمنعم البدراوى، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٧١ ـ منصور مصطفى منصور حق الملكية في القانون المدني المصرى، فقرة ١٩ ـ جميل الشرقاوى، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، فقرة رقم١٩، عبدالمنعم فرج الصدة، حق الملكية، ص ١٧١ ـ محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية ١٩٨١، مذكرات غير مطبوعة لطلاب كلية الحقوق ـ جامعة الكويت ـ ١٩٨١ ـ ١٩٨٢ ص ١٤٨. ومع ذلك فهناك من خلط بين شرط المنع من التصرف باعتباره مجرد عبء أو بند من بنود الاتفاق، وبين الشرط بالمعنى الفني الدقيق، أى شرط التعليق الذى يعد وصفا للرضاء والالتزام الناشيء عنه لذلك رأى أن الشرط المانع من التصرف الباطل يؤدى دائما الى بطلان التصرف المقترن به إعمالا لحكم المادة ٢٦٦/١ مدني مصرى. انظر في هذا الرأى محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، ج ١ ـ حق الملكية، فقرة رقم ٢٧٧. وانظر في أحكام القضاء التي تقصر البطلان على الشرط المانع ولا تمده إلى التصرف ذاته:

باريس أول يوليو ١٩٦١، داللوز ١٩٦٢ ـ ١٣ ج بوردو، ٨ يونية ١٩٥٩، جازيت باليه ١٩٥٩ ـ ٢ ـ ٥٣٩ عرائض فرنسي ٢٨ ديسمبر ١٩٣٨، داللوز ١٩٣٩ ـ ١٣٢.

(٢) راجع مؤلفنا: الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقانونين المصرى والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

وإذا كانت القاعدة هي تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي وبصفة عامة للتصرف الذى يدرج به وما يترتب على ذلك من بطلان الشرط الجزائي تبعا لبطلان هذا التصرف، فإن العكس غير صحيح، بمعنى ان التصرف الأصلى، نظرا لاستقلاله وعدم تبعيته للشرط الجزائي، لا يتأثر ببطلان هذا الأخير، لذلك فبطلان الشرط الجزائي لا يستوجب بطلان التصرف الذى يلحق به، وذلك كقاعدة عامة.

بالتطبيق لذلك، إذا ابرم شخصان تصرفا ما، واتفقا على شرط جزائي يطبق في حالة اخلال أيهما بهذا التصرف، فإن بطلان الشرط الجزائي لعيب خاص به لايؤثر في صحة التصرف الأصلي، الذى يبقى صحيحا. وإذا أبرم شخصان عقد قرض، رهن معه المدين، ضمانا منه لتنفيذ دينه، مالا مملوكا له، واقترن هذا الرهن بشرط جزائي يقضي بتملك الدائن المرتهن العين المرهونة، إذا أخل الراهن بالوفاء بالدين المضمون بالرهن، يقع الشرط الجزائي باطلا لعدم مشروعية موضوعه إعمالا للمادة ١/١٠٥٢ مدني مصرى. أما الرهن ذاته فيظل صحيحا[1]، بمعنى آخر ينتقص الشرط الجزائي الباطل من التصرف ليسقط وحده ويبقى التصرف دونه صحيحا منتجاً.

أما إذا انتفت في الشرط الجزائي صفة التبعية، بأن كان شرطا جوهريا دافعا الى التعاقد، فإن بطلانه يستوجب في هذه الحالة بطلان التصرف المقترن به. ذلك أن الرضا لن يتحقق في هذه الحالة دون الشرط الجزائي، فإذا بطل الشرط وتخلف انتفى معه الرضا فيبطل التصرف الأصلي.

شرط الأسد

٢٨ ـ قد يحدث أن يدرج في عقد شركة مقامة بين عدة أشخاص شرطا بمقتضاه لا يساهم أحد الشركاء في أرباح الشركة أولا يساهم في خسائرها، هذا الشرط الذى اصطلح على تسميته بشرط الأسد أو الشرط الأسدى، شرط باطل ولا يعمل به، لمخالفته لمقتضى عقد الشركة وهو المشاركة في أرباحها

(١) انظر في تطبيقات أخرى، مؤلفنا الشرط الجزائي، سابق الاشارة إليه ص ١٤٦ وبعدها فقرة رقم ٩٣ وبعدها. وانظر من التطبيقات القضائية باريس ٨ يوليو ١٨٨٢، داللوز ١٨٨٣ ـ ٢ ـ ٩٣.

وخسائرها. بيد أنه إذا كان بطلان شرط الأسد ليس محل خلاف، فعلى العكس من ذلك احتدم الخلاف فيما يتعلق بأثر بطلان هذا الشرط على عقد الشركة ذاته.

ففي فرنسا، حيث اكتفى المشرع بتقرير بطلان شرط الأسد دون إشارة إلى أثر ذلك على عقد الشركة ذهبت بعض الأحكام القليلة الى أن بطلان هذا الشرط لا يؤدى بالضرورة الى بطلان عقد الشركة نفسه[1]، بل يظل قائما صحيحا. وقد أيد عدد من الفقهاء هذا البطلان الجزئي الذى يعتنق فكرة الانقاص[2]، كما رأى البعض آلاخر اللجوء إلى إرادة الشركاء لتحديد مدى البطلان الذى قد لا يكون كاملا بالضرورة[3].

غير أن اتجاها يبدو هو السائد فقها[4]، وقضاء[5]، أخذ بعكس الوجهة

(١) انظر في هذا المعنى الحكم الصادر من محكمة باريس في ١٧ يونية ١٩٠١، سيرى ١٩٠١ ـ ٢ ـ ٣٠٤. كما صدرت عدة أحكام من القضاء الفرنسي اكتفت ببطلان الشرط الأسدى فقط، باعتبار أن هذا هو فقط ما طلب في الدعاوى التي نظرت فيها ومن ثم فلم يكن لها أن تحكم بأكثر مما يطالب المدعي، انظر في هذا الاتجاه: نقض تجارى ٢٢ مارس ١٩٥٥، مجموعة محكمة النقض ١٩٥٥ ـ ٣ ـ رقم ١٠٤ ص ٨٣ ـ محكمة السين ٩ فبراير ١٩٥٠، الأسبوع القانوني ١٩٥٠ رقم ٥٧٩٩ ـ عرائض فرنسي ١١ سبتمبر ١٩٤٠، داللوز الانتقادى ١٩٤٢ ص ١١٦.

(٢) باردوسيPardessus ، القانون التجارى ط ٦ رقم ٩٩٨ ص ٥٥ـ ديلانجل Delangle، القانون التجارى رقم ١٢٠ ـ الوزية Alauzet، التعليق على القانون التجارى ط ٣، ج ٢، رقم ٤٢٣ ص ١٠٢، ١٠٣.

(٣) جوسران، القانون المدني الفرنسي، ج٢ رقم ١٣٣ ص ٦٣٧، هامل ولاجارد، القانون التجارى ج ١ رقم ٤٠٦ ص ٤٩١، دى جيجلار، القانون التجارى ط٢،ج ٢،ص ٥٨

(٤) Guillouard، عقد الشركة رقم ٢٤٦ ص ٣٢٥ ـ بودري لاكانترى وفال، الشركة، والقرض، والوديعة، رقم ٢٨٨ ـ ليون كان ورينو واميه ج ٢ رقم ٤٨ ـ بيدان ورودبير القانون التجارى رقم ٤١٧ ـ اسكارا ورو، ج ١ رقم ١٦٥ ـ أوبرى ورووإسمان، رقم ٣٧٧ ـ بلانيول وريبير، ج ١١، رقم ١٠٤٤، ص ٣١٩.

(٥) باريس ١٤ ابريل ١٨٨٢، داللوز ١٨٨٤ ـ ٢ ـ ١٢٢ عرائض ١٨ مايو ١٨٩٦، داللوز ١٨٩٧ ـ ١ ـ ٢٤٩، عرائض ٣١ يناير ١٩١٧، جازيت باليه ١٩١٧ ـ ٨٨٦ ،مدني فرنسي ٢ مارس ١٩٣١ داللوز الاسبوعي ١٩٣١ ص ٢٨٥ ـ دائرة العرائض ٢١ ديسمبر ١٩٣٧، الأسبوع القانوني ١٩٣٨ رقم ٥٨٠ ـ باريس ١١ مارس ١٩٦٧، داللوز ١٩٦٧ ـ ص ٤٧٤.

السابقة ورأى أن بطلان شرط الأسد يؤدى حتما وفي جميع الحالات إلى بطلان عقد الشركة، فلا مجال لفكرة الانقاص مع هذا الشرط الأسدى.

وقد اعتنق المشرع المصرى هذا الحل الأخير في المادة ١/٥١٥ من القانون المدني التي نصت على أنه«إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلا[١] .

٢٩ ـ أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة ١٣ من قانون الشركات التجارية[٢] ، على أنه «إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو لا يساهم في خسائرها، جاز فسخ عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذى حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أى من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر».

وفي تفسير الفقه لهذا النص اختلفت وجهات النظر، فقد ذهب البعض الى أن النص المذكور يقضي ببطلان الشرط الأسدى وليس عقد الشركة ذاته. . . مالم يتبين من ظروف الواقع أن هذا الشرط كان الدافع الأساسي لتكوين الشركة فعندئذ يتعين بطلان عقد الشركة برمته[٣] . بينما ذهب البعض الآخر الى أن النص لا يجعل من عقد الشركة المتضمن شرط الأسد باطلا بطلانا مطلقا، وإنما قابلا للإبطال لصالح الشريك المتضرر[٤] .

(١) وقد اعتنقت نفس الحل المادة ٤٨٢ مدني سورى، والمادة ٨٩٥ موجبات وعقود لبناني، والمادة ١/٤٢٦ مدني جزائري، والمادة ١/٥٩٠ مدني أردني، والمادة ١٣٠١ مدني تونسي، والمادة ١٠٣٤ مدني مغربي. وراجع في تبرير ذلك الحل، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ج ٤ ص ٣٣٣.

(٢) الصادر بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ في ١٢ مايو ١٩٦٠.

(٣) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المقارن، ١٩٧٨، ص ٦٦.

(٤) سميحة القليوبي، الشركات التجارية وفقا لقانون الكويتي، مذكرات غير مطبوعة لطلبة كلية الحقوق ـ جامعة الكويت العام الجامعي ٧٥ ـ ١٩٧٦ ص ٢٥ فقرة ٥٧ وانظر في نفس الاتجاه بدر جاسم اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي ـ دراسة مقارنة، ١٩٨٧ فقرة رقم ٨٥. أما القضاء الكويتي فقد ترددت أحكامه بين بطلان شرط الأسد فقط وبطلان عقد الشركة نفسه أثر بطلان هذا الشرط، كما ذهب بعض أحكامه إلى إعمال نظرية الفسخ تطبيقا لما جاء بنص المادة ١٣ من قانون الشركات التجارية. راجع في هذه الأحكام، أبو زيد رضوان المرجع السابق، بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق.

وهكذا نرى أن الاتجاه الغالب فقها وقضاء يحبذ البطلان التام لعقد الشركة المتضمن الشرط الأسدى.

ونحن وإن كنا نحبذ هذا الحل إلا أننا ننتقد تقريره كقاعدة ومبدأ عام يجب اعماله في جميع الحالات، بل نفضل أن نترك استخلاص الحل بالتطبيق للقواعد العامة في الانقاص والتي تقضي ببطلان كل العقد إذا تبين أن إرادة المتعاقدين ما كانت لتتعاقد بدون الشرط الباطل، فقد يثبت فعلا أن الشريك المستفيد من الشرط الأسدى لم يكن ليبرم عقد الشركة دون هذا الشرط الأمر الذى يؤدى إلى بطلان الشركه اثر بطلان الشرط الأسدى. أما ذا تبين من إرادة المتعاقدين، وما يهمنا الشريك أو الشركاء المستفيدون من الشرط الأسدى أنهم كانوا سيستمرون في الشركة حتى لو ابطل هذا الشرط، فلا يوجد في نظرنا ما يحول دون ابقاء عقد الشركة بعد انقاصه واستبعاد الشرط الذى يعيبه استنادا إلى إرادة ورغبة الشركاء.

والحل الذى نقول به يتميز بكونه حلا عمليا إضافة إلى كونه منطقيا فمن الناحية العملية، إذا تبين أن الشريك المستفيد من شرط الأسد كانت نيته ستتجه إلى الابقاء على الشركة، لو علم ببطلان هذا الشرط، فما سيحدث عملا أنه سيعيد إبرام عقد الشركة مع الشركاء الاخرين، بعد إبطال العقد الأول، متنازلا ومستبعدا شرط الأسد، أى يعيد الشركاء ابرام العقد من جديد بكل اجراءاته وشروطه، فقط مع استبعاد الشرط الباطل، وطالما كان تصحيح عقد الشركة يتطلب فقط استبعاد هذا الشرط، فان المنطق يقتضي اتباع أيسر السبل لهذا التصحيح وهو اسقاط واستبعاد الشرط الباطل، وليس إعادة إبرام عقد من جديد بعد إبطال العقد الأول. وهذا ما يفرضه المنطق وما يجب أن تكون عليه النصوص والحلول القانونية. لذلك فهذا الحل هو الذى نرى اتباعه في كل حالة لا يقررفيها المشرع بنص صريح بطلان عقد الشركة الأسدية أثر بطلان الشرط الأسدى.

وهو أيضا الحل الذى يجب أن يستبدل بالنصوص القانونية القائمة والتي تقرر خلاف ما يقضي به، خاصة وأن نظرية انقاص التصرفات القانونية نظرية

عامة التطبيق، لا تقتصر على عقد دون آخر، طالما توافرت شروطها الأمر الذى يتعين معه اعمال حكمها كمبدأ عام ولا تستبعد إلا بنص صريح ولحكمة واضحة محددة.

شرط الذهب

٣٠ ـ يقصد بشرط الذهب ذلك الشرط الذى يشترطه الدائن على مدينه وبمقتضاه يلتزم هذا الأخير بالوفاء بالتزامه ذهبا أو بما يعادل قيمة الذهب. وقد كان هذا الشرط ذائعا فيما مضى أما في الوقت الحالي فقد حظره المشرع في العديد من الدول حماية لنظامها الاقتصادى والنقدى، وقد حظر المشرع المصرى هذا الشرط بمقتضى المرسوم بقانون الصادر في ٢ أغسطس ١٩١٤، الذى جعله باطلا بطلانا مطلقا نظرا لتعلقه بالنظام العام[١].

أما عن أثر بطلان شرط الذهب على العقد أو التصرف الذى يتضمنه، وما إذا كان البطلان يمتد إلى التصرف بأكمله أم يقتصر عليه وحده مما يؤدى إلى اسقاط ما شابه من عيب، فقد اختلفت الحلول.

فذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي القديمة الى أن شرط الذهب لتعلقه بالثمن، والمقابل بصفة عامة، فهو يعد لذلك عنصرا جوهريا في التصرف القانوني الذى يتضمنه. ومن ثم فإن بطلان هذا الشرط يستوجب بطلان التصرف بأكمله، فلا يتصور قيام عقد البيع مثلا دون تحديد للثمن[٢].

غير أن القضاء سرعان ما أكتشف عدم صحة الاتجاه السابق، باعتبار أن الثمن يكتفي فيه أن يكون قابلا للتحديد وقت التعاقد وليس بالضرورة أن يكون محددا تحديدا نهائيا لذلك ذهب البعض الاخر من الأحكام الى المادة ١١٧٢ مدني فرنسي التي تبطل التصرف أثر بطلان أحد شروطه الدافعة الى

---

(١) وبطلان شرط الذهب عام سواء بالنسبة للمعاملات الداخلية أو المعاملات الخارجية الدولية، وهذا ما أكده المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥، حسما للخلاف الذى ظهر في أحكام القضاء المصرى دون مقتضى لذلك لصراحة ووضوح النص.

(٢) انظر في هذا الاتجاه محكمة بو ٢٠ يوليو ١٩٢٠ داللوز ١٩٢٦ ـ ٢ ـ ١٥٣ تعليق سافاتييه، اكس ١٠ فبراير ١٩٢٧، جازيت باليه ١٩٢٧ ـ ١ ـ ٤٧٨، السين ٢١ يناير ١٩٢٨، جازيت باليه ١٩٢٨ ـ ١ ـ ٤٥٦.

التصرف، وبالتالي إذا ثبت أن شرط الذهب كان هو الدافع الى التعاقد فإن بطلانه يستوجب بطلان التصرف بأكمله[1]. وقد حظى هذا الاتجاه بتأييد بعض الفقهاء[2]، بل ذهب بعضهم إلى حد افتراض الصفة الجوهرية الدافعة لهذا الشرط، وجعل القاعدة أن بطلان شرط الذهب يستوجب بطلان كل التصرف الذى يتضمنه، ما لم يثبت أن هذا الشرط لم يكن جوهريا في نظر طرفي التصرف[3]. أى لم يكن هو الشرط الدافع إلى التعاقد.

وعلى العكس من الاتجاه السابق رفضت أحكام قليلة إبطال التصرف القانوني المتضمن شرط الذهب، بصرف النظر عما إذا كان هذا الشرط دافعا أم غير دافع، مستندة في ذلك إلى رغبتها في تأكيد وتقوية الجزاء، فأعلنت بطلان

(١) انظر في هذا الاتجاه نيم ٢ ديسمبر ١٩٢٩، جازيت باليه ١٩٣١ ـ ١ ـ ٥٧، جرنوبل ٣ نوفمبر ١٩٤٢، الأسبوع القانوني ١٩٤٣ رقم ٢١٥٥.

(٢) ليقى، الأسبوع القانوني ١٩٥٩، رقم ١٤٧٢-فارجا، النظام العام الاقتصادى، ١٩٦٣، ص ٣٩٣ ـ مالورى، النظام العام والعقد، ص ٢٤٧..

(٣) مازو، دروس في القانون المدني، ج ٢ ط ٢ ص ٧٨٦ رقم ٨٨٠ ـ نواريل..

Noirel:

L'influence de la depreciation monetaire dans la contrat de droit privé."influence de la depreciation monetaire sur la vie juridique prive". Etude publiées sous la direction de Paul Durand,Paris, 1961, P.138.

وقد قيد بعض الفقهاء الحل السابق الذى يقضي ببطلان التصرف المتضمن شرط الذهب نتيجة بطلان هذا الأخير، بالحالات التي ينعدم فيها شرط فاسخ صريح يقضي بفسخ العقد إذا لم يتم احترام شرط الذهب. (راجع في ذلك كابيتان، داللوز الأسبوعي ١٩٢٧ ص ١، داللوز الأسبوعي ١٩٢٨ ص ٢٥، بلانيول وريبير، ج ٧ رقم ١١٧١ ص ٥٧٣). غير أن هذا القيد لايمكن الأخذ به، ذلك أن الشرط الفاسخ في هذه الحالة يكون تابعا لشرط الذهب، ومن المسلم به أنه إذا ما بطل الأصل بطل الفرع تبعا له إعمالا لقاعدة التبعية. انظر قريبا من ذلك سمليه، المرجع السابق ص ٩٣ الذى يرى أن الشرط الفاسخ في هذه الحالة، لكونه يجازى عدم تنفيذ شرط الذهب، فهو يكون بمثابة شرط جزائي، فإذا كان تنفيذ شرط الذهب غير مشروع، فإن الشرط الجزائي، الذى يهدف هذا التنفيذ غير المشروع، يكون هو أيضا غير مشروع اعمالاللقواعد المنظمة لعدم مشروعية السبب وكذلك اعمالا للمادة ١/١٢٢٧ مدني فرنسي التي تقضي بأن بطلان الشرط الرئيسي يستوجب بطلان الشرط الجزائي، أى الشرط الفاسخ في مثلنا.

شرط الذهب وأبقت على التصرف الذى يتضمنه حتى ولو كان هذا الشرط هو الدافع إلى إبرام التصرف، حماية للنظام العام الاقتصادى الذى يستوجب إبطال الشرط وحده في هذه الحالة[1].

واستمر انقسام القضاء وتردده بين بطلان التصرف المتضمن لشرط الذهب وعدم بطلانه إلى أن اتجه ـ في معظمه ـ نحو التمييز بين ما إذا كان شرط الذهب **باعثا دافعا** إلى التعاقد في نظر المتعاقدين، أم أنه لم يكن كذلك، وقضى ببطلان كل التصرف في الحالة الأولى اعمالا لارادة ورغبة طرفي التصرف، أما في الحالة الثانية فقد اقتصر على بطلان الشرط فقط مطبقا بذلك فكرة **انقاص** التصرف القانوني[2].

وإلى هذا الحل الأخير الذى استقر عليه القضاء الفرنسي، ينضم الفقه[3] والقضاء[4] في مصر، وهو أيضا الذي أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصرى بصدد تعليقها على النص الذى كان يتضمنه المشروع التمهيدى ـ وكان تحت رقم ١٨٧ـ ولكنه حذف من لجنة المراجعة ـ حيث جاء بها «ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد[5]».

---

(١) انظر في هذا الاتجاه نيس ٨١ مايو ١٩٢٦، سيرى ١٩٢٦ ـ ٢ ـ ٨٧ ـ باريس ١٨ نوفمبر ١٩٢٦، **جازيت** باليه ١٩٢٧ ـ ١ ـ ٨٢.

(٢) انظر في الأحكام التي رفضت إبطال التصرف القانوني بأكمله، مكتفية بإبطال شرط الذهب، لأنه لم يكن دافعا إلى التعاقد: السين التجارية ٦ يناير ١٩٣٧، جازيت باليه ١٩٣٧ ـ ١ ـ ٤٦٥ اميان ٢٨ يوليو ١٩٦١، الأسبوع القانوني ١٩٦١ ـ ١٢٢٩٩، عرائض ٣٠ إبريل ١٩٣٤، سيرى ١٩٣٤ ـ ١ ـ ٢١٦. وانظر في الأحكام التي أبطلت كل التصرف استنادا إلى أن شرط الذهب كان دافعا إلى التعاقد في نظر المتعاقدين: ليل ٢١ يونية ١٩٥٢، داللوز ١٩٥٣ ـ ٤٥، أورليانس ٢٢ يوليو ١٩٥٣، داللوز ١٩٥٣ ـ ص ٦٥٥.

(٣) السنهورى، ج ١، ص ٤٢٥..

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة، ٣١ مارس ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣. وقد جاء به «أن بطلان شرط الذهب والشروط المماثلة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله...».

(٥) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى، ج ٢ ص ٢١٨ وبعدها.

شرط تملك العقار المرهون وشرط الطريق الممهد:

٣١ ـ شرط تملك الدائن للمال المرهون عند عدم استيفائه لحقة وقت حلول أجله، وكذلك شرط الطريق الممهد الذى يرخص للدائن بيع المال المرهون دون اتباع الإجراءات القانونية في حالة عدم السداد، كلاهما باطل ومحظور قانونا[١].

وقد كان القانون الفرنسي القديم، امتدادا لما كان عليه الوضع في القانون الروماني يرتب بطلان العقد إذا اقترن به أى من هذين الشرطين، أما مع القانون الفرنسي الحالي فقد أخذ الفقه بفكرة الانقاص، ورأى إبطال الشرط فقط والإبقاء على العقد صحيحا[٢]، مالم يكن الشرط ضروريا في نظر المتعاقدين فيستوجب عندئذ بطلان العقد مع الشرط إعمالا للمادة ١١٧٢ مدني فرنسي[٣]. وإلى هذا الحل ينضم الفقه المصرى[٤].

تعميم الحل السابق

٣٢ ـ بالإضافة إلى الشروط السابق تعرضنا لها والتي لا يؤدى بطلانها بالضرورة الى بطلان العقد الذى اقترن به، يمكننا الإشارة الى المزيد من الشروط الأخرى: من ذلك شرط عدم المنافسة الذى يدرج في بعض التصرفات القانونية، كعقد العمل وعقد بيع المحل التجارى، حيث لا يصح هذا الشرط إلا بقيود محددة، يترتب بطلانه على اغفالها، من ذلك أيضا شرط التحكيم[٥] في بعض العقود وشروط عدم المسئولية وعدم الضمان، مع هذه الشروط وغيرها لا يترتب على بطلانها بطلان العقد أو التصرف الذى يتضمنها

---

(١) راجع المادتين ١/١٠٥٢ مدني مصرى، ٩٩٢ مدني كويتي.

(٢) بودرى لاكنترى، ج ١، رقم ١٢٤، ١٩٢، جوسران ج ٢ رقم ١٥٤٠، بلانيول وريبير، ج ١٢ رقم ١١٩.

(٣) مازو، دروس في القانون المدني، ج ٣ رقم ٧٧، جوسران، ج ٢ رقم ١٥٤٠، مارتي ورينو، ص ٦٠ رقم ١٠١.

(٤) السنهورى، ج١٠، ص ٤٢٣، أحمد سلامة، الرهن الرسمي ١٩٦٣ ص ٢١٣، حسام الدين الاهواني، **التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي**، ج ١، ص ٣٦٩.

(٥) راجع فيما يتعلق بشرط التحكيم ومدى تأثير بطلانه على العقد المقترن به، وتأثير بطلان العقد ذاته على الشرط، جستان، القانون المدني الفرنسي، ج ٢ ،العقد،رقم٨٩٣ ص٧٦١ ـ ٧٦٣.

إلا إذا كانت شروطا جوهرية في نظر المتعاقدين، بحيث تكون دافعة الى التعاقد، فإذا لم تكن كذلك كان هناك مجال لاعمال فكرة الانقاص، أى إبطال الشرط فقط دون العقد.

كما تطبق فكرة الانقاص أيضا مع تلك الشروط الباطلة لمخالفتها للطبيعة الأمرة لبعض العقود، وكذلك بالنسبة للشروط الباطلة لما تتضمنه من نزول عن حقوق ومزايا متعلقة بالنظام العام، أو تقررها نصوص آمرة.

ونقصد بالشروط المخالفة للطبيعة الآمرة لبعض القيود، تلك الشروط التي تدرج في بعض العقود التي تقرر حماية ورعاية خاصة لأحد طرفيها مثل عقد إيجار المساكن، وعقد العمل، وعقد التأمين، وعقد الشركة، ومن أمثلة هذه الشروط الباطلة تلك التي تستهدف حرمان المستأجر من حقه في تجديد عقد الإجارة، أو منع مشترى المحل التجارى من التنازل عن إجارة المحل، كذلك الشروط التي تستهدف حرمان العامل من الحماية التي يقررها عقد العمل.

أما الشروط التي يقصد منها التنازل عن بعض الحقوق والمزايا فمتعددة، بعضها يكون باطلا لتعلق الحق المتنازل عنه بالنظام العام، وبعضها لمخالفته للمبادىء القانونية العامة، من ذلك التنازل عن حق التمسك بالبطلان في بعض العقود أو التنازل عن الحق في المطالبة بحل الشركة، أو تنازل المستأجر عن حقه في امتداد عقد الإيجار، أو تنازل العامل عن المزايا التي يكفلها له القانون[1]. من ذلك أيضا ما أشارت إليه المادة ٨٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها«باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه في الزواج أو حقوقه المدنية. . . . . [2].

(١) راجع في تفصيل ذلك، سمليه، المرجع السابق، رقم ٩٥ وبعده، رقم ١٠٤ وبعده.

(٢) انظر في نفس المعنى أيضا المادة ١٠٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي نصت في فقرتها الأولى على أن «كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابته لكل انسان، كحق الانسان في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، يكون باطلا ويؤدى إلى بطلان الالتزام الذى يعلق عليه». ويلاحظ بهذا الصدد أن المادة العاشرة من نفس القانون قد نصت على بطلان الشرط الذى ينافي طبيعة التصرف القانوني الذى أضيف إليه، ورتبت على ذلك بطلان نفس الالتزام الذى «يعلق» عليه إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة أجازت =

ففي هذه الحالات نطبق الحل السابق الذى توصلنا إليه وهو انقاص العقد أو التصرف القانوني بابطال الشرط فقط أما العقد نفسه فيظل صحيحا كقاعدة عامة، مالم يكن الشرط دافعاً إلى التعاقد فيبطل العقد معه. وإن كان يلاحظ هنا أن النظام العام الذى يبطل في الكثير من الحالات شرطا ما، قد يؤدى إلى عدم بطلان العقد، حتى ولو كان الشرط الباطل دافعا إلى التعاقد، وهذا ما يحدث مع عقد الإيجار وعقد العمل، حتى لا تهدر الحماية القانونية التي يقررها المشرع.

٣٣ ـ نشير أخيرا الى أن الإتجاه الغالب في الفقه الألماني يأخذ بنفس الحل الذى انتهينا إليه وهو أن الشرط الباطل لا يؤدى إلى بطلان التصرف المقترن به إلا إذا كان شرطا دافعا إلى التعاقد. ويقرر هذا الفقه أنه إذا ادرج المتعاقدان في تصرفهما شرطا باطلا، فإن التصرف لا يبطل من حيث الأصل استنادا إلى أن الشق الصحيح في التصرف، أى التصرف ذاته، تكون له قيمة قانونية ذاتية، ومن ثم فلا يبطل التصرف في هذه الحالة إذ بالفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف، كما أنهما يعلمان منذ البداية أن الشرط الباطل لا يكون له تأثير على التصرف من حيث الأصل[1].

المبحث الثاني
انقاص شروط التعليق

٣٤ ـ المقصود بشرط التعليق، الشرط بمعناه الفني الدقيق، أى الشرط باعتباره وصفا للرضاء والالتزام، وهو الذى يلحق عنصرا من عناصر الالتزام أو عناصر الإرادة التي تولد هذا الإلتزام، وذلك يفترض تحقق الإلتزام ووجوده أصلا، فإذا كان المقصود تصرفا قانونيا، فإن شرط التعليق يفترض وجود وتحقق هذا التصرف بكافة عناصره الجوهرية، فيأتي شرط التعليق لوصف

= تصحيح هذا الالتزام«إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط، الطرف الذى وضع لصالحه» فأجازت بذلك انقاص مثل هذه الشروط، التي وإن كانت قد وردت بصدد شروط التعليق، إلا أن حكمها عام على كل الشروط. راجع في ذلك مأمون الكزبرى، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج ٢، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه ط، ١٩٧٠، ص ٢٨ ـ ٣٠.

(١) انظر في ذلك تاندوجان، المرجع السابق، ص ٧١، سمليه، ص ٤٢٤.

عنصر من هذه العناصر، سواء تعلق الوصف بالتصرف ذاته، أو تعلق بطرفي التصرف، أم تعلق أخيرا بمحلة.

فيصبح التصرف موصوفا في أى من عناصره السابقة، بعد أن كان بسيطا.

ويتضح من التنظيم التشريعي، سواء المصرى[1] أو الكويتي[2]، أن شرط التعليق قد يكون واقفا وقد يكون فاسخا، وطالما كان شرط التعليق صحيحاً فإنه يعمل أثره في التصرف الذى يعلق عليه.

أما إذا كان باطلا فلا يترتب عليه دائما وبالضرورة بطلان التصرف المعلق عليه، ففي بعض الحالات يترتب على بطلان شرط التعليق بطلان التصرف المعلق عليه، وفي حالات أخرى يبطل الشرط فقط ويبقى التصرف صحيحا، أى ينقص الشرط من التصرف ويتوقف ذلك على نوع الشرط الباطل وما إذا كان واقفا أم فاسخا من ناحية، وعلى سبب بطلان الشرط من ناحية أخرى.

وشرط التعليق يكون باطلا إذا كان مستحيلا أو كان مخالفا للنظام العام وحسن الآداب، وبصفة عامة إذا كان غير مشروع، كما يبطل أيضا[3]، **إذا كان** شرطا إراديا محضا في حالات محددة، فيها يكون شرطا واقفا منوطا بإرادة المدين[4]. أما الشروط غير الارادية، أى القدرية التي تخضع للصدفة والقدر فلا يتصور بالنسبة لها البطلان بسبب عدم المشروعية، لأنها لا يمكن أن تكون غير مشروعة، سواء تمثلت في فعل الطبيعة أو في فعل الغير[5].

(١) راجع المواد ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧ مدني مصرى.

(٢) راجع المواد ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥ مدني كويتي.

(٣) والادق القول بعدم قيام الالتزام، كما جاء بالمادة ٢٦٧ مدني مصري.

(٤) ولم يكن مترتبا على عقد ملزم للجانبين. راجع في ذلك السنهوري جـ ٣، ص ٢٠، هامش (١) ص ٢١، ويكون الشرط الارادى المحض صحيحا إذا تعلق بارادة الدائن سواء كان شرطا فاسخا أو كان شرطا واقفا، أو تعلق بارادة المدين وكان شرطا فاسخا، أو شرطا واقفا مترتبا على عقد ملزم للجانبين.

(٥) ففعل الطبيعة، أي الوقائع الطبيعية، ولكونها ترجع إلى الطبيعة ذاتها ولا تدخل للانسان فيها، فلا يتصور معها عدم المشروعية. أما بالنسبة لفعل الغير، باعتباره واقعة قدرية بالنسبة لطرفي التصرف فلا يكون هو أيضا غير مشروع بصفته هذه، حقيقة أن فعل الغير في ذاته قد =

٣٥ ـ ولنا أن نتساءل الآن عن أثر شرط التعليق الباطل، لسبب من الأسباب المتقدم ذكرها، على التصرف الذى يعلق عليه. والإجابة على ذلك التساؤل تتوقف كما سبق أشرنا على نوع الشرط من ناحية وسبب بطلانه من ناحية أخرى، وذلك على الوجه الأتي:

الشرط الواقف:

٣٦ ـ اعمالا للمادتين ١/٢٦٦ مدني مصرى، ١/٣٢٤ مدني كويتي إذا كان الشرط الواقف مستحيلا أو مخالفا للنظام العام والاداب كان شرطا باطلا ويحول بطلانه دون قيام الإلتزام. ومفاد ذلك أن التصرف الذى يعلق فيه أحد طرفيه أوكلاهما التزامه على شرط واقف مستحيل أو مخالف للنظام العام وآلاداب، فإن الشرط يكون باطلا لاستحالته أو لعدم مشروعيته ويمتد ذلك البطلان الى التصرف نفسه، ومن ثم فلا يكون ثمة مجال لانقاصه. أيضا إذا كان الشرط الواقف باطلا لكونه شرطا إراديا محضا منوطا بإرادة المدين فإن التصرف لن يقوم، نظرا لتوقف التصرف على محض الارادة والمشيئة، ومن ثم فلا يثار الانقاص في هذه الحالة أيضا[1].

= يكون فعلا غير مشروع أو مخالفا للنظام العام، ولكنه لا يكون كذلك باعتبار شرطا ذلك أن فعل الغير لا يكون غير مشروع إلا إذا اتسم بالعمد والقصد الأمر الذي لا يتحقق إلا بالنسبة لمصدره أي للغير نفسه الذي صدر عنه الفعل، أما بالنسبة لطرفي التصرف فأن ارادة كل منهما تبعد كلية وتستقل عن فعل الغير. وهكذا لا يمكن عد فعل الغير، باعتباره شرط تعليق شرطا غير مشروع حتى ولو كان الفعل في ذاته غير مشروع. ففي عقد التأمين على الحياة المعلق على شرط واقف هو وفاة المؤمن له بفعل جنائي، لا يكون غير مشروع استنادا إلى أن الشرط أو الفعل المعلق عليه فعل غير مشروع.

(١) أما إذا كان الشرط الواقف منوطا بمحض إرادة الدائن فلا نكون في الواقع أمام شرط بالمعنى الدقيق، والذى يتعين أن يكون أمرا عرضيا غير محقق الوقوع، وهذا لا يتحقق مع محض الارادة والمشيئة، من ناحية أخرى فإن الشرط الواقف باعتباره أمرا عرضيا لا يمكن أن يتمثل في نفس الارادة ولا في عنصر من عناصرها.

أما **بالنسبة** للشرط الارادى الفاسخ فهو صحيح سواء كان متوقفا على محض إرادة الدائن، أو كان متوقفا على محض إرادة المدين، إذ لا يخرج في الحالة الأولى عن كونه مجرد تحفظ، وفي الحالة الثانية يتمثل في خيار الرجوع. راجع في المزيد من التفصيل مقالنا«الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في =

ويرجع الفقه علة بطلان التصرف المعلق على شرط واقف مستحيل أو مخالف للنظام العام، إلى انتفاء حقيقة التعليق في هذه الحالة، استنادا إلى أن الشرط سواء كان مستحيلا أو مخالفا للنظام العام وآلاداب، لن يتحقق كما يمكن اللجوء في حالة الشرط الواقف غير المشروع إلى فكرة السبب، حيث يمكن تبرير بطلان التصرف عندئذ استنادا إلى عدم مشروعية الباعث الدافع إليه، وهو الشرط الواقف، فطالما كان هذا الشرط غير مشروع لمخالفته للنظام العام وآلاداب، كان الباعث الى التصرف غير مشروع، الأمر الذى يؤدى إلى بطلانه[1] .

ولكننا نفضل التمييز هنا بين الشرط الواقف المستحيل، والشرط الواقف غير المشروع، وكذلك التمييز بين الشرط الواقف الدافع إلى التعاقد، والشرط غير الدافع مستحيلا كان أو غير مشروع فإذا كان الشرط الواقف هو الدافع للتعاقد، فإن الحكم السابق الذى فرضته المادتان ١/٢٦٦ مدني مصرى، ١/٣٢٤ مدني كويتي، يكون صحيحا، فقط مع تفضيلنا القول بعدم قيام التصرف مع الشرط الواقف المستحيل الدافع للتعاقد، والقول ببطلان

= القانون الوضعي مجلة المحامي الكويتية، يوليو/ سبتمبر ١٩٨٥، ص ١١ بصفة خاصة فقرة رقم ١٠٢ ص ١١.

(١) انظر في هذا المعنى، اسماعيل غانم، أحكام الالتزام والاثبات، ص ٢٦٤، أنور سلطان، أحكام الالتزام ص ٢١٢، منصور مصطفى منصور، آثار الالتزام والاوصاف، ص ٩٠ البدراوي، أحكام الالتزام، ص ٢٦٣، الذى يرى أن الشرط الواقف غير المشروع يختلط بالباعث. وينكر بعض الفقهاء إمكان تصور أن يكون شرط التعليق، أى بمعنى الوصف مشروعا أو غير مشروع مادام غير قائم على أى قصد يشكل محتوى التصرف ولا يستدعى عملا من شخص آخر، ويكون الشرط ـ لديه ـ مشروعا أوغير مشروع فقط إذا كان شرطا بمعنى العبء حيث يكون عندئذ شأنه شأن المحتوى نفسه. راجع في هذا المعنى، جميل الشرقاوى، رسالته، ص ٣٠٩. لذلك فإن هذا الاتجاه يفضل القول بعدم قيام التصرف مع الشرط الواقف غير المشروع وليس بطلانه. ويبرر الفقه الإسلامي عدم قيام العقد مع الشرط الواقف المستحيل أو غير المشروع بأن الغرض من التعليق في هذه الحالة يتمثل في مجرد إيذان المخاطب باستحالة انشائه. راجع الامام صدر الشريعة، التلويح على التوضيح ج ١ ص ١٤٨.

التصرف المعلق على شرط واقف غير مشروع[1] طالما كان هذا الشرط دافعا إلى التعاقد.

أما إذا لم يكن الشرط الواقف دافعا إلى التعاقد، فلانتفق مع الحل الذى فرضه المشرع، وذلك على الوجه الذى سنوضحه بعد عرضنا لحكم الشرط الفاسخ.

الشرط الفاسخ :-

٣٧ - إذا كان شرط التعليق الفاسخ باطلا لاستحالته، ماديا أو قانونيا، فلن يؤثر هذا البطلان على التصرف المعلق عليه، إذ بالفرض أن هذا التصرف قائم ونافذ بالفعل، وفسخه وزواله هو المعلق ولما كان شرط التعليق لن يتحقق، بسبب استحالته، فيكون هذا الإلتزام في حقيقته باتا منجزا وغير معلق. لذلك فالشرط الفاسخ هو الذى يبطل ويسقط، وبالادق يعد غير موجود، أما التصرف نفسه فيبقى ويستمر صحيحاً نافذاً.

أما إذا كان شرط التعليق الفاسخ باطلا لعدم مشروعيته، أى لمخالفته للنظام العام وآلاداب، فقد ميزت المادتان ٢/٢٦٦ مدني مصرى، ٢/٣٢٤ مدني كويتي بين فرضين: الفرض الأول يكون فيه الشرط الفاسخ غير المشروع دافعا إلى التصرف وعندئذ لا يقتصر البطلان على الشرط بل يمتد إلى كل **التصرف كله.**

والفرض الثاني يكون فيه الشرط الفاسخ غير المشروع غير دافع إلى التصرف، ومن ثم فلا يترتب على بطلانه بطلان التصرف بل يبقى صحيحا نافذا، ويبطل الشرط فقط.

٣٨ - وقد استهدفت التفرقة السابقة بين الشرط الفاسخ الدافع والشرط الفاسخ غير الدافع للنقد من جانب بعض الفقه، الذى يرى أن الشرط الفاسخ لايتصور أن يكون غير دافع للتصرف، على أساس أن تعليق الإلتزام على شرط فاسخ لا بد وأن يجعل منه شرطا دافعا إلى التعاقد والتصرف. لذلك

---

(١) راجع مع ذلك جميل الشرقاوى، الهامش السابق.

يرى هذا الفقه أن الشرط الفاسخ غير المشروع يؤدى إلى بطلان التصرف المعلق عليه في جميع الحالات[1].

٣٩ ـ ماسبق كان الحل الذى قرره المشرع، في مصر وفي الكويت، بالنسبة لأثر شرط التعليق الباطل على التصرف أو الإلتزام المعلق عليه، سواء كان الشرط واقفاأو فاسخا. والذى نوجزه في بطلان التصرف مع الشرط الواقف في جميع الحالات، أى دون بحث أو إثارة ما إذا كان سبب البطلان الإستحالة أم عدم المشروعية، ودون تمييز كذلك بين ما إذا كان الشرط الباطل دافعا أم غير دافع .هو بقاءالتصرف صحيحا رغم بطلان الشرط الفاسخ، مالم يكن هذا الشرط دافعا ألى التعاقدأوكان بطلانه راجعا إلى عدم مشروعيته فيبطل التصرف مع الشرط.

فإذا قارنا هذا التنظيم الخاص بأثر بطلان شرط التعليق بالتنظيم العام للانقاص الذى تقرره المادتان ١٤٣ مدني مصرى، ١٩٠ مدني كويتي، والذى يعد القاعدة العامة في أثر الشرط الباطل على العقود والتصرفات التي يلحق بها، لوجدنا اختلافا في الحلين. إذ أن تطبيق القاعدة العامة المشار إليها على شروط التعليق، يوجب دائما وفي جميع الحالات ، أى سواء أكان الشرط واقفا أم فاسخا، وأيا كان سبب البطلان، التمييزبين ما إذا كان شرط التعليق دافعا إلى التعاقد أم غير دافع، في الحالة الأولى يؤدى بطلان الشرط إلى بطلان التصرف، وفي الحالة الثانية يبطل الشرط فقط ويبقى التصرف صحيحا.

---

(١) انظر أنور سلطان، المرجع السابق ص ٢١٢، منصور مصطفى منصور. آثار الالتزام والاوصاف المعدلة لإثار الالتزام خلاصة دروس غير مطبوعة لكلية الحقوق ـ جامعة الكويت ١٩٨٠ ـ ١٩٨١ ص ١٩١ . بينما لا يتصور الدكتور اسماعيل غانم أن يكون الشرط الفاسخ، وهو الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام، هو السبب الدافع لايجاده. لذلك فهو وأن كان يرى أن عدم مشروعية الشرط الفاسخ يترتب عليها في كافة الأحوال بطلان التصرف، إلا أنه لايبرر ذلك بأن الشرط الفاسخ يختلط بالباعث الدافع الذى لا يتصوره عقلا، وإنما يكمن التبرير لديه في «أن اشتراط شرط فاسخ غير مشروع دليل قاطع على أن الباعث الدافع غير مشروع». المرجع السابق، ص ٢٦٤، ٢٦٥.

والواقع لا نرى فارقا بين كل من التبريرين السابقين فكلاهما يؤسس بطلان التصرف استنادا إلى بطلان الشرط الفاسخ غير المشروع، الذى لكونه كذلك أى غير مشروع ـ يكشف عن عدم مشروعية السبب الدافع ـ الباعث ـ الى التصرف لعدم مشروعية الباعث إليه.

ولما كان التنظيم التشريعي لشروط التعليق يعد تنظيما خاصا لأثر بطلان الشرط على التصرف بالنسبة للتنظيم العام الذى تقرره المادتان ١٤٣ مدني مصرى، ١٩٠ مدني كويتي، فإن التنظيم الأول يكون هو الواجب التطبيق مع شروط **التعليق**.

والواقع أننا لا نجد مبررا لافراد تنظيم خاص للأثر المترتب على بطلان شروط التعليق، اكتفاء بالقواعد العامة في الانقاص المقررة في صدد الشروط وغيرها من إجزاء التصرف، والسابق الإشارة إليها. بصفة خاصة إذا ما خالف هذا التنظيم الخاص ما تقرره القواعد العامة دون حكمة ظاهرة.

فالحل السابق الذى أفرده المشرع لشروط التعليق يقوم عل التمييز بين ثلاث حالات لشروط التعليق الباطلة: الشرط الواقف، ويؤدى دائما إلى بطلان أو عدم قيام التصرف المعلق عليه، والشرط الفاسخ المستحيل، ولا تأثير له على التصرف، والشرط الفاسخ غير المشروع، ومعه ميز المشرع وفقا لما إذا كان دافعا إلى التعاقد فيبطل التصرف معه، أم كان غير دافع فيقتصر البطلان عليه وحده.

٤٠ ـ وأول مايلفت النظر في هذا الحل تلك التفرقة التي أقامها المشرع دون حكمة ظاهرة، فالشروط جميعها شروط تعليق من طبيعة واحدة الأمر الذى يستوجب خضوعها **للحكم نفسه**، خاصة إذا كان هذا الحكم يتفق مع القاعدة العامة في انقاص التصرفات القانونية، تلك القاعدة التي تنطبق على جميع حالات البطلان الجزئي دون تمييز بين حالة وأخرى، نعم توجد فروق بين شرط وآخر، كاختلاف الشرط الفاسخ عن الشرط الواقف واختلاف الشرط غير المشروع عن الشرط المستحيل، غير أن هذه الاختلافات ترجع إلى طبيعة الشرط ذاته والعمل الذى يؤديه، ولا يحول ذلك دون اتفاق هذه الشروط جميعها في الهدف العام الذى تسعى إليه، وهو تعليق التصرف القانوني، في قيامه ووجوده، أو في أثره وحكمه[1].

(١) استنادا إلى هذه الحقيقة: فقد وجد اتجاه فقهي ينكر التمييز والتفرقة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ، فالأستاذ الدكتور السنهورى يرى أن شرط التعليق هو دائما شرط واقف، لأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ ماهو إلا التزام زواله معلق على شرط واقف. راجع في ذلك الوسيط ج ٣ فقرة ج رقم ٢٠. وراجع في نفس المعنى، عبد الحي حجازى، ضمان الهلاك في =

والواقع أن الحل الذى قرره المشرع بالنسبة للشرط الواقف يقوم أساسا على افتراض أن هذا الشرط الباطل يكون دائما شرطا دافعا باعثا إلى التعاقد والتصرف بمعنى أن نية الطرفين تتجه دائما معه إلى تعليق التصرف والارتباط على تحقق هذا الشرط، ففي هذه الحالة يكون الشرط جوهريا ومن ثم لايقوم التصرف دونه [1].

أما إذا تبين من فحص إرادة طرفي التصرف، أو أحدهما، وهو الذى علق تصرفه على تحقق الشرط، أنهما كانا سيتعاقدان، وسيستمران في إبرام التصرف لو كانا يعلمان أن الشرط لن يتحقق، بمعنى آخر لو ثبت أن شرط التعليق لم يكن جوهريا دافعا إلى التعاقد، فلا نرى في هذه الحالة ما يحول دون قيام التصرف وقصر البطلان على الشرط الباطل الذى ينتقص عندئذ من التصرف.

لذلك فالحكم الذى فرضه المشرع بالنسبة للشرط الواقف الباطل، لايستقيم إلا إذا كان شرطا دافعا الى التعاقد أو التصرف، فإذا لم يكن كذلك فيجب في هذه الحالة إعمال فكرة الانقاص، التي تنظمها المادتان ١٤٣ مدني مصرى، ١٩٠ مدني كويتي، والتي تنقص من التصرف القانوني شقه الباطل وتسقطه طالما كان للشق المتبقي وجود ذاتي مستقل، بل إن اعمال الانقاص مع الشرط الواقف يكون أكثر قبولا باعتبار أن شرط التعليق يكون أمرا عارضا يضاف إلى تصرف قانوني اكتملت عناصره وأركان وجوده، ومن ثم فلا يترتب

= القانون المدني المصرى، مجلة القانون والاقتصاد س ١٥ ص ٥١٥.

كما سبق **ان أشرنا** إلى أن فقه الشريعة الإسلامية لا يعرف الوجود الذاتي المستقل للشرط الفاسخ، وإنما يتعرض له باعتباره مجرد تطبيق للشروط المقترنه بالعقد.

(١) وقد يقال أن المشرع لم يتجه إلى فكرة الشرط الدافع في تقريره لاثر الشرط الواقف وإنما، اتجه إلى أفكار أخرى كعدم مشروعية الباعث مع الشرط الواقف غير المشروع، وعدم جدية التصرف مع الشرط الواقف المستحيل ولكن، حتى مع هذه الأسباب لا بد وأن يكون المشرع قد جعل من الشرط الواقف شرطا دافعا في جميع الأحوال حتى يمكن ترتيب الأثر الذى فرضه وهو بطلان العقد أو التصرف المعلق عليه. فعدم المشروعية، إذا تحققت في الشرط، لن يترتب عليها بطلان التصرف إلا إذا كانت دافعة إلى التعاقد، وكذلك استحالة الشرط لن يترتب عليها بطلان التصرف إلا إذا كان الشرط جوهريا لا بد من تحقيقه لقيام التصرف، وهنا أيضا نصل إلى فكرة الشرط الدافع.

على إسقاطه تأثير على التصرف ذاته، مالم يكن شرطا دافعا وفي هذه الحالة سترفض فكرة الانقاص لتخلف شرطها الجوهرى[1].

لذلك فإن تأييدنا للحل التشريعي الخاص بالشرط الواقف يقف عند حد ثبوت جوهرية هذا الشرط وكونه دافعا أو على الأقل افتراض أنه كان دافعا إلى التصرف، على أن يكون ذلك الافتراض بسيطا يقبل اثبات العكس، بحيث إذا ثبت أن الشرط لم يكن دافعا إلى التعاقد تعين عندئذ قصر البطلان على الشرط دون التصرف. حقيقة أن شرط التعليق ـ بصفة خاصة الشرط **الواقف** ـ غالبا مايكون دافعا إلى التصرف، إلا أنه من الأفضل الرجوع إلى المعيار الحقيقي الذى يكمن في قصد ونية المتصرف طالما كان ذلك ميسورا، وترك المعيار الإفتراضي، خاصة وأنه قد يحدث عملا أن يعبر عن شرط ما بأنه شرط تعليق بينما لا يكون حقيقة كذلك، وعندئذ يكون الرجوع إلى إرادة المتصرف أكثر دقة وتعبيرا عن واقع الحال.

والواقع أن المتتبع للتاريخ التشريعي لشرط التعليق يؤكد ما انتهينا إليه من عدم حاجة المشرع لتنظيم أثر هذا الشرط، فالمشرع المصرى استقى هذا التنظيم من المادة ١١١ من المشروع الفرنسي ـ الإيطالي للإلتزامات[2]، وهذا النص بدوره عبارة عن تقنين ـ مع بعض التعديلات ـ لما استقر عليه القضاء الفرنسي في تفسيره وتطبيقه للمادتين ٩٠٠، ١١٧٢ مدني فرنسي الخاصتين بأثر بطلان الشروط الملحقة بعقود المعاوضة وعقود التبرع حيث انتهى إلى أن الشرط الباطل، لاستحالته إو لمخالفته للنظام العام وآلاداب يبطل هو فقط ولا يؤثر على العقد الذى يلحق به فيبقى صحيحا، مالم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فعندئذ يسقط الشرط والعقد معا. أما المشروع الفرنسي ـ **الايطالي** فقد قصر النص على الشرط الفاسخ دون الشرط الشرط الواقف، كما قصر

(١) ولا يجدى في الواقع إعمال التحليل السابق مع الشرط الفاسخ المستحيل ذلك أننا لانكون مع هذا الشرط أمام حالة تعليق، فمن قوام التعليق أن يكون الأمر المعلق عليه التصرف ممكنا، فإن لم يكن كذلك، **بان كان** مستحيلا، فلا تعليق، ويكون التصرف منجزا. هذا بالإضافة إلى أن عدم تحقق الأمر المعلق عليه زوال التصرف هو ما يبغيه المتصرف، وهو الحاصل بالفعل، لهذا يعد مثل هذا الشرط لغوا ولا ينظر إليه.

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٣ ص ٩.

الاستثناء المتعلق بالسبب الدافع على الشرط الفاسخ الباطل لمخالفته للنظام العام أو آلاداب دون الشرط المستحيل[1]. وهذامافعله المشرع المصرىومن نحا نحوه من البلاد العربية ومنها المشرع الكويتي، وذلك على الرغم من أن القضاء الفرنسي كان مستقرا على المبدأ العام الذى خلص إليه في تفسيره للمادتين ٩٠٠، ١١٧٢ مدني وقت وضع القانون المدني المصرى، ومازال على المبدأ حتى آلان[2]، وهو المبدأ المطابق للحل الذى قررته المادة ١٣٩ مدني ألماني، على الرغم من أن المشرع المصرى كان قد قننه بالفعل في المادة ١٤٣ مدني مصرى المتعلقة بالقاعدة العامة في الانقاص. لذلك كان الاوفق من المشرع المصرى، في نظرنا، الاكتفاء بنص المادة ١٤٣ مدني في بيان أثر بطلان الشروط الملحقة بالعقود والتصرفات القانونية، خاصة وأنه نص عام التطبيق يشمل كل شق في التصرف، والشرط أيا كان، شرط تعليق أم شرط تقييد، يعد شقا من التصرف ويخضع بالتالي لمجال المادة ١٤٣ مدني.
وهذا الحل هو المعمول به في ألمانيا وفرنسا[3] وغيرهما.

٤١ ـ لكل ما سبق فنحن لا نتفق مع ما تخيله المشرع المصرى من أن الشرط الواقف يكون دائما شرطا دافعا إلى التصرف والتعاقد، وإذا كان ذلك يتحقق في بعض الحالات، فإنه لا يتحقق في حالات أخرى، الأمر الذى يدفعنا إلى رفض قبول حل واحد يفرض مقدما ويطبق في جميع الحالات بصرف النظر عن الواقع والحقيقة، وبطريقة لا تقبل المناقشة والبحث. حقيقة أن الغالب أن يكون الشرط الواقف دافعا إلى التعاقد، غير أنه لا ضير مع ذلك أن

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه، ج ٢ فقرة رقم ١٣٥٦، كولان وكابيتان ج ٢، فقرة ٦٥١ السنهورى، ج ٣ ص ٣٢.

(٢) بلانيول وريبير، ج ٧ فقرة رقم ١٠٢٦ ويعدها ـ مازو، دروس في القانون المدني الفرنسي، ج ٢، سابق الاشارة اليه.

(٣) في فرنسا، وعلى الرغم من أن المادة ١١٧٢ مدني فرنسي لا تواجه أصلا الا الشرط بمعناه الفني، أى شرط التعليق، إلا أن القضاء والفقه متفق على تطبيق المادة على كافة شروط التعاقد والتصرف، أى سواء أكانت شروط تقييد أم شروط تعليق، وسواء أكانت هذه الأخيرة شروط واقفة أم شروط فاسخة.
راجع في ذلك جستان، المرجع السابق رقم ٨٨٧ ص ٧٥٣.

نرجع الى المعيار المرن الواقعي الذى قررته المادة ١٤٣، وهو البحث في نية طرفي التصرف أو أحدهماعما إذا كان الشرط دافعا أم غير دافع بدلا من وضع قاعدة تحكمية قد تكون في بعض الحالات جائرة خاصة وأننا مع المبدأ المرن سنصل إلى نفس النتيجة التي يتغياها المشرع طالما كان الشرط الواقف كما تخيله أو افترضه، أى دافعا للتعاقد والتصرف، وفي نفس الوقت يكون للمعيار المرن الفضل في استبعاد الحلول غير الصحيحة التي يفرضها الحل العام الذى قرره المشرع، عندما لا يكون الشرط دافعا.

فالبطلان الجزئي للتصرف المعيب جزئيا، لكونه يتقرر أساسا بالاستناد إلى رغبة وإرادة المتصرف فيتعين أن تكون هذه الإرادة هي معيار ومناط مدى بطلان التصرف، وما إذا كان يبطل كليا أم جزئيا فقط. وفي رأينا أنه ليس هناك ما يمنع الاعتداد بإرادة المتصرف، ليس فقط وقت ابرام التصرف، بل وبعد ذلك، أى عند بحث مدى البطلان. فالمقصود بإرادة المتصرف هنا الإرادة التي يمكن أن تتحقق لديه لو أنه علم بتعيب تصرفه جزئيا وما يترتب عليه من اسقاط شق منه، حيث ينحصر التساؤل عندئذ فيما إذا كان المتصرف سيستمر رغم ذلك في تصرفه أم أنه سيفضل بطلان التصرف بأكمله. لذلك فحتى لو كان الشرط الواقف هو دائما شرطا دافعا، فإن ذلك ما يمكن تقريره وقت التصرف فقط، أما بعد ذلك فليس هناك ما يحول دون تغيير إرادة المتصرف تجاه هذا الشرط عند اكتشافه بطلانه واضطراره إلى الاختيار بين البطلان التام والبطلان الجزئي، فالمقصود بإرادة المتصرف هنا ليست إرادته الأصلية التي سبق التعبير عنها بجعله الشرط جوهريا يتوقف عليه التصرف، وإنما المقصود إرادته المفترضة، أى التي يفترض أن تتوافر لديه لو علم بمصير التصرف.

ففي مجال التعاقد والتصرفات القانونية الإرادية، الأصل أن يترك أمر هذه التصرفات للمتعاقدين أنفسهم، باستثناء بعض الحالات الخاصة المتعلقة بالنظام العام والطبيعة الآمرة لبعض العقود والتصرفات والتي تستوجب حماية خاصة.

ولأن شروط التعليق لا تعمل إلا مع تصرفات قانونية تم إبرامها

وتكوينها بالفعل، أى تكون الإرادة قد انصرفت إلى التعاقد فلا يجب على الرغم من ذلك فرض بطلان التصرف عليهم، بل الأوفق أن يظل التصرف قائما، إعمالا لرغبتهم وإرادتهم، مالم يتبين عكس ذلك، أى مالم تتجه إرادتهم إلى هدم وإبطال التصرف برمته. من هنا نرى أن الأصل أن يبقى العقد أوالتصرف ولا يبطل إلا إذا كان ذلك مايريده أطراف التصرف بالفعل، بأن يكون الشرط الباطل هو الدافع إلى التعاقد[1].

٤٢ ـ أخيرا، لا يفوتنا أن نشير ـ هنا ـ ألى أن المجال الرئيسي الذى تطبق عليه المادة ١٣٩ مدني ألماني، التي اقتبست منها المادة ١٤٣ مدني مصرى، هو الشرط بمعناه الفني الدقيق، أى شرط التعليق، أما شرط التقييد فلكونه عبئاً أوالتزاما فإن عدم مشروعيته تجعل الباعث الى التصرف غير مشرع بدوره، ومن ثم يبطل التصرف برمته إعمالا للمادة ١٣٨ مدني ألماني، ولا تطبق المادة ١٣٩. لذلك يقرر الفقه الألماني أن المقصود بالشرط في مجال المادة ١٣٩ مدني ألماني، ليس السبب ولا الباعث، وليس كذلك العبء، أى شرط التقييد، وإنما يقصد به فقط الشرط بمعناه الدقيق واقفا كان أم فاسخا[2].

٤٣ ـ ولعل الإنقسام الشديد الذى ثار حول طبيعة شروط التعليق مما يؤيد ترك تقرير أثر بطلانها على العقد وفقا لمعيار عام مرن واقعي وليس وفق قاعدة واحدة تطبق في جميع الحالات. فبيننا رأى بعض الفقهاء أن شروط التعليق، ولصفتها هذه لا يتصور إلا أن تكون شروطا جوهرية دافعة إلى التعاقد[3]، وإلا لما علق عليها المتعاقد تصرفه، فقد رأى اتجاه آخر على النقيض

(١) وهذا ما يأخذ به **بالفعل** العديد من الأنظمة القانونية، انظر على سبيل المثال المادة ٨٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تقرر أن «الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأن لم يكن إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأنا جازما ولم يكن له شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب». ففي هذه الحالة يبطل الشرط فقط، على الرغم من أن القاعدة العامة التي فرضها صدر المادة المذكورة يجعل الأصل بطلان العقد المعلق على شرط مستحيل أو غير مشروع.

(٢) راجع سالي . المرجع السابق في تعليقه على المادة ١٣٩ الفقرات من ١٥ ـ ٢١ ص ٣٠٩ وبعدها.

(٣) انظر بالنسبة للشرط الواقف، الدكتور البدراوى الذى يقرر أن الشرط الواقف وقد علق عليه وجود الالتزام ـ يختلط بالباعث الدافع. وانظر في نفس المعنى أنور سلطان المرجع السابق ص ٢١٢ الذى يقرر أن الشرط الواقف، وقد علق عليه وجود الالتزام يقوم مقام الباعث الدافع =

من ذلك، أن شروط التعليق لكونها لا تعمل ولا قوام لها إلا بعد وجود التصرف القانوني مكتمل العناصر، لا يمكن أن تكون دافعة أو غير دافعة إلى التعاقد، لأن ما يعد كذلك لا بد وأن يكون عنصراً جوهريا في التصرف، وهذه الشروط هي دائما وبالفرض شروط عرضية لاتدخل في مضمون التصرف وغاية المتعاقدين، لذلك فقد أنكر هذا الاتجاه أيضا أن تكون المشروعية من سمات شرط التعليق، فشروط التعليق لدى هذا الاتجاه ليست سوى وسيلة فنية لتعليق تصرف قانوني قائم ومكتمل العناصر، وبالتالي لا يكون الشرط لازما لوجود التصرف الذى يوجد ويقوم دونه[1].

وإلى جانب هذين الاتجاهين قام اتجاه ثالث بالتمييز بين شروط التعليق فبعضها، وهي الشروط الواقفة لا بد وأن تكون شروطا جوهرية ودافعة إلى التعاقد وإلا لما علق عليها التصرف. أما البعض الآخر وهو الشروط الفاسخة فهي وإن كانت شروطا جوهرية وليست ثانوية إلا أنها لا يتصور أن تكون دافعة للتعاقد، أى لا يتصور أن تكون هي الدافعة لايجاد التصرف رغم أنه يترتب على تحققها زوال التصرف أو الالتزام[2].

٤٤ ـ ويبدو لنا أن الاراء السابقة تخلط بين فكرتين متميزتين هما الباعث الدافع، أى السبب، باعتباره ركنا جوهريا في التصرف القانوني، والشرط الدافع إلى التعاقد، باعتباره شرطا أو شقا جوهريا في التصرف القانوني في نظر المتعاقد، وهو يكون كذلك إذا ما عوّل عليه المتعاقد أهمية خاصة، حقيقة قد يصل هذا الأخير من الأهمية إلى حد اعتباره السبب الباعث إلى التعاقد، وعندئذ تتحد الفكرتان ويختلط الشرط مع الباعث، إلا أن ذلك لا يتقرر دائما بل الأصل الفصل بينهما.

لذلك فنحن نقف موقفا وسطا، فيما يتعلق بالشرط الواقف ونرى فيه

= إلى التعاقد كما يقرر أنه من الصعب تصور تعليق زوال الالتزام على شرط فاسخ غير مشروع إذا لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد وهو في ذلك يتفق مع الدكتور اسماعيل غانم، راجع أحكام الالتزام، ص ٢١٢ وكذلك أحكام الالتزام للدكتور اسماعيل غانم فقرة رقم ١٨٠.

(١) جميل الشرقاوى، فقرة رقم ٥٢، محمد شتا أبو سعد، رسالته، ص ٢٠٩.

(٢) اسماعيل غانم، فقرة رقم ٨٠.

شرطا جوهريا في نظر المتعاقد أو المتصرف يتوقف عليه إتمام التصرف وإنتاج آثاره، فلا نرى فيه مجرد شرط تبعي لا تأثير لبطلانه وإسقاطه على التصرف، ولا نرى فيه ـ كذلك ـ ركنا جوهريا من الأركان التي يتطلبها القانون لإبرام وقيام التصرف، فهو لا يعدو أن يكون وصفا إضافيا للرضا يشترطه المتصرف فيصبح بذلك شرطا جوهريا يضيفه إلى جانب الشروط والعناصر القانونية للتصرف والتي تكون قد اكتملت بالفعل، وهي الرضا والمحل والسبب.

فمع الشرط الواقف لا يقتصر القانون على ركن الرضا اللازم لوجود التصرف بل يتطلب أيضا، لإعمال آثاره، تحقق رضاء آخر، رضاء إضافي يتمثل في تحقق الشرط الواقف. هذا الرضاء الإضافي، وإن كان لا يفرضه القانون، وإنما يتطلبه المتصرف، إلا أن القانون يجيزه ولا يعترض عليه.

من هنا نرى ضرورة التمييز مع الشرط الواقف بين قيام التصرف في ذاته، وهذا يتحقق بمجرد توافر الأركان الجوهرية التي يتطلبها القانون لقيام التصرفات بصفة عامة. وبين ترتيب التصرف ـ بعد قيامه ـ لآثاره، وهنا لا يكفي تحقق الأركان الجوهرية للتصرف، بل يجب أيضا تحقق الشرط الإضافي الذى أضافه المتصرف، فإذا تحقق الشرط اكتمل الرضاء وانتج التصرف آثاره، أما إذا لم يتحقق الشرط، بسبب استحالته أو عدم مشروعيته، لما أنتج التصرف آثاره.

ويتضح من تحليلنا السابق أن الشرط الواقف وما يضيفه إلى التصرف بعد اكتمال وجوده، وإن كان يتعلق بالرضاء والإرادة، الركن الجوهرى في التصرفات القانونية، إلا أنه لا يعد جزءا من هذا الرضا، بل يضاف إليه، فيكون الرضاء الأول عنصرا جوهريا يستلزمه القانون لقيام التصرف، والثاني رضاء تكميليا يتطلبه لإعمال التصرف لآثاره.

وهكذا، وإن كان الشرط الواقف لا يتمثل ولا يكون ركنا من أركان التصرف الأساسية، إلا أنه يكون في ذاته عنصرا جوهريا بالنسبة لآثار التصرف، يتطلبه ويضيفه المتصرف، وليس القانون، الأمر الذى يؤثر عدم تحققه في اكتمال رضاء المتصرف، ومن ثم في التصرف ذاته.

والتحليل السابق يمكن القول به أيضا مع الاتجاه الذى يرى أن الشرط

الواقف يحول دون قيام التصرف ذاته وليس اثاره فقط. فمع هذا الاتجاه يكون تأثير الشرط على نفس ركن الرضاء الذى يكون بالفرض قد تحقق، فيأتي الشرط الواقف ليوقف أثر هذا الرضاء ومفعوله، أى يوقف قيام التصرف وليس فقط آثاره، على تحقق الواقعة المشروطة.

واعتبار الشرط الواقف شرطا جوهريا في نظر المتصرف لا يتعارض مع صفته كأمر عارض، إذ المقصود بكونه أمرا عارضا أنه لا قوام له إلا بعد قيام التصرف القانوني مستكملا كافة عناصره الجوهرية. لذلك فالتصرف القانوني المعلق على شرط يمكن أن يقوم من حيث الأصل دون هذا الشرط، وبمعنى آخر أنه لولا الشرط لقام التصرف ونفذت آثاره.

عندئذ، وإذا صح تحليلنا السابق الذى يميز بين السبب الباعث والشرط الجوهرى، يمكننا التوفيق بين الآراء السابقة والقول أن شرط التعليق، وإن كان لا يمكن أن يكون عنصرا جوهريا، أى ركنا من أركان التصرف، لكونه أمرا عارضا، إلا أنه يمكن أن يكون شرطا جوهريا في نظر المتعاقد، وبالتالي فإن بطلانه يؤدى إلى بطلان التصرف المعلق عليه، نظرا لتأثيره في رضاء المتعاقد الذى لم يتعاقد إلا على أساس تحقق الشرط. غير أن الفحص اللاحق لإرادة المتصرف قد يتبين منها أنه لم يعد ينظر إلى هذا الشرط على أنه **أمر جوهري**، بل يمكنه التغاضي عنه وقبول التصرف دونه بدلا من بطلانه كلية. لهذا فضلنا ـ رغم جوهرية الشرط الواقف وكونه دافعا للتعاقد في غالبية الحالات عدم اعتباره كذلك بصفة مطلقة ودائمة، واعادة النظر في جوهريته وقت تقرير مصير التصرف وليس فقط وقت إبرامه. ويتأكد قولنا هذا إذا ما تذكرنا أن إرادة المتعاقدين التي يقوم عليها الإنقاص ليست ارادة حقيقية، وإنما ارادة مفترضة، تتمثل فيما يفترض أن تكون عليه هذه الارادة وقت النزاع وليس وقت ابرام التصرف حيث لا وجود لهذه الاخيرة.

٤٥ ـ نلاحظ أخيرا أن مجال الانقاص مع شروط التعليق ضيق للغاية. ذلك أن الشروط الاحتمالية أو القدرية التي تتوقف على القدر والصدفة تستبعد كلية من هذا المجال الذى يقتصر على الشروط الإرادية المحضة. فالشروط

القدرية، الاحتمالية والتي نفضل تسميتها بالشروط غير الإرادية، تكون بعيدة كلية عن إرادة طرفي التصرف. فهي إما واقعة طبيعية وأما فعل الغير، وكما أن الوقائع الطبيعية قدرية وغير إرادية بطبيعتها، ةفكذلك أيضا فعل الغير يكون قدريا غير إرادى بالنسبة لطرفي التصرف لكونه لا يعتمد ولا يتوقف على إرادتيهما.

وهذه الشروط غير الارادية لا يمكن أن تكون غير مشروعة بالنسبة لطرفي التصرف. أما بالنسبة لبطلانها بسبب استحالتها فيمكن في الواقع أن تكون من الناحية النظرية مستحيلة استحالة مادية، وكذلك استحالة قانونية بالنسبة لفعل الغير، إلا أنه من الوجهة العملية الواقعية يتعذر ويندر تعليق التصرفات على مثل هذه الشروط، لذلك فكل الأمثلة التي يضربها الفقه في هذا الصدد هي أمثلة نظرية لمجرد التوضيح يكذبها الواقع ولا نجد أيما أثر لها في الأحكام القضائية.

من هنا فإن مجال الانقاص العملي الواقعي يقتصر على الشروط الارادية المحضة التي يتوقف تحققها على إرادة أحد المتعاقدين.

والواقع أن هذه الشروط الأخيرة نادرة الوجود في مجال المعاوضات[1]، ويكاد يقتصر مجالها على عقود التبرع.

وإذ ينحصر مجال الانقاص ـ عمليا ـ في هذا النوع من التصرفات القانونية، أى التبرعات، التي تتوقف أساسا على نية وإرادة المتبرع يصبح الأمر أكثر إلحاحاعلى ترك مصيرها إلى رغبة وقصد المتبرع، فلا تبطل هذه التبرعات إلا إذا كان الشرط الباطل المعلقة عليه هو الدافع له إلى التبرع.

٤٦ ـ وهكذا نخلص من عرضنا السابق إلى أن المشرع المصرى، وكذلك المشرع الكويتي، قد ميز، بصدد تنظيمه لأثر شروط التعليق الباطلة

(١) يرى الفقه أن تصرف المعاوضة الوحيد الذى يمكن أن يعلق على شرط واقف هو الوعد الانفرادى، ومع ذلك فإن الشرط الإرادى الذى يعلق عليه هذا الوعد غالبا ما يمثل مقابلا حقيقيا الأمر الذى يجعله تصرفا ملزما للجانبين يكون فيه الشرط مقابلا للأداء، فيصبح بذلك سببا للالتزام، وهنا يختلط الشرط بالسبب، ويكون بطلانه عاملا لبطلان التصرف بأكمله. . راجع باراسون

Barathon: De la divisibilité des clauses du contrat de mariage, these paris, 1913,p. 51.—

على التصرف الذى يعلق عليها، بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ، وطبق بالنسبة للأول مبدأ عاما هو بطلان التصرف المعلق على شرط واقف باطل، دون بحث ما إذا كان هذا الشرط دافعا أو غير دافع للتصرف.

أما بالنسبة للشرط الفاسخ فإن المشكلة لا تثار إلا إذا كان سبب بطلانه يرجع إلى مخالفته للقانون أو للنظام العام والاداب، أى كان غير مشروع، وهنا عاد المشرع إلى الحكم الذى تمليه فكرة الانقاص، فلم يرتب على هذا الشرط الباطل بطلان التصرف المعلق عليه إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى التصرف.

وقد أوضحنا عدم الحاجة إلى هذه التفرقة بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف، لانعدام ما يبرر أفراد الشرط الواقف بحكم خاص وضرورة اخضاعه للقاعدة العامة في الانقاص منضما بذلك إلى الشرط الفاسخ، وعندئذ لن يكون هناك ما يبرر تنظيم المشرع للأثر المترتب على بطلان أيهما على التصرف، اكتفاء بالحل العام الذى تقرره قاعدة الانقاص[1].

---

(١) لعله من المفيد هنا الاشارة إلى أن مشروع القانون المدني الألماني كان يتضمن نصا خاصا بشروط التعليق ـ أى الشروط بمعناها الدقيق ـ يقرر أن الشرط غير المشروع أو المخالف للاداب يجعل التصرف المعلق عليه باطلا ولا يرتب أثارا. ولكن هذا النص حذف اكتفاء بالقواعد العامة التي ترتب البطلان الكامل للتصرف المعلق على شرط غير مشروع إعمالا للمادة ١٣٩ مدني الماني. أى إعمالا لقواعد الانقاص.

الفصل الرابـــع

انقاص المغالاة في التصرف
« الانقاص بالتعديل »

تمهيـــد :ـ

٤٧ـ حالات الانقاص السابق تعرضنا لها تتفق جميعها في الوسيلة التى تقوم عليها ، وهي اقتطاع واسقاط شق من التصرف لتعيبه ، وابقاء التصرف في بقيته الصحيحة والتي لا يمتد اليها العيب الذي أسقط ، ومن ثم يترتب على ذلك انتقاص مادى واضح ومحسوس في حجم ومضمون التصرف المادى ، يتمثل في اقتطاع شق منه . اما الانقاص الذي نواجهه الآن ، فلا يتم بهذا الاسقاط المادي المحسوس ، بل يتم بمجرد التعديل والتقليص في أحد شروط أو بنود التصرف التى تحدد برقم حسابي أو كمي ، كالثمن في عقد البيع ، والأجرة في عقد الايجار ، وكذلك المدة في هذا العقد الأخير ، ومن ثم يأتى الانقاص هنا ليس باسقاط مادى لشق من التصرف ، وانما فقط بانقاص وتخفيض الرقم أو القدر الكمي الذي يتضمنه ، ولذلك فهو انقاص معنوى وليس ماديا .

ويتحقق هذا الانقاص أو التقليص الى جانب الحالة السابقة ، أي حالة انقاص الشق المغالى فيه كميا ، عن طريق وسيلة أخرى هي انقاص آثار التصرف دون أي تعديل مادي في مضمون التصرف ذاته ، بل يقتصر التعديل هنا على آثار التصرف وينصب عليها مباشرة ، لكونها معيبة في شق منها وصحيحة في شقها الآخر ، فتنفذ هذه الاثار في الشق الصحيح منها وتبطل في شقها المعيب .

وهكذا يقتضي منا الكلام عن الانقاص بالتعديل التعرض الى كل من الحالتين السابقتين كل في مبحث خاص وذلك على الوجه الآتى :ـ

المبحث الأول : انقاص الشق المغالى فيه كميا .

المبحث الثاني : انقاص آثار التصرف .

المبحث الأول
انقاص الشق المغالى فيه كميا

٤٨ـ يفترض انقاص الشق المغالى فيه كميا ان يكون العيب الذي لحق التصرف قد تعلق بشق فيه مقدر تقديرا كميا ، أي مقدر برقم حسابي ، أما العيب نفسه فقد يتمثل في مخالفة هذا الشق الكمي لرقم أو قدر معين يحدده المشرع ولا يسمح بتجاوزه فعندئذ يتعين الوقوف عند هذا القدر أو الحد ، والنزول اليه في حالة تجاوزه وهذا ما يحدث عندما يفرض المشرع حدا أقصى للأجرة يتعين عدم تجاوزه . وقد يتحقق عيب المغالاة في الشق الكمي من التصرف ولو لم يكن مقدرا لهذا الشق رقما أو قدرا محددا حسابيا ، وانما يترك تحديد المغالاة في هذه الحالة الى تقدير القاضي ، وهذا ما يحدث بالنسبة للالتزام بعدم المنافسة الذي يجب أن يكون مقيدا سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان ، بحسب الظروف ، ويترك للقضاء تقدير مدى هذا التقييد في كل حالة على حدة .

فاذا لم يراع في الشق الكمي للتصرف القانونى الحدود المرسومة له ، كان هذا الشق باطلا ، ومن ثم يثور التساؤل عن أثر هذا البطلان على التصرف ذاته ، والواقع أنه يثار قبل هذا التساؤل تساؤل آخر ، وهو ما اذا كان العيب الذي تضمنه الشق الكمي من التصرف ، لتجاوزه الحد أو القدر الذي يجب أن يقف عنده ، يؤدى الى بطلان هذا الشق بأكمله أم يقتصر البطلان على ما تضمنه هذا الشق من مغالاة ، بمعنى أن يقتصر البطلان على الزيادة ، أي المغالاة[1] فقط . والاصل ان يرجع القاضي في الاجابة على هذا التساؤل الى

---

(١) رغم ان القانون الالماني يجعل من مثل هذا التصرف المتضمن شقا **مغالى** فيه كميا ، تصرفا مخالفا للنظام العام الامر الذي يؤدى الى بطلانه ـ ما لم يوجد نص عكسى ـ اعمالا للمادة ١٣٨ مدنى المانى التى تجعل من التصرف القانوني المخالف للنظام العام باطلا بطلانا مطلقا ، الا ان الرأي السائد فقها وقضاء يرى ان المخالفة للنظام العام التى تواجهها المادة ١٣٨ مدنى الماني تقتصر على الجزء المغالى فيه فقط ، اي الزيادة التى تضمنها الشق الكمي ، وبالتالى فلا يرد البطلان الا على القدر الزائد فينتقص هذا القدر ليبقى التصرف صحيحا فيما تبقى اعمالا للمادة ١٣٩ مدنى المانى . راجع سمليه ، رقم ٣٤٥ .

فكرة الانقاص التي تعتمد أساسا على نية المتعاقدين ومدى قابلية الشق المعيب للانقسام ، ولا تثير القابلية للانقسام ادنى صعوبة ، اذ بالفرض نكون امام شق مقدر حسابيا أو كميا ، فيكون قابلا للانقسام والتجزئة ، لذلك فالمعيار يكمن فيما تتجه اليه ارادة المتعاقدين ، وما اذا كانا يتجهان الى ابرام التصرف رغم انقاص وتخفيض شق منه ، أم يحجمان عنه .

وهكذا تصبح نية وارادة اطراف التصرف المعيار الفاصل في تحديد مدى بطلان التصرف المتضمن شقا مبالغا فيه كميا،وبيان ماإذا كان البطلان يقتصر على القدر المغالى فيه ام يمتد لكل الشق ، وبالتحديد يتوقف الحل على ما اذا كان هذا القدر المغالى فيه دافعا الى التصرف أم لا .

غير ان ما يحدث غالبا أن يقوم القضاء بانقاص وتخفيض الشق المغالى فيه لانزاله الى القدر الواجب أن يكون عليه ، ولا يمتد البطلان الى كل الشق ، ومن ثم يبقى التصرف صحيحا ويرجع ذلك في الواقع الى العديد من العوامل التى تساهم في استبعاد البطلان الكامل في هذه الحالات ، فأحيانا يستبعد البطلان الكلي للتصرف لأنه يكون قد نفذ فعلا ، كما في حالة النظر في تخفيض أجر الوكيل المبالغ فيه ، فاذا عرض ذلك الطلب على القضاء بعد اتمام الوكيل لأعمال الوكالة وانجازها بالفعل ، فلن يكون هناك محل لاثارة البطلان التام للوكالة ، ولا يبقى أمام القضاء سوى النظر في تخفيض أجر الوكيل المبالغ فيه بانقاصه وانزاله إلى الحد المعقول.

واحيانا أخرى يفرض الانقاص على القاضي ، اما بنص تشريعي آمر ، واما لاعتبارات النظام العام ، فعندئذ يكون الانقاص هو الحل الوحيد أمام القضاء[1] .

٤٩ـ غير انه من المتصور عملا أن تكون المغالاة في شق من التصرف هي الدافعة الى هذا التصرف ،وعندئذ يتعين بطلان الشق بأكمله . والذي يؤدى بدوره الى بطلان كل التصرف ، طالما لا يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، ولم يكن في ذلك البطلان التام تعارض مع ما يقتضيه النظام العام وحسن الاداب .

---

(١) سمليه ، المرجع السابق ، رقم ١٧٥ .

وتجدر الاشارة هنا الى ان البطلان الكامل للتصرف للمغالاة كميا في شق منه يمكن آن يتقرر بطريقتين مختلفتين ، احداهما مباشرة والاخرى غير مباشرة .

فبطلان التصرف في مجموعة يتقرر مباشرة وبصفة أصلية في الحالات التي يكون فيها الشق المعيب للمغالاة فيه عنصرا جوهريا لا يقوم التصرف بدونه ، اذ يترتب على بطلان هذا العنصر بطلان التصرف كله ، وبتعبير أدق لا يقوم التصرف دونه .

ويتقرر البطلان بصفة تبعية غير مباشرة في الحالات التي يلحق عيب المغالاة فيها شقا لا يمثل ركنا في التصرف، ولكنه يكون جوهريا، أي دافعا للتصرف ، ففي هذه الحالة ولو ان بطلان الشق المغالى فيه لا يؤدى بذاته الى بطلان التصرف لكونه ليس بركن من اركان التصرف ، الا ان هذا البطلان يتقرر اعمالا لارادة ونية اطرافه التى جعلت من هذا الشق دافعا الى التصرف ، فاذا بطل هذا الشق بطل معه التصرف لعدم قابليته للانقسام والتجزئة .

مما سبق يمكننا القول ان الاثر المترتب على المغالاة كميا في شق من التصرف القانوني لن يخرج عن حل من الحلول الثلاثة الآتية[1]:ـ

ـ انقاص التصرف بقصر البطلان على ما تضمنه الشق من مغالاة دون تأثير على باقي الشق ولا على التصرف ذاته .

ـ البطلان التام للتصرف بطلانا مباشرا لورود المغالاة على عنصر جوهرى في التصرف ، اي ركن من اركانه الاساسية ، التى لا يقوم بدونها .

ـ ـالبطلان التام غير المباشر للتصرف عندما ترد المغالاة على شق منه ، وان كان غير جوهرى بالنسبة للتصرف ، الا انه دافع للتصرف في نية الطرفين .

٥٠ـ ويتحقق مجال الانقاص للمغالاة كميا بالنسبة للتصرفات القانونية التي تتضمن شقا مقدرا تقديرا كمياولا يملك اطراف التصرف حرية تحديد هذا

(١) راجع في استخلاص هذه الحلول سمليه رسالته سابق الاشارة اليها.

الكم بل تكون ارادتهم مقيدة في هذا الصدد ، يستوى بعد ذلك ان يكون هذا الشق عنصرا جوهريا في التصرف القانوني كمحله أو مدته أو المقابل فيه ، أو يكون الشق عنصرا تبعيا لا يمثل ركنا في التصرف كشرط عدم المنافسة أو شرط الاحتكار ، كما يستوى ان يكون المشرع هو الذي حدد القدر الكمي والذي يتعين عدم تجاوزه ، أو يكون هذا التحديد متروكا لتقدير القضاء ، حيث يقوم القاضى عندئذ بانقاص التصرف القانوني من تلقاء نفسه وبعيدا عن أي تدخل تشريعي استنادا الى سلطته التقديرية المعترف له بها .

ونقوم فيما يأتى بالتعرض لبعض التطبيقات العملية لانقاص الشق المغالى فيه[1] .

أولا : انقاص محل التصرف

٥١ـ يتدخل المشرع في بعض الحالات ويضع حدا أقصى لمحل التصرف فاذا ابرم تصرف من هذه التصرفات ، مقيدة المحل ، بالمخالفة لما يفرضه المشرع ، فلا يبطل التصرف كله ، وانما يقتصر البطلان على ما زاد عن الحد الاقصى المسموح بالتصرف فيه ، فينتقص التصرف بالقدر الذي تمت مخالفته ليبقى صحيحا في حدود القدر المسموح به . فإذا أوصى شخص لآخر بأكثر من ثلث التركة ، فان هذه الوصية لا تنفذ الا في حدود الثلث وتبطل فيما زاد على ذلك ، بمعنى ان تنتقص الوصية لتبقى في حدود الثلث فقط .

واذا ابرم القاصر المأذون له بالادارة تصرفا ـ ايجار مثلا ـ على كل أمواله المأذون له بادارتها وغير المأذون بادارتها ، فان التصرف يكون باطلا أو قابلا للابطال بالنسبة لغير الاموال المأذون له بادارتها ، ومن ثم تنتقص تصرفاته لتبقى صحيحة فيما يملك التصرف فيه .

ثانيا : انقاص مدة التصرف

٥٢ـ كثيرا ما يتدخل المشرع ليفرض حدا أقصى لمدة بعض التصرفات

---

(١) سنرى ان بعض تطبيقات هذا النوع من البطلان الجزئى سبق ان تعرضنا لها بصدد تناولنا البطلان الجزئى لعنصر جوهرى في التصرف القانوني ، بصفة خاصة البطلان الجزئى للسبب والمقابل ومدة التصرف ، غير ان تعرضنا لهذه التطبيقات سيتم هنا من زاوية اخرى ، نتعرض فيها لوسيلة مختلفة ومتميزة من وسائل البطلان الجزئى ، وذلك على الوجه الذي وضحناه في التمهيد السابق .

القانونية ، فاذا ابرمت هذه التصرفات لمدة تزيد على الحد الذي يفرضه القانون، فإنها تبطل أو لا تنفذ في حدود هذه الزيادة، وتبقى صحيحة فيما لا يجاوز المدة المحددة لها، تطبيقا لذلك، إذا أبرم عقد إيجار من لا يملك إلا أهلية الادارة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات دون ترخيص من السلطة المختصة، انقصت المدة إلى ثلاث سنوات ،ولا ينفذ العقد فيما جاوز ذلك[1] من ذلك ايضا انقاص مدة الشيوع الاجبارى الذي يتم بالاتفاق الى خمس سنوات اذا اتفق على مدة ازيد منها[2] . واذا ابرم القاصر، الذي بلغ السن الذي يسمح له بابرام عقد العمل ، عقدا لمدة تزيد عن عام ، انقصت مدة العقد فيما زاد عن العام[3] .

وقد تعرض الفقه لمدى امكان تطبيق فكرة الانقاص على عقود الايجار الدائمة او التي تحدد لها مدة مبالغ فيها فتجعلها شبه دائمة ، باعتبار ان عقد الايجار يجب أن يكون مؤقتا بطبيعته[4] ، لذلك تساءل الفقه عن حكم الايجار الذي تجاوز مدنه حد التوقيت وما اذا كان يبطل في مجموعه أم يبطل فقط فيما يجاوز هذا الحد . فذهب اتجاه الى بطلان عقد الايجار كله ، استنادا الى ان المدة لكونها من جوهر عقد الايجار يترتب على مخالفتها بطلان العقد أجمعه بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام[5] .

---

(١) راجع المادة ٥٥٩ مدنى مصرى، والمادة ٥٦٢ مدنى كويتي، انظر في نفس المعنى ايضا المادة ٦٣٣ مدنى مصرى التى لا تجيز لناظر الوقف بغير اذن القاضى ان يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين ولو كان ذلك بعقود مترادفة ، فاذا امتدت الاجارة لمدة اطول انقصت المدة الى ثلاث سنين ، وانظر في نفس المعنى المادة ٦٤٦ مدنى كويتي .
ويلاحظ ان الانقاص في هذه التصرفات يتعلق بعدم النفاذ وليس بالبطلان ، وقد سبق ان وضحنا ان الانقاص لا يقتصر على البطلان وانما يمتد كذلك الى عدم النفاذ .

(٢) راجع المادة ٨٣٤ مدنى مصرى ، والمادة ٨٣٠ مدنى كويتي

(٣) راجع المادة ٩٤ مدنى كويتي .

(٤) عقد الايجار بطبيعته وبحسب تعريفه عقد مؤقت يخول المستأجر منفعة العين المؤجرة لمدة معينة ، لذلك فلا يجوز ان يكون مؤبدا ، راجع المادة ٥٥٨ مدنى مصرى التى تعرف عقد الايجار بانه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم .

(٥) بلانيور وريبير ، جـ ١ رقم ٤٤٧ ، كولان وكابيتان جـ ٢ رقم ٦٤٦ .
وانظر في احكام القضاء : نقض مدنى فرنسى ٢٠ مارس ١٩٢٩ ، داللوز ١٩٣٠ ـ ١ ـ ١٣ ، =

بينما ذهب اتجاه آخر الى ان الايجار الذي تجاوز مدته حد التوقيت لا يبطل الا فيما يجاوز هذا الحد ، فيبقى العقد صحيحا وتنقص مدته الى الحد الاقصى للمدة التى يجب الا يتجاوزها[1] . والواقع ان هذا الحل الاخير هو الواجب الاتباع تطبيقا واعمالا لنظرية الانقاص[2] .

وبالاضافة الى الحالات السابقة وغيرها من الحالات العديدة التي يرد فيها الانقاص على المدة المغالى فيها كميا ، فهناك حالات أخرى لانقاص المدة المغالى فيها تتعلق ببعض الشروط الهامة التي تدرج عادة ببعض التصرفات . نذكر منها بصفة خاصة شرط عدم المنافسة وشرط عدم التصرف ، والآتى كلمة عن كل :

تأقيت شرط عدم المنافسة

٥٣ـ يتعين لصحة شرط عدم منافسة العامل لرب العمل ، ذلك الشرط الذي يدرج عادة في بعقود العمل ،أن يكون مقصورا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة[3] .

= استئناف مصر ٢١ يناير ١٩٢٤ ، المحاماة ٤ ـ ٤٤١ ، بنى سويف الابتدائية اول يونية ١٩٢٥ ، المحاماة ٦ ـ ٧٣١ ـ ٤٤٥ .

(١) منصور مصطفى منصور ، عقد الايجار ، فقرة رقم ١٥٥ ص ٧٥ ، الصدة فقرة رقم ٧٠ ، سليمان مرقص ، عقد الايجار ، ص ٣٩ . اوبرى ورو ، جـ ٥ رقم ٣٦٤ هامش (٤) ، وانظر في احكام القضاء : استئناف جرنوبل ١١ مايو ١٨٩٧ ، داللوز ١٨٩٨ ـ ٢ ـ ٤٣٨ ، استئناف مختلط ١٥ ديسمبر ١٩١٥ . المجموعة ٢٨ ص ٦١ .

(٢) لذلك فغير صحيح ما ذهب اليه البعض من تطبيق نظرية تحول العقد في هذه الحالة وليس انقاصه ، مستندا في ذلك الى ان العقد يقع عندئذ باطلا بطلانا مطلقا ، ولكنه يتحول الى عقد ايجار مؤقت اذا تبين ان نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى هذا العقد الاخير لو علما ببطلان الاول . راجع في الرد على ذلك الرأي سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ١٣٩ هامش (١) .

(٣) راجع المادة ٦٨٦ ، من القانون المدنى المصرى . وانظر للمزيد من التفصيل حمدى عبدالرحمن ، التزام العامل بعدم منافسة رب العمل ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٣١ .

لذلك فان شرط عدم المنافسة يجب أن يكون مقيدا من حيث الزمان وليس مطلقا ، ولم يحدد المشرع مدى هذا التقييد[1] ، اي المدة التى يتعين على العامل الامتناع خلالها عن منافسة رب العمل ، وهي التى تهمنا الان ، بل ترك تحديد هذه المدة لقاضى الموضوع على ضوء المعيار العام الذي وضعه له وهو معيار المدة المعقولة الضرورية لحماية مصالح رب العمل المشروعة . فاذ جاء هذا الشرط مغالى فيه من حيث مدته لتجاوزه تلك المدة اللازمة لحماية رب العمل كان هذا الالتزام مخالفا للقانون لتجاوزه حدا أو قدرا معينا يجب أن يقف عنده . والتساؤل الان هل يترتب على تلك المخالفة بطلان شرط عدم المنافسة في مجموعه واعتباره كأن لم يكن لعدم مشروعيته ، ام يمكن هنا اللجوء الى فكرة الانقاص بتخفيض المدة المغالى فيها وانزالها الى الحد المعقول ؟ .

كان القضاء الفرنسى القديم يذهب الى ابطال شرط عدم المنافسة المغالى فيه من حيث مدته نظرا لعدم مشروعيته[2] .

وعلى الرغم من الالتزام القانونى الذي يقع في هذه الحالة على العامل بعدم منافسة رب العمل[3] ، الا ان هذا الالتزام لا يكون كافيا لاسداء الحماية القانونية الكاملة لرب العمل بسبب عدم وضوحه وعدم تحديده تحديدا كافيا ، من هنا كان بطلان شرط عدم المنافسة المغالى في مدته بطلانا كاملا منتقدا ومجافيا للعدالة ، لذلك ظهر اتجاه قضائى حديث يطبق فكرة الانقاص على الالتزام بعدم المنافسة المغالى في مدته ، ويقضى بقصر البطلان في هذه الحالة على المدة المجاوزة لما يجب أن تكون عليه مدة هذا الالتزام وهي المدة اللازمة لحماية مصالح رب العمل ، فيبقى التزام عدم المنافسة بقدر هذه المدة فقط ، ويبطله فيما زاد عن ذلك ، وبمعنى آخر ينقص الالتزام المغالى فيه بقدر

---

(١) ولم يكن في استطاعة المشرع ان يحدد مدة الالتزام بعدم المنافسة في الواقع ، لان هذه المدة تختلف باختلاف كل التزام على حدة .

(٢) برنارد تيسيه Bernard Teyssie : Reflexion sur les consequences de la nullite d'une clause d'un contrat, Dalloz, 1976, P. 281.

(٣) نقض اجتماعى فرنسى ٢٧ مايو ١٩٦٨ ـ المجموعة ١٩٦٨ ، ٢٧ مايو ١٩٦٨ ـ ـ٥ـ رقم ٢٥٢ ص ٢١٠ .

ما تضمن من مغالاة[1] . فيحل الانقاص بديلا للبطلان التام ، وهو الحل العادل والمنطقى والواجب اعماله[2] .

تأقيت الشرط المانع من التصرف

٥٤ـ سبق ان تعرضنا للشرط المانع من التصرف ، وحددنا ان هذا الشرط لا يكون صحيحا الا اذا كان مؤقتا ، بان كان قاصرا على مدة معقولة[3] ، ومبنيا على باعث مشروع . فاذا تخلف احد هذين الشرطين كان المنع من التصرف باطلا ، ولا نزاع في تقرير البطلان في حالة تخلف الشرط الثاني الخاص بالباعث المشروع . أما بالنسبة للمدة المؤقتة المعقولة فنعتقد ان تقرير البطلان اذا تخلفت ، بان كان المنع مؤبدا أو لمدة مغالى فيها ، يكون جزاء متشددا ، ولا يتمشى مع ما يجب أن تكون عليه النصوص والحلول القانونية من مرونة وواقعية ، لذلك نرى، في هذه الحالة، قصر بطلان المنع من التصرف على ما يجاوز المدة المعقولة اللازمة لتحقيق المصلحة المبتغاة من المنع من التصرف ، والتى يترك تقديرها للقضاء . وهكذا اذا اشترط المنع من التصرف بصفة مطلقة دون تقييده بمدة معينة ، او اشترط لمدة مغالى فيها ، تعين على القضاء تعيين المدة المعقولة التى يجب أن يكون عليها هذا الحظر بدلا

---

(١) انظر في هذا الاتجاه باريس ١٥ اكتوبر ١٩٥٤ داللوز ١٩٥٥ ـ ٧٧ ـ قسم الاحكام المختصرة نقض اجتماعى فرنسى ٢١ اكتوبر ١٩٦٠ المجموعة ١٩٦٠ ـ ٥ ـ رقم ٩١٢ ص ٦٩٩ ، كولمار ١١ يناير ١٩٦٤ الاسبوع القانونى ١٩٦٥ رقم ١٤٢٦٧ ، اجتماعى فرنسى ٨ مايو ١٩٦٧ ، داللوز ١٩٦٧ ، ص ٨٦٩٠

(٢) انظر في تأييد اعمال الانقاص بدلا من بطلان شرط عدم المنافسة باكمله : لندون :

R. Lindon : — La clause de non — concurrence dans le contrat de louage de service, J. C. P., 1960, ch. No. 1593.

ليون كان G. Lyon — Caene : — Les clauses restrictives de la liberte du travail, Droit Social, 1963, P. 88.

وانظر في نفس الاتجاه السابق بالنسبة لشرط الاحتكار ، سمليه ، رسالته ، رقم ٢٢١ ص ٢٦٤ ، برنارد تيسيه ، مقاله سابق الاشارة اليه ، رقم ٢٧ وانظر في حرمة الاحتكار لدى الفقه الاسلامي ، جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي ١٩٦٩ ، ص ٤١٣ وبعدها .

(٣) راجع ما سبق فقرة رقم ٢٦ .

من ابطال الشرط باكمله ، فلا شك ان هذا الحل هو الذي يتلائم مع تدخل المشرع واشتراطه تقييد هذا الشرط بمدة معقولة .

لذلك يمكننا هنا التعميم والقول انه بالنسبة لكل حالات البطلان الراجع الى المغالاة في المدة التى يجب أن يكون عليها التصرف ، يتعين استبعاد البطلان الكامل للتصرف واحلال الانقاص بدلا منه[1] .

ثالثا : انقاص مقابل التصرف

٥٥ـ مقابل التصرف من ثمن او ايجار او قسط وغير ذلك من الصور المختلفة للمقابل لا تترك دائما لمحض اتفاق وارادة المتعاقدين ، بل كثيرا ما يتدخل المشرع ويفرض مقابلا محددا يتعين التقيد به وعدم مخالفته ، وذلك ما يحدث مع التسعير الاجبارى لبعض السلع[2] ، وتحديد حد أقصى لأجرة المبانى والاراضى الزراعية ، وكذلك تحديد قسط التأمين الاجباري عن المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات .

وأحيانا أخرى ، وان كان تحديد المقابل يترك من حيث الاصل لاتفاق المتعاقدين ، الا ان المشرع يمنح للقاضي سلطة مراجعة هذا التقدير اذا كان مغالى فيه ، وهذا ما يحدث بصفة خاصة مع الغبن والاستغلال ، وعقود الاذعان ، والشرط الجزائى ، والفائدة الاتفاقية ، وأجر الوكيل وغيره من المهنيين .

---

(١) في هذا المعنى ايضا ، سمليه ، المرجع السابق رقم ٢٢٣ ص ٣٦٨ ، وراجع في التطبيق التشريعي للانقاص في حالة المغالاة في مدة شرط الاحتكار ، القانون الفرنسى الصادر في ١٤ اكتوبر ١٩٤٣ الذى يوجب انقاص شرط الاحتكار الذي تزيد مدته عن عشر سنوات ليقف عند هذه المدة ، بدلا من ابطاله كلية . راجع لمزيد من التفصيلات ريبير وروبلو ، احكام القانون التجارى ، جـ ٢ ، ط ٨ رقم ٤٨١ ص ٢٨٦ .

(٢) بدأ تنظيم التسعير الجبرى وتحديد الارباح في مصر ، اثر الحرب العالمية الاخيرة ، بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٤٥ ثم بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥٠ ، الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الاسعار ، وقد نص هذا القانون على ان تتولى الحكومة تحديد الحد الاقصى لاسعار بيع الاصناف المبينة بالجدول الملحق بالقانون . وقد ادخل على هذا القانون بعض التعديلات اللاحقة ، راجع للمزيد من التفصيل محمد فهيم امين ، قوانين التموين والتسعير الجبرى واحكام النقض ، ١٩٦٨ ـ على العريف، التسعير الجبرى وتحديد الارباح ، المحاماة س. ٥ عدد ٤ ص ٥٦ .

فاذا ابرم تصرف من التصرفات السابقة ، أو غيرها ، واشترط مقابل يزيد عن ذلك الذي يحدده المشرع ، او مخالفا لما يجب أن يكون عليه هذا المقابل ، بان كان مبالغا في تقديره ، تعين في هذه الحالة ابطال المقابل المغالى فيه ، ليس في مجموعه ، وانما فقط فيما تضمنه من زيادة ومغالاة ، وذلك كأصل عام ، فالحل يكون اذن انقاص المقابل بدلا من بطلانه ما لم يكن هناك ما يستوجب الحل العكسى . وتوضيحا لذلك المبدأ نتعرض لبعض التطبيقات العملية لنظرية الانقاص في هذا المجال .

انقاص الاجرة الى حدها الاقصى

٥٦ـ اعمالا للمادة السادسة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بايجار الاماكن والقوانين المعدلة له[١] ، يقع باطلا كل شرط على اجرة تجاوز الحد الاقصى الجائز قانونا ، ويحكم برد ما حصل زائدا على الاجرة المستحقة . والبطلان هنا يقتصر على مازاد من الاجرة عن حدها الاقصى الذي يجيزه القانون ، دون مساس بعقد الايجار ذاته الذي يبقى صحيحا ، مفاد ذلك ان اثر البطلان هنا يقتصر على القدر الزائد من الاجرة ، التى تنتقص لتصل الى هذا الحد . وفي هذا المعنى تقرر محكمة النقض المصرية ان مخالفة الحد الاقصى لايجار الاماكن « لا يترتب عليها سوى بطلان الاتفاق الخاص بالاجرة المسماة في العقد وردها الى الحد القانونى دون مساس بشروط العقد الاخرى التى لا مخالفة لها للقانون ، فتظل نافذة بين المتعاقدين منذ نشوء العقد[٢] » .

انقاص سعر الفائدة الى حدها الاقصى

٥٧ـ نظرا لتعلق الفائدة بالنظم الاقتصادية والاجتماعية للدول ، فان المشرع عادة ما يقوم بتنظيمها ، بصفة خاصة ، فيما يتعلق بفرض حد اقصى لهذه الفائدة ، اتفاقية كانت ام قانونية ، تطبيقا لذلك فقد حدد المشرع المصرى

---

(١) راجع القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨، والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٢ .

(٢) نقض مدنى مصرى ٢٤ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة احكام النقض ـ ١٧ ـ ١٢١٦ ـ ١٦٧ . نفس الحكم يتقرر ايضا بالنسبة لكافة المبالغ التى تحصل زيادة عن الاجرة القانونية ، في اي شكل كانت طالما كانت ترتبط بمقابل الانتفاع بالعين المؤجرة .

الفوائد القانونية باربعة في المائة بالنسبة للمسائل المدنية وخمسة في المائة بالنسبة للمسائل التجارية[1] اما الفوائد الاتفاقية فقد جعل حدها الاقصى سبعة في المائة . كما نظم الحكم الذي يترتب اثر مخالفة هذه الحدود القصوى ، حيث قرر وجوب تخفيض كل اتفاق على سعر يزيد عن هذا الحد ، مع رد ما دفع زائدا عنه[2] .

فجزاء مخالفة الحد الاقصى للفائدة ـ اذن ـ هو انقاصها الى هذا الحد وليس بطلانها كلية ، وما ذلك الا اعمالا لفكرة الانقاص .

٥٨ـ وينتقد بعض الفقهاء[3] اعمال الانقاص في الحالتين السابقتين الخاصتين بكل من الاجرة في ايجار الاماكن ،وسعر الفائدة ،ولا يرى في مثل هذه النصوص تطبيقات للمادة ١٤٣ مدنى مصرى التى تنظم فكرة الانقاص ويستند في ذلك الى سببين : الاول ، ان الانقاص يمنع اعماله « اذا ثبت ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال ، بينما انه من المحقق انه لا يحول دون تخفيض التحديد المتفق عليه الى الحد الاقصى المقرر قانونا ان يثبت ان العقد ما كان ليتم بغير الزيادة المتفق عليها » .

والواقع ان هذا التقرير وان كان صحيحا ، كمبدأ عام ، حيث انه يتعلق بمعيار اعمال الانقاص ، والذي يقضى برفض الانقاص في كل حالة يثبت فيها ان الشق الباطل هو الدافع الى التعاقد ، غير اننا سنرى ان هذا المعيار القصدى ، يجب استبعاده وعدم تطبيقه بالنسبة للموضوعات المتعلقة بالنظام العام والتى يكون الغرض منها حماية المجتمع في مصالحه الاساسية ، فعندئذ يجب تطبيق النصوص المنظمة لهذه الموضوعات بغض النظر عن نية وقصد المتعاقدين فامام النظام العام تستبعد ارادة الافراد وينعدم دورها ، والا

---

(١) المادة ٢٠٦ مدنى مصرى .

(٢) المادة ٢٢٧ ، مدنى مصرى ، اما المشرع الكويتي فقد حظر الفوائد الاتفاقية في المسائل المدنية واباحها فقط بالنسبة للمسائل التجارية بشرط الا تجاوز السعر الذي يعلنه البنك المركزى . راجع في تفصيل ذلك بدر جاسم اليعقوب ، الغبن في القانون المدنى الكويتي فقرة رقم ١٠٣ .

(٣) جلال العدوى ، اصول المعاملات ، بيروت ، ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

فقدت هذه النصوص كل هدف لها[1] .

اما السبب الثاني الذي استند اليه الاتجاه السابق فيتعلق بالشرط الرئيسى لاعمال الانقاص وهو ان يكون التصرف المطلوب انقاصه قابلا للانقسام وهذا يتطلب ان يكون الشق الذى قام به سبب البطلان قائما بذاته في عقد قابل للانقسام بحيث يمكن للشق المتبقى من التصرف ان يقوم بذاته باعتباره تعاقدا مستقلا . وهذا لا يتحقق ـ في وجهة نظر المعارض ـ مع انقاص الاجرة أو الفائدة الى الحد الذي يسمح به القانون لان الزيادة عن ذلك الحد لا تعد شقا قائما بذاته في عقد قابل للانقسام .

وهنا ايضا لا نتفق مع الرأي السابق في انكاره ان تكون الزيادة في الاجرة أو الفائدة شقا مستقلا في تصرف قابل للانقسام ، فالاجرة وكذلك الفائدة يعبر عنها برقم حسابي ، ولاشك ان الارقام الحسابية جميعها قابلة للتجزئة والانقسام ، هذا بالاضافة الى ان العبرة في الانقاص ليس بالشق الذي ينتقص ، وانما بالشق المتبقى من التصرف بعد اسقاط ما بطل منه ، وهذا يتحقق في حالتي انقاص سعر الفائدة وانقاص اجرة الاماكن الى الحد الذي يسمح به القانون ، فالمسألة لا تتعدى هنا تغيير رقم حسابي مغالى فيه ، بآخر أقل منه .

وهكذا ننتهى بامكان اعمال الانقاص بالنسبة للاتفاق على سعر للفائدة أو على أجرة أزيد من الحد الأقصى المسموح به قانونا[2] .

---

(١) راجع في تفصيل ذلك الفصل الثالث من الباب الثاني، حتمية الانقاص، فقرة ٩١ ومابعدها .

(٢) من ناحية اخرى فقد سبق ان وضحنا ان الانقاص تعرض، بصفة خاصة في تطبيقه الحالى ، لنقد من بعض الفقهاء الذى رأى انه يكون في هذه الحالة جزاء اشد من البطلان الكامل للتصرف ، حيث انه غالبا ما يتم رغما عن ارادة المتعاقدين ، وهنا ايضا نكرر ان الانقاص لا يستند دائما الى ارادة ورغبة المتعاقدين ، بل قد يفرض لاعتبارات المصلحة العامة وحماية للنظام العام .

راجع في تفصيل ذلك فارجا ، النظام العام الاقتصادى ، ص ٣٩٩ ، مجدى خليل ، التوجيه الاقتصادى والعقود ، ١٩٦٧ ، ص ٢٨٠ .

انقاص التزامات الطرف المغبون

٥٩ـ يعد الغبن بمختلف حالاته وتطبيقاته مجالا خصبا لاعمال الانقاص ، يستوى في ذلك ان يترتب الغبن اثر الاستغلال ، او يكون غبنا مجردا في الحالات التى يعتد فيها القانون بمجرد عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين ، اي الغبن المجرد او الموضوعي . فقد اجاز المشرع للقاضى ، بشروط محددة ان ينقص من التزامات المتعاقد المغبون ، واذا كان المشرع اجاز كذلك ابطال العقد او التصرف ، فاننا نرى ان الانقاص هنا يعد الجزاء الطبيعي والاكثر ملائمة ، طالما كان التزام الطرف المغبون قابلا للتجزئة والانقسام ، وهو بالفرض مجال حديثنا الان . لذلك نرى كثرة تطبيقات الانقاص في هذا المجال ، من أمثلة ذلك[٢] :

ـ بيع السماد ـ

فقد قررت المادة الاولى من القانون الفرنسى الصادر في ٨ يوليو ١٩٠٧ والمعدل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧ بشأن بيع السماد « ان الغبن الذي يزيد على الربع في شراء السماد والمواد الغذائية . . يعطى للمشترى الحق في دعوى انقاص الثمن والتعويض عن الاضرار التي أصابته » .

ـ المساعدة والانقاذ البحرى

فقد اجازت المادة السابعة من القانون الفرنسى الصادر في ٢٩ ابريل ١٩١٦ بشأن المساعدة والانقاذ البحرى تعديل اتفاق المساعدة الذي يتم تحت تأثير الخطر ، طالما كانت التزامات الطرفين غير متعادلة[٢] .

ـ بيع المحل التجارى

أجازت المادة التاسعة من القانون الفرنسى الصادر في ٢٩ يونية ١٩٣٥ ، بشأن بيع المحلات التجارية ، للمشترى الحق في انقاص الثمن اذا ما تجاوزت قيمة العناصر المعنوية للمحل ٣٣٪ من قيمته الفعلية يوم البيع .

---

(١) راجع في هذه التطبيقات ، بدر جاسم اليعقوب ، المرجع السابق ، رقم ٩٤ وبعده .

(٢) انظر في نفس الحل المادة ٢٥٠ من قانون التجارة البحرية التونسى والمادتين ٣٠٦ ، ٣٠٧ من قانون التجارة البحرية المغربي .

انقاص أجر الوكيل

اجاز المشرع في العديد من الانظمة انقاص اجر الوكيل اذا كان مبالغا فيه ، حيث اخضع المشرع هذا الاجر لرقابة القضاء[1] ، ما لم يدفع طواعية بعد تنفيذ الوكالة . وقد قام القضاء بمد هذا الحكم ليشمل انقاص الاجر المغالى فيه في العديد من المهن الحرة ، كأتعاب المحاماة ، واتعاب الطبيب والمهندس المعمارى ، وغير ذلك من المهن الحرة المختلفة[2] .

انقاص التزامات الطرف المذعن

٦٠ـ وفقا للمادتين ١٤٩ مدنى مصرى ، ٨١ من القانون المدنى الكويتي اذا تم العقد بطريق الاذعان . وتضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى بناء على طلب الطرف المذعن ،أن يعدل في هده الشروط بما يرفع عنها اجحافها ،أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها ، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . فقيام القاضي بتخفيف الشروط التعسفية في عقد الاذعان ، او اسقاطها كلية من على كاهل الطرف المذعن ، ما هو في الواقع الا اعمال لفكرة الانقاص ، التى يكون لها فضل الابقاء على العقد بعد انقاصه ، بدلا من ابطاله كلية ، وكما هو واضح يملك القاضي مع عقود الاذعان وسيلتي الانقاص ، اي الانقاص بالاسقاط ، اذا اعفى الطرف المذعن من بعض الشروط التعسفية ، والانقاص بالتعديل الى التخفيف ، اذا ما اقتصر القاضي على انقاص هذه الشروط بما يرفع عنها اجحافها .

ولا يعترض على اعمال الانقاص هنا مع عقود الاذعان ، بان الانقاص لا يتم الا بالنسبة للعقود الباطلة أو القابلة للابطال في شق منها ، فقد سبق ان

---

(١) راجع المادتين ١/٧٠٩ مدنى مصرى ، ١/٧١١ مدنى كويتي . وفي نفس المعنى ايضا المواد : ٧٠٩ مدنى ليبي ، ٥٨٤ مدنى سوداني ، ٦١٧ مدنى صومالى ، ٥٨١ مدنى جزائرى، ١/٩٤٠ مدنى عراقي ، ٧٧٠ موجبات وعقود لبناني ، ١١١٤ ، ١١٤٣ ، ١١١٤ مدنى تونسى ، ٨٨٨ ، ٩١٥ ، ٩١٦ مدنى مغربي ، ١٩٨٦ مدنى فرنسى ، ٦٦٢ مدنى الماني ، ٣٩٤ التزامات سويسرى .

(٢) راجع في انقاص الاجر المغالى فيه والتطبيقات القضائية بدر جاسم اليعقوب المرجع السابق ، فقرة ٤٤ .

وضحنا ان هذه النظرية تتسع لأكثر من ذلك وتمتد لتشمل كل تصرف قانوني معيب في شق منه ايا كان هذا العيب ، لذلك فهي تطبق ليس فقط على البطلان والقابلية للابطال ، بل تشمل كذلك القابلية للفسخ ، وعدم النفاذ ، وكل جزاء آخر يتعرض له التصرف القانوني يكون من شأنه بطلانه او ابطاله او عدم نفاذه او فسخه .

انقاص الشرط الجزائى

٦١ـ الاصل في الشرط الجزائى ، باعتباره تقديرا اتفاقيا للتعويض الذي يستحقه الدائن نتيجة اخلال المدين بتنفيذ الالتزام الذي يثقله ، عدم قابليته للمساس والتعديل ، لا نقصا ولا زيادة . غير ان المغالاة في تقدير الشرط الجزائى في بعض الحالات والتى بلغت احيانا حد التعسف ، دفعت المشرع في الكثير من الانظمة الى تخويل القاضي حق تعديل هذا الشرط بانقاصه ورفع المغالاة عنه . وهذا ما فعله المشرع في كل من مصر والكويت بالسماح للقاضي بانقاص الشرط الجزائى في بعض الحالات، يأتى في مقدمتها حالتا المغالاة في تقديره ، والتنفيذ الجزئى للالتزام الاصلى .

فوفقا للمادتين ٢/٢٢٤ مدنى مصرى ، ٣٠٣ مدنى كويتي يجوز للقاضى تعديل الشرط الجزائى اذا أثبت المدين أنه كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، وكذلك في حالة تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الاصلى[1] .

وواضح ان علة انقاص الشرط الجزائى في الحالة الاولى ترجع الى عدم شرعية هذا الشرط فيما انطوى عليه من مغالاة ، لا يكون لها مقابل في ذمة المدين ، ولان الشرط ـ باعتباره مقابلا ـ يكون قابلا للتجزئة والانقسام ، فقد لجأ المشرع الى ابطاله جزئيا فقط ، بقدر ما انطوى عليه من عدم مشروعية لانعدام مقابله ، بدلا من ابطاله كلية ، وما ذلك الا تطبيق لفكرة الانقاص .

وكذلك الامر في الحالة الثانية ، اي في حالة تنفيذ جزء من الالتزام الاصلى ، فان المدين تبرأ ذمته بما يقابل هذا التنفيذ من قيمة الشرط الجزائى ،

(١) راجع لمزيد من التفصيلات مؤلفنا في « الشرط الجزائى في العقود والتصرفات القانونية » وفقا للقانونين المصرى والكويتي ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، رقم ١٢٤ وبعده .

الذي يصبح غير مستحق للدائن في هذا القدر ، ويستحق فقط في قدره المتبقى ، الامر الذي يؤدى الى انقاصه بدلا من بطلانه كلية .

٦٢ـ وهكذا يمكننا التعميم والقول ان سلطة القاضي في انقاص الشق المغالى فيه ، سلطة متسعة لا تقتصر على حالتي بطلان هذا الشق وقابليته للابطال ، كما جاء بنص المادة ١٤٣ مدنى مصرى ، وكذلك المادة ١٩٠ مدنى كويتي ، بل تمتد سلطة القاضي لتشمل كل العيوب الاخرى التى تلحق التصرف القانوني في شق منه فقط .

لذلك فمن المتصور أن نجد تطبيقا لنظرية الانقاص مع نظرية الظروف الطارئة ، فاذا ترتب على هذه الظروف الاستثنائية العامة غير الممكن توقعها ان اصبح التزام احد المتعاقدين مرهقا في شق منه ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي بالاضافة الى امكان رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ان يبطل هذا الالتزام ، ليس في مجموعه وانما في شقه المرهق فقط . وهكذا يتحقق الانقاص مع الظروف الطارئة من وجهين : الاول ، انقاص بالاسقاط حيث يملك القاضي ابطال واسقاط الشق المرهق من التزام المدين ، والوجه الثاني ، انقاص بالتعديل حيث يملك القاضي انقاص الشق المرهق من التزام المدين دون ان يقضى عليه كلية[1]

---

(١) راجع هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ، مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨١ حيث جاء بها « فيلاحظ اولا ان نظرية الظروف غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال ، فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) او كان لاحقا له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم اثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالزام فقد يكون سببا في بطلانه أو في انقاصه على الاقل » . غير ان الطريقتين ليستا في الواقع سوى وجهين لنفس العملة والاختلاف هنا مجرد خلاف في التسمية .

المبحث الثاني

انقاص اثار التصرف

المقصود بانقاص اثار التصرف

٦٣ـ نقصد بانقاص اثار التصرف القانوني[١]، ذلك التعديل الذي يجريه القاضي على الاثار التى يرتبها التصرف القانونى دون تعديل ظاهر في مضمون التصرف نفسه ، فالتعديل هنا ، باعتباره وسيلة الانقاص ، لا يمس شكل التصرف وانما اثاره . وهذا ما يتحقق بالنسبة للتصرفات القانونية التى تتميز بالتوقيت ، كعقد الايجار ـ في غير الحالات التى يقرر فيها القانون خلاف ذلك ـ كما يتحقق بالنسبة للتصرفات الاخرى التى تتضمن شرطا أو شقا ، يتعين بدوره ان يكون مؤقت التطبيق . فاذا ابرم تصرف من هذه التصرفات المؤقتة التطبيق دون ان يحدد اطرافها نطاقا زمنيا لها ، او ابرمت بصفة دائمة مؤبدة ، او تحققت هذه المخالفة ليس بالنسبة للتصرف ذاته ، وانما بالنسبة لشق فيه فقط ، كأن يدرج في عقد العمل شرط عدم منافسة العامل لرب العمل دون تحديد لمدة معينة ، يكون هناك محل للتساؤل عن الاثر الذي ترتبه هذه التصرفات او الشروط التى خالفت صفة التوقيت هل تبقى صحيحة ام تبطل ؟ واذا ما ابطلت هل يبطل كل التصرف او كل الشق المخالف لصفة التوقيت ، ام يقتصر البطلان على ما يجاوز حد التوقيت ؟ يذهب الرأي السائد هنا الى ابطال التصرف او الشق المخالف لصفة التوقيت ، ليس في مجموعه وانما فقط فيما يجاوز حد التوقيت ، بمعنى ان يطبق التصرف وينفذ فقط بالقدر الذي يحقق معه صفة التوقيت ، التى يترك تقديرها للقاضي ، حيث بالفرض لا يكون المشرع قد عين الحد الاقصى .

وكما هو ملاحظ تتميز هذه الوسيلة من وسائل الانقاص بكونها تتعلق بالاثار التى تترتب على التصرف القانونى ، حيث يرد الانقاص على هذه الاثار مباشرة دون تغيير ظاهر في التصرف ذاته ، بينما في الحالات السابقة ، التى تعرضنا لها في المبحث الاول ، وان ترتب عليها انقاص في اثار التصرف ، الا

---

(١) راجع في استخلاص هذه الوسيلة من وسائل الانقاص سمليه، رسالته سابق الاشارة اليها.

ان هذا الانقاص لا يتقرر مباشرة ، وانما اثر الانتقاص من التصرف ذاته باقتطاع شق منه ، وحتى لو اعتبرنا ان الانقاص في الحالة الاولى يتضمن معنى الاقتطاع من مضمون التصرف ، الا ان هذا الاقتطاع يظل غير محسوس ، حيث لا يظهر انقاص من رقم او قدر الى آخر .

واستيفاء لتحديد هذه الوسيلة من وسائل الانقاص نتعرض فيما يلى لاهم تطبيقاتها :

انقاص اثار شروط عدم المسئولية

٦٤ـ شروط عدم المسئولية او الاعفاء منها في المجال التعاقدى لا تكون صحيحة الا بالنسبة للخطأ اليسير دون الخطأ العمد والخطأ الجسيم[١] . ولكن قد يحدث ان يتم الاتفاق بين المتعاقدين على الاعفاء من المسئولية التى تترتب اثر عقد ما ، بصياغة عامة غير قاصرة هذا الاعفاء على الخطأ اليسير ، ولذلك يثار التساؤل في مثل هذه الحالات عما اذا كانت هذه الشروط ، لعدم تقييدها وقصرها على مجالها الصحيح ، تكون باطلة في مجموعها ، ولا يترتب عليها اثر ، ام من الممكن ابقائها كما هي على ان تقتصر اثارها ، اي الاعفاء ، على الخطأ اليسير ، ولا يكون لها اثر بالنسبة للخطأ الجسيم ؟

لا شك لدينا انه يمكن هنا اللجوء الى نظرية الانقاص لما تتميز به من عمومية في التطبيق مع نصوص القانونين المصرى والكويتي بجعلها صالحة لمواجهة كافة حالات وصور البطلان والتعيب الجزئى التى تحدث عملا طالما أمكن الفصل والتمييز بين ما يبطل وما يبقى صحيحا من التصرفات القانونية حتى ولو تمثل ذلك في اثار التصرف وليس محتواه . لذلك نرى ان البطلان في هذه الحالة يجب ان يقتصر على اثار الشروط في مجال المسئولية المترتبة على الخطأ الجسيم والخطأ العمد ، فلا تسرى هذه الشروط ، بل تكون باطلة ، اما بالنسبة للمسئولية المترتبة على الخطأ اليسير فتبقى شروط عدم المسئولية صحيحة وتنفذ اثارها[٢] .

(١) راجع مؤلفنا ، مسئولية ناقل الاشخاص في القانون الداخلى والقانون الدولى ، دراسة للالتزام بالسلامة في النقل البرى والجوى والبحرى دار النهضة العربية ١٩٨٠ ص . ٢٨٠ فقرة رقم ١٩٩ وبعدها .

(٢) انظر في هذا المعنى : نقض تجارى فرنسى ٣ ابريل ١٩٦٨ ، المجموعة ١٩٦٨ ـ ٤ـ رقم =

انقاص اثار شروط عدم ضمان العيوب الخفية

٦٥ـ نفس الحل السابق يمكن تطبيقه ايضا بالنسبة لشروط عدم الضمان التى يشترطها البائع على المشترى وبمقتضاها لا يضمن الاول العيوب الخفية التى قد توجد بالمبيع ، فهذه الشروط لا اثر لها بالنسبة للعيوب الخفية التى يعلمها البائع ، فاذا جاءت هذه الشروط في صياغة عامة ، فانها تكون باطلة بالنسبة للعيوب التى يعلمها البائع ، او التى يفترض علمه بها اذا كان مهنيا ، ولكنها تكون صحيحة ويعمل بها خارج هذا النطاق . وهذا ما اخذ به القضاء بالفعل[١] .

انقاص اثار شرط عدم المنافسة

٦٦ـ اذا ادرج شرط عدم المنافسة في عقد العمل ، ولم تحدد له مدة زمنية ، فان هذا الشرط يكون صحيحا لمدة معينة يصبح بعدها غير مشروع ، ولان الشرط جاء خلوا من اي تحديد ، فلا يمكن القول انه باطل كلية او صحيح كلية ، ولعدم تحديد نطاقه الزمنى برقم معين ، فلا يمكن للقاضى تعديل هذا الرقم بانقاصه الى القدر المعقول ، لذلك فالحل يكون التوجه مباشرة الى اثار الشرط ، فيترك هذا الشرط على اطلاقه بالنسبة لاشتراطه ، ويحدد نطاق سريانه ، اي الاثار التى يرتبها فلا تصح هذه الاثار الا لمدة معقولة يقوم بتقديرها القضاء[٢]

وهذا الحل هو ما طبقه القضاء الفرنسى بالفعل بالنسبة لشرط الاحتكار الذي لم تحدد له مدة[٣] .

= ١٢٨ ص ٢٩٩ ، مدنى فرنسى ٢ اغسطس ١٩٥٠ ، داللوز ١٩٥١ ـ ٥٨١ ، مدنى فرنسى ١٨ يناير ١٩٣٧ داللوز ، ١٩٣٧ ـ ص ١١٣ .

(١) نقض مدنى فرنسى ١٧ مايو ١٩٦٥ ، المجموعة ، ١٩٦٥ ـ ١ رقم ٣٢٤ ص ٢٤٠ .

(٢) واضح ان ما يميز هذه الحالة ، اي انقاص اثار شرط عدم المنافسة ، عن الحالة السابق تعرضنا لها ، في الفقرة رقم ٥٣ الخاصة بتأقيت مدة شرط عدم المنافسة الذي لم تحدد له مدة ، انه مع فرضنا الحالى يتجه القاضى مباشرة الى اثار التصرف ، وليس الى مدة التصرف ، اما خلاف ذلك فالوسيلتان تتحدان بصفة خاصة فيما يتعلق بالنتيجة المترتبة على كل منهما ، وهي عدم اعمال الشرط الا لمدة محددة .

(٣) نقض مدنى فرنسى ٣ مارس ١٩٦٤ ، داللوز ١٩٦٥ ـ ٧٣ .

الباب الثاني

شروط الانقاص وقيوده

تمهيد وتقسيم .

٦٧ـ تعرضنا في الباب السابق للحالات والفروض المختلفة التى تحدد مجال الانقاص ، ولا يعنى ذلك اعمال الانقاص تلقائيا بمجرد توافر احد هذه الفروض، بل هناك شروط وقيود معينة يتعين تحققها ومراعاتها لامكان اعمال الانقاص ، وأول هذه الشروط هو ذلك الذي تتطلبه طبيعة الانقاص وجوهره الا وهو قابلية التصرف للانقسام والتجزئة ، فاذا كان التصرف كذلك ، أي قابلا للانقسام ، وكان الشق المتبقى منه صحيحا قابلا للوجود الذاتي المستقل ، انتقص من التصرف شقه الباطل ، ما لم يكن ذلك الشق جوهريا ، أي يمثل أهمية خاصة لدى المتعاقدين أو احدهما ، عندئذ لا يقوم الانقاص ، وذلك هو الشرط الثاني الذى يعبر عنه بالا يكون الشق الباطل هو الدافع إلى ابرام التصرف، حتى لا يأتي الانقاص رغما عن قصد وإرادة أطراف التصرف .

اذا تحقق الشرطان السابقان ، قابلية التصرف للانقسام ، وعدم جوهرية الشق الباطل بمعنى الا يكون دافعا الى التصرف امكن عمل الانقاص .

واذا كانت قابلية التصرف للانقسام شرطا بدهيا لا يتصور الانقاص دونه ، فعلى العكس من ذلك سنرى ان الانقاص يمكن ان يفرض ، لاعتبارات خاصة ، على الرغم من جوهرية الشق الباطل وكونه دافعا الى التصرف اي رغم ارادة المتصرف ، عندئذ يكون الانقاص آمرا ومفروضا ، اما بنص خاص واما لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، وأما لمقتضيات حسن

النية[1] . لذلك تمثل هذه الاعتبارات الاخيرة ، النص الخاص المخالف ، والنظام العام ، وحسن النية ، قيودا ترد على الانقاص ، وبتعبير ادق قيودا ترد على قابلية التصرف للانقسام كشرط لانقاصه .

وهكذا ، يتعين لاعمال الانقاص مراعاة الشروط والقيود السابقة ، التى نتعرض لها تباعا جاعلين لكل منها فصلا خاصا حيث نتعرض في الفصل الاول لقابلية التصرف للانقسام ، وفي الفصل الثاني لعدم جوهرية الشق الباطل ، اما الفصل الثالث فسنجعله لحتمية الانقاص ووجوبه ، رغم عدم اكتمال شروطه اعمالا للاعتبارات السابق الاشارة اليها .

(١) يمكن رد جميع شروط وقيود الانقاص الى الشرط الاول الخاص بقابلية التصرف للانقسام ، على ان يأخذ بمعنى عام متسع يشمل ، بجانب القابلية للانقسام والتجزئة من الناحية المادية وهذا هو المقصود من الشرط الاول ، القابلية للانقسام من الوجهة الشخصية ، اي في نظر المتعاقدين ، يشمل كذلك قابلية التصرف للانقسام والتجزئة ، من الناحية القانونية ، وهو المقصود بالقيد المتعلق بعدم التمسك بالبطلان التام بما يخالف القانون والنظام العام ، اخيرا يتعين عدم التمسك بالانقاص ، اي بانقسام التصرف وتجزئته بما يخالف حسن النية ، وهذا هو القيد الاخير .

الفصل الأول

قابلية التصرف للانقسام

٦٨ـ اذا تحقق مجال من مجالات البطلان الجزئى السابق التعرض لها ، فان ذلك يثير فكرة الانقاص من حيث المبدأ ، أما أعمال الانقاص فعلا فلا يمكن النظر فيه الا بعد التأكد من امكانه من الناحية العملية ، اي امكان الفصل بين الشق الباطل من التصرف وشقه الصحيح ، وهذا يتطلب اساسا قابلية التصرف للانقسام والتجزئة الى شقين ، شق باطل او معيب ، فيسقط ، وشق صحيح يبقى لينحصر فيه التصرف بعد انقاصه . لذلك فلا يكفي في الواقع ان يكون التصرف القانوني قابلا للانقسام ، بل يتعين ايضا ان يكون الشق الصحيح منه قابلا للوجود الذاتي المستقل ، مرتبا الآثار نفسها التى كان يرتبها التصرف الاصلى ، فقط مع انقاص هذه الاثار . بقدر ما انقص من التصرف .

يترتب على ما سبق انه اذا تعذر انقسام التصرف وتجزئته ، على الرغم من كون العيب لا يلحق الا شقا منه فقط ، فلا يكون هناك مجال للانقاص ، واذا امكن تجزئة التصرف الباطل جزئيا ، الى شق باطل وشق صحيح ، ولكن تعذر قيام الشق الصحيح دون الشق الباطل ، فلا انقاص ايضا ، اخيرا اذا امكن تجزئة التصرف الباطل جزئيا ، واسقاط شقه الباطل دون شقه الصحيح الذي يمكنه الوجود الذاتي المستقل عن الشق الباطل ، ولكن ترتب على ذلك تغيير في اثار التصرف من حيث الكيف وليس الكم ، اي تغير تكييف التصرف وطبيعته القانونية ، فلا نكون في الواقع امام انقاص بالمعنى الدقيق .

مما سبق يتضح لنا ان الشرط الأول لانقاص التصرفات القانونية المعيبة جزئيا يكمن في قابلية هذه التصرفات للانقسام والتجزئة ، فما المقصود اذن بقابلية التصرف للانقسام والتجزئة ؟

٦٩ـ ولا يجدينا كثيرا الرجوع الى النصوص التشريعية التى تحدد حالات

عدم قابلية الالتزام او الدين للانقسام[1] ، فبالاضافة الى ان هذه النصوص تتعلق بمسألة تنفيذ الالتزام ، وليس بطلانه ، فانها تواجه حالات تعدد احد طرفي الالتزام ، اي تعدد الدائنين او تعدد المدينين . بينما موضوعنا خاص بقابلية او عدم قابلية التصرف ذاته للانقسام الى شقين مستقلين ومتميزين يقوم احدهما ويسقط الاخر . ومن ثم ، فمع الانقاص يتحدد بحث مدى قابلية التصرف للانقسام ، الى شقيه ، الباطل والصحيح ، ويقتصر البحث على تحديد مدى إمكان قيام الشق الصحيح مستقلا عن الشق الباطل ومع ذلك يبقى لهذه النصوص التشريعية المنظمة لحالات عدم قابلية الالتزام للانقسام فضل تعداد هذه الحالات، من حيث المبدأ، الأمر الذى يسمح لنا باللجوء إليها للاسترشاد وبتعدادها وليس بأحكامها على ما سنرى.

وقد سبق ان اشرنا الى حالات البطلان الجزئى التى تمثل مجال ونطاق الانقاص ، فاذا توافرت احدى هذه الحالات تعين البحث عما اذا كان الشق الصحيح المتبقى من التصرف ، بعد اسقاط او انقاص الشق الباطل منه ، يمكنه القيام مستقلا عن هذا الشق ام يمتنع ذلك . فاذا امكن للتصرف القيام في شقه الصحيح دون شقه الباطل كان التصرف في ذاته قابلا للانقسام والتجزئة ، بمعنى ان طبيعته لا تحول دون ذلك الانقسام ، وهذا هو عدم الانقسام المادى أو الموضوعى الذي يرجع الى اصل التصرف وطبيعته . فاذا كان التصرف القانوني يتمثل في عقد بيع يرد على عدة اشياء ، تبين هلاك احداها قبل البيع ، كان العقد باطلا بالنسبة لهذا الشيء وصحيحا بالنسبة للاشياء الاخرى ، ولا نزاع ان البيع الوارد على الاشياء المتبقية ، يكون من الناحية المادية أو الموضوعية قابلا للقيام وترتيب آثاره في حدود هذه الاشياء .

غير ان قابلية التصرف للانقسام من الناحية الموضوعية او المادية ، اي التى ترجع الى طبيعة الاشياء ، لا تكفي لتحقق شرط قابلية التصرف للانقسام

---

(١) راجع المادة ٣٠٠ من التقنين المدنى المصرى التى تقرر ان الالتزام يكون غير قابل للانقسام : (أ) « اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم » ، (ب) « اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك ». وانظر في نفس المعنى المادة ٢٦١ مدنى كويتي .

اللازم لاعمال الانقاص ، بل يتعين الى جانب ذلك ان يكون التصرف قابلا للانقسام ايضا في قصد طرفي التصرف ، بأن تنصرف نيتهما الى امكان ابرام التصرف بعد اسقاط شقه الباطل ، ففي المثل السابق ، وعلى الرغم من امكان اتمام عقد البيع على الاشياء المتبقية ، الا ان ذلك قد لا يتمشى مع قصد وارادة المتعاقدين ،اللذين تكون نيتهما قد انصرفت الى ابرام عقد البيع على كافة الاشياء ، بحيث اذا تخلف احداها امتنع البيع ، عندئذ يكون التصرف غير قابل للانقسام من الوجهة الشخصية ، اي لدى المتعاقدين .

لا يكفي اذن ان يكون التصرف القانوني المعيب قابلا للانقسام موضوعيا او ماديا ، بل يتعين ، ايضا ، ان يكون قابلا للانقسام في قصد المتعاقدين ، اي قابلا للانقسام الشخصي .

نتعرض اذن لكل من القابلية للانقسام الموضوعي ، والقابلية للانقسام الشخصي ، كل في مبحث خاص .

المبحث الاول

القابلية للانقسام المادي

٧٠ـ التصرف القانوني يكون قابلا أو غير قابل للانقسام ماديا أو موضوعيا بحسب طبيعة محل التصرف أو موضوعه وما اذا كان يقبل بطبيعته للانقسام أم لا يقبل . بيد ان ثمة حالات يكون فيها التصرف القانوني قابلا للانقسام ماديا أو موضوعيا ، غير ان الطبيعة القانونية للتصرف تحول دون ذلك الانقسام لذلك فلا يكفي لتحقق القابلية للانقسام المادي او الموضوعى امكان ذلك الانقسام من الوجهة المادية البحتة التى ترجع الى الطبيعة المادية لمحل التصرف ، بل يتعين ان يكون التصرف قابلا للانقسام ايضا من حيث الطبيعة القانونية للتصرف ، وذلك على الوجه الاتى :

المطلب الأول

القابلية للانقسام المادى البحت

٧١ـ الشرط البدهى الذي يفترضه الانقاص ويقوم عليه ، هو ان يكون التصرف القانوني قابلا للانقسام المادى أو الموضوعى البحت ، فان لم يكن التصرف كذلك ، بان كان غير قابل للتجزئة والانقسام من حيث طبيعته المادية البحتة ، امتنع الانقاص ، والمقصود بعدم قابلية التصرف القانوني للانقسام المادى أو الموضوعى البحت[1] تلك الحالات التى يكون فيها احد الالتزامات التى يرتبها التصرف القانوني غير قابل للانقسام بسبب طبيعة المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام ، وهي الحالة التى اشارت اليها الفقرة (أ) من كل من المادتين ٣٠٠ مدنى مصرى ، ٣٦١ مدنى كويتي بقولها ان الالتزام يكون غير قابل للانقسام اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم . فعدم القابلية للانقسام هنا يرجع الى طبيعة الاشياء دون اي تدخل من الانسان أو القانون .

فاذا كان التصرف القانوني باطلا جزئيا فقط ، اي في شق منه دون الشق الاخر ، ولكن تعذر الفصل بين الشقين بحيث يكون للشق الصحيح وجود

(١) انظر في عدم القابلية للانقسام الموضوعى بصفة عامة تاندوجان ، البطلان والقابلية للابطال والفسخ الجزئى للعقود ، رسالة لوزان ١٩٥٢ ص ٥٧ وبعدها .

ذاتي مستقل غير مرتبط بالشق الباطل ، تعذر عندئذ انقاص التصرف بسبب عدم قابليته للانقسام المادى بطبيعته .

فاذا ابرم عقد تأمين لتغطية عدة مخاطر مقابل قسط واحد حسب اجماليا دون تخصيص نصيب كل خطر من قسط التأمين ، ثم بطل التأمين بالنسبة لاحد المخاطر التى يتضمنها ، وتعذر تحديد حصة هذا الخطر من قسط التأمين الاجمالى ، فان البطلان يمتد الى كل عقد التأمين ويمتنع الانقاص ، نظرا لعدم قابلية التأمين للتجزئة والانقسام ، وواضح ان عدم القابلية للانقسام يرجع في هذه الحالة الى طبيعة محل التصرف الذي يستعصى على الانقسام والتجزئة من الوجهة المادية البحتة[1] .

من أمثلة عدم القابلية للانقسام المادي البحت ايضا ، ما يحدث مع عقد البيع ، بصفة خاصة ، عندما يرد على عدة اشياء مقابل ثمن واحد قدر اجماليا لهذه الاشياء ، ثم تبين ان البيع باطل بالنسبة لاحد هذه الاشياء فقط ، وصحيح بالنسبة للاشياء الاخرى . فهنا ايضا اذا تعذر على القاضي تحديد ما يخص الشيء الذي وقع بيعه باطلا من ثمن ، فان البيع يبطل في مجموعه ، بسبب عدم قابلية مقابل التصرف للانقسام ماديا[2] .

والواقع انه من الناحية العملية نادرا ما تصل مثل هذه المنازعات الى القضاء ، اذ غالبا ما يحل النزاع وديا بين طرفي التصرف ، اما بالرجوع في التعاقد او عدم اتمامه ، واما بالاتفاق على انقاص المقابل من ثمن او قسط بما يقابل قيمة الشيء الذي وقع التصرف فيه باطلا .

وعدم قابلية التصرف للانقسام المادي البحت لا يقتصر على التصرفات

---

(١) انظر في هذا المعنى نقض فرنسى ـ ١٤ فبراير ١٩٦٨ ، مجموعة احكام النقض ١٩٦٨ ، رقم ١٠٠ ص ٨٣ ، مع ملاحظة ان الحكم كان بصدد فسخ العقد وليس بطلانه . والنتيجة في الحالتين واحدة .

(٢) عرائض فرنسى ١٤ نوفمبر ١٨٤٣ ، سيرى ١٨٤٤ ـ ١ ـ ٢٢٩ ، اشار اليه سمليه ، رقم ٢٩٦ من مرجعه سابق الاشارة اليه ، وراجع تعليق موريل ، سيرى ١٩٤٦ ـ ٢ ـ ٨٥ . وانظر بالنسبة لبطلان الهبة كلية رغم تعيبها جزئيا فقط ، بسبب عدم قابلية محلها للانقسام ، بلانيول وريبير ، جـ ٥ ، رقم ٤٢٩ ص ٥٦٣ .

البسيطة ، بل يتحقق ايضا بالنسبة للتصرفات القانونية المركبة ، مثل الوصايا والهبات المشتركة والتي تتم في صورة تصرف واحد وفي سند او محرر واحد . فاذا كان احد الموهوب لهم عديم التمييز مما يتعذر معه قبوله للهبة ، وتعذر كذلك افراز نصيبه من محل الهبة بسبب عدم قابلية المال الموهوب للانقسام ، فان اعمال الانقاص عندئذ يتعذر ومن ثم فلا مناص من بطلان التصرف بطلانا تاما[1] ، يشمل التصرف بأكمله .

المطلب الثاني
القابلية للانقسام من الوجهة القانونية

٧٢ـ لا يكفي لتحقق قابلية التصرف القانوني للانقسام المادي او الموضوعى ان يكون التصرف كذلك من الوجهة المادية البحتة على الوجه السابق عرضه في المطلب الاول ، بل يشترط كذلك ان يكون التصرف قابلا للانقسام ، ايضا ، من الوجهة القانونية ، والمقصود بذلك ان تكون عناصر التصرف القانوني ذاتها قابلة للانقسام ، ذلك ان بعض التصرفات القانونية لا تحتمل بطبيعتها الانقاص ، فاذا شابها عيب جزئى امتد البطلان الى التصرف باكمله وليس الشق المعيب فقط ، لان اسقاط او انقاص شق منها يؤدى بالضرورة الى الاخلال بتوازن التصرف ووجوده الامر الذي يحتم البطلان الكامل له ، وذلك على الرغم من امكان تصور قابليته للانقسام من الوجهة المادية البحتة .

وعدم قابلية التصرف للانقسام بسبب طبيعته القانونية يتحقق بالنسبة للتصرفات القانونية التى تحول طبيعتها القانونية دون وجودها جزئيا ، فهي اما توجد كاملة واما تبطل باكملها ، من امثلة ذلك القسمة ، والصلح ، والمقايضة .

فعقد القسمة اذا كان باطلا بالنسبة لاحد المتقاسمين ، كأن كان عديم التمييز ولم يمثله نائبه القانوني ، فانه يبطل بالحتم بالنسبة لسائر المتقاسمين ،

---

(١) انظر في هذا المعنى نقض مدنى فرنسى ٣٠ مارس ١٩٦٠ ، مجموعة احكام النقض ١٩٦٠ ـ ١ رقم ١٠٩ ص ١٥٣ .

حيث لا يتصور مع هذا العقد ان يكون باطلا بالنسبة لبعض اطرافه فيبطل في شقه المتعلق بهم ، ويكون في نفس الوقت صحيحا بالنسبة للبعض الاخر فيبقى بالنسبة لهم قائما منتجا لآثاره ، فهذه التجزئة لا يقبلها عقد القسمة بل تتنافر مع طبيعته التي تفترض الصحة المطلقة بالنسبة لسائر اطرافه .

نفس الفكرة السابقة نجدها بالنسبة لعقد الصلح ، فقد يتم التصالح بالنسبة لعدة منازعات ، أو بين عدة اشخاص متنازعين ، فاذا شابه البطلان في شق منه فقط ، فان طبيعة الصلح تفرض بالضرورة بطلانه كاملا ، وليس شقه المعيب فقط ، حيث لا تتصور تجزئة الصلح[1] ، مالم يتبين من عبارات العقد أو من الظروف المحيطة بالتعاقد ان المتصالحين قد اتفقوا على ان اجزاء العقد تكون مستقلة بعضها عن بعض[2] .

يتحقق عدم القابلية للانقسام ، ايضا ، بسبب الطبيعة القانونية للتصرف مع عقد المقايضة أو المبادلة ، فالعقد يعد في هذه الحالات ، وفقا لاحكام القضاء[3] كلا غير قابل للانقسام ، فلا يمكن اعتباره صحيحا ومشروعا بالنسبة لاحد طرفيه وباطلا بالنسبة للطرف الاخر . لذلك فلا يقبل البطلان الجزئى ، ولا يكون بالتالى محلا للانقاص[4].

---

(١) عرائض فرنسى ٣١ يناير ١٩١٧ ، سيرى ١٩١٨ ـ ١ ـ ١١٧ .

(٢) راجع المادة ٥٥٧ مدنى مصرى التى تنص على ان (١) « الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله » . (٢) « على ان هذا الحكم لا يسرى اذا تبين من عبارات العقد ، او من الظروف ، ان المتعاقدين قد اتفقا على ان اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض » . وانظر في نفس المعنى المادة ٥٦٠ مدنى كويتي .

(٣) نقض فرنسى اجتماعى ١٣ نوفمبر ١٩٦٧ ، المجموعة ١٩٦٧ رقم ٧١٥ ص ٦٠٥، نقض فرنسى اجتماعى ٢١ يونيو ١٩٦٩ ، المجموعة ١٩٦٦ ـ رقم ٦٣١ ص ٥٢٥ ، نقض فرنسى اجتماعى ١٨ مايو ١٩٦٠ ، المجموعة ١٩٦٠ ـ رقم ٥١٢ ص ٣٩٩ .

(٤) في نفس المعنى ايضا العقد الذي يبرمه القاصر ويصاب فيه بغبن ، فلتجنب ابطال القاصر للشرط او الشق الذي يعيب العقد بالغبن مع احتفاظه بالمزايا التى يقررها العقد ، اعتبر القضاء الفرنسى ان العقد يشكل في هذه الحالة كلا غير قابل للانقسام ، انظر في هذا المعنى نقض مدنى فرنسى ٢٦ مارس ١٩١٩ ، داللوز ١٩٢٠ ـ ١ ـ ١٦ ، ١٣ فبراير ١٩٠٦ ، داللوز ١٩٢٠ ـ ١ ـ ١٦ وراجع سمليه ، المرجع السابق ٢٩٩ .

المبحث الثاني

القابلية للانقسام الشخصي

٧٣ـ لا يكفي لاعمال الانقاص ان يكون التصرف القانوني قابلا للانقسام من الوجهة المادية ، فقد يكون التصرف قابلا للانقسام من الوجهة المادية البحتة ، وكذلك قابلا للانقسام وفقا لطبيعته القانونية ، ومع ذلك يتعذر انقاصه بسبب عدم قابليته للانقسام من وجهة اخرى ، هي قصد وارادة طرفيه ، التى تملك ان تجعل من التصرف القابل للتجزئة والانقسام بطبيعته المادية والقانونية ، غير قابل لذلك لديهما ، اي وفقا لنيتهما وارادتهما المشتركة التى يمكن استخلاصها بسهولة من ظروف وشروط التصرف ، ان لم يعبر عنها صراحة .

وبصدد تحديد متى يكون التصرف القانوني غير قابل للانقسام في نظر عاقديه ، وجد رأي متطرف بمقتضاه انه اذا ادرج طرفا التصرف بعض الشروط فيه ، فلابد وان تكون هذه الشروط لها قدر من الاهمية ، والا لما اشترطاها ، الامر الذي يجعل هذه الشروط غير قابلة للانفصال والتجزئة عن التصرف ، ومن ثم يصبح التصرف وشروطه وحدة واحدة وكلا غير قابل للانقسام[1] .

غير ان هذا الرأي واضح فيه التطرف والمغالاة ويعيبه انه يضع حكما واحدا لجميع الشروط التي تقترن بالتصرف القانوني ، وبصرف النظر عن مدى وحقيقة اهميتها لدى اطراف التصرف ، لذلك فلم يحظ هذا الرأي بتأييد من الفقه ولا من القضاء .

ونظرا لان شروط التعاقد او التصرف وغيرها من اجزائه تختلف اهميتها من تصرف الى اخر ، وكذلك من متصرف أو متعاقد الى اخر ، فان الحكم على التصرف القانوني وما اذا كان قابلا للانقسام أم غير قابل يجب ان يترك لتقدير القاضى وبحثه لكل تصرف على حدة ، باعتبار ان مسألة عدم القابلية

---

(١) راجع في هذا الرأي تروبلون Troplpng : Du contrat du mariage, T. I. NO 298

للانقسام هي مسألة واقع تترك لتقدير قاضي الموضوع يستخلصها من خلال بحثه لنية وارادة طرفي التصرف[1] . وقد لجأ القضاء بالفعل الى فكرة عدم قابلية التصرف للانقسام في قصد ونية عاقديه ، في الكثير من الاحكام ليبطل التصرف بأكمله ، ليس بصورة تلقائية كما ذهب الرأي السابق ، وانما بعد بحث ظروف التعاقد للكشف عن حقيقة نية المتعاقدين[2] .

٧٤ـ وتجد فكرة عدم قابلية التصرف للانقسام الشخصي مجالها الاساسي في التصرفات القانونية المركبة ، التي تتضمن أكثر من تصرف قانوني ، كل منها قابل للوجود الذاتي المستقل ، ولكن لتضمين هذه التصرفات في عملية قانونية واحدة ، وهي التصرف المركب ، تصبح هذه التصرفات غير قابلة للانقسام والتجزئة ، في نظر طرفي التصرف . فاذا ابطل اي من هذه التصرفات ابطلت التصرفات الاخرى ، التي تكون معه تصرفا واحدا غير قابل للانقسام ، ليس لطبيعة التصرف المادية ، ولا لطبيعته القانونية ، وانما لطبيعته التي قصدها طرفاه .

فاذا رغب شخص في هبة عقار ـ شقة سكنية مثلا ـ لشخص اخر ، ولكونه لا يملك مثل هذا العقار ، فيقوم بتسليمه الثمن الكافي لشرائه ، ويقوم هذا الاخير بالفعل بشراء العقار . هذه العملية القانونية بمرحلتيها هي في حقيقتها هبة ، ولكنها تمت على مرحلتين وبتصرفين قانونيين متميزين من الوجهة المادية والقانونية ايضا ، ولكنهما غير متميزين وغير مستقلين في نظر الواهب والموهوب له ، بل تمثلان تصرفا قانونيا واحدا غير قابل للانقسام والتجزئة ، بحيث اذا كان احدهما معيبا ، فان العيب يمتد الى التصرف الاخر

(١) انظر في هذا المعنى نقض مدني فرنسي ١٦ يوليو ١٩٥١ ، مجموعة احكام النقض ١٩٥١ ـ رقم ٢٢٣ ص ١٧٣ ، ٢٦ يونية ١٩٦٣ ، مجموعة احكام النقض ١٩٦٣ ـ ١ ـ رقم ٣٤٧ ص ٢٩٦ .

(٢) نقض مدني فرنسي ٢ يوليو ١٩٥٨ ، مجموعة احكام النقض ١٩٥٨ رقم ٣٥٢ ص ٢٨٤ ، اجتماعي فرنسي ٥ مارس ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٩٥٩ ـ ٤ ـ رقم ٣٣٣ ص ٢٧٤ ، نقض مدني فرنسي ٢٧ نوفمبر ١٩٦٣ ، مجموعة احكام النقض ١٩٦٣ ـ ١ ـ رقم ٥٢٠ ، نقض مدني فرنسي ٩ مارس ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٩٦٤ رقم ١٣٤ ص ٩٩ .

لما بينهما من وحدة في نظر المتعاقدين ، أو أحدهما على الأقل .

الفكرة السابقة نفسها نجدها ايضا اذا رغب الواهب في هبة مبلغ من المال ، ولأنه لا يملك هذا المبلغ ، يقوم ببيع مال يمتلكه ، ويسلم ما يحصل عليه من ثمن الى الموهوب له . هنا ايضا التصرفان ، البيع والهبة ، من حيث الاصل ، اي من حيث طبيعتهما المادية والقانونية ، مستقلان ومتميزان ، ولكنها ليس كذلك في نظر الواهب والموهوب له[1] . بل هما تصرف واحد قصد به الهبة اساسا .

ونظرا لعدم قابلية التصرفات السابقة للانقسام ، سواء التصرف الأول اي الهبة والشراء ، او التصرف الثاني ، اي البيع والهبة ، فان بطلان اي من التصرفات التى تتضمنها ـ والغالب ان يكون الهبة ـ يستوجب بطلان التصرف الاخر ، البيع أو الشراء ، فيكون التصرف بذلك ـ اي العملية القانونية باكملها ـ باطلا بأكمله .

ومع ذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي ، حماية للغير حسن النية ، وهو البائع في التصرف الاول والمشترى في التصرف الثاني ، الى قصر البطلان على الهبة دون البيع أو الشراء . فطبق فكرة عدم قابلية التصرف للانقسام الشخصى في العلاقة بين الواهب والموهوب له فقط معتبرا بذلك ان ما تمت هبته في حالة الهبة ـ شراء ليس مبلغ النقود وانما العقار نفسه ، وبالتالى فهو الذي يسترده الواهب اثر بطلان الهبة ، وبذلك يبقى البيع صحيحا في العلاقة بين الواهب والبائع ، ويحل الواهب محل المشترى ، اي يصبح هو المشترى ، بدلا من الموهوب له[2] .

اما في حالة البيع ـ هبة ، فان العقار هو الذي يعد محلا للهبة ، على

---

(١) راجع في هذه التصرفات بولانجيه : Boulanger : Usage et abus de la notion d'indivisibilite des actes. Juridiques. R. T. D. civ 1950. P. I

(٢) انظر على سبيل المثال نقض مدنى فرنسى ٣٠ ابريل ١٩٤١، داللوز ١٩٤٢ ص ٦ .

الرغم من ان الموهوب له لم يتلق في الواقع الا مبلغا من النقود[1] .

٧٥ـ ويهمنا ان نشير هنا الى ان قابلية التصرف القانونى للانقسام الشخصى ليست سوى شرط من شروط عديدة يجب توافرها لاعمال الانقاص ، ومن ثم فلا يعني توافر هذا الشرط ضرورة اعمال الانقاص تلقائيا ، بل يتعين التأكد من تحقق سائر شروط الانقاص الاخرى التى سنتعرض لها تباعا . من هنا يكون غير صحيح انتقاد بعض الفقهاء لهذا الشرط بقولهم ان بعض التصرفات المركبة وعلى الرغم من قابليتها للانقسام والتجزئة ، الا ان بطلان احد ها يؤدى الى بطلان الاخرى ، وهذا ما يحدث ، بصفة خاصة مع تلك التصرفات التى تعتمد فيها احدى عملياتها القانونية على الاخرى ، بان تكون احداهما رئيسية والاخرى تبعية ، كما في حالة التأمين عن المسئولية المدنية عن حوادث السيارات مع اتفاق الدفاع امام القضاء ، فاذا ابطل عقد التأمين يمكن للمؤمن له ان يتخلص ايضا من عقد الدفاع على الرغم من ان العقدين لا يكونان غير قابلين للانقسام في هذه الحالة ، اذ من الممكن ابرام عقد التأمين دون ان يتبعه اتفاق الدفاع امام القضاء[2] . والواقع ان استبعاد الانقاص في مثل هذه الحالة يرجع الى تخلف نفس الشرط محل حديثنا الان ، وهذا ما سيزداد ايضاحا من دراستنا للفقرات التالية .

٧٦ ـ والواقع أن فكرة قابلية التصرف للانقسام في قصد ونية المتعاقدين، أى قابليته للانقسام الشخصي ما هي إلا تعبير عن الشرط الأساسي الذى يقوم عليه الانقاص، والذى سنتعرض له في الفصل القادم، ألا وهو عدم جوهرية الشق الباطل من التصرف في نظر المتعاقدين، والذى يعبر عنه الفقه والقضاء بألا يكون هذا الشق هو الدافع للتصرف والتعاقد.

---

(١) انظر عرائض فرنسى ١١ مارس ١٨٦٢ ، داللوز ١٨٦٢ ـ ١ ـ ٢٧٧ . وراجع في انتقاد مسلك القضاء في اللجوء الى فكرة عدم القابلية للانقسام الشخصى في الحالات المشار اليها بالمتن ، بولانجيه ، مقاله السابق ص ٩ .

(٢) راجع في هذا النقد سمليه ، المرجع السابق ، رقم ٣١٠ . ونفس المثل الوارد في المتن يمكن ان يحدث في عقد الايجار المقترن به وعد بالبيع ، اذا ما بطل الوعد بالبيع وحده .

فانقاص التصرفات الباطلة جزئيا يقوم ، وفقا لتنظيمه التشريعي[1] ، وكذلك تطبيقه قضائيا[2] ، استنادا الى ارادة ونية المتعاقدين ، فهو ليس الا مجرد تفسير لارادة المتعاقدين ، كما توضح المذكرة التفسيرية للقانون المدنى المصرى . فكل من عدم قابلية التصرف للانقسام في نظر وقصد المتعاقدين ، والشرط أو الشق الدافع للتصرف ما هما سوى طريقتين للتعبير عن نية وارادة المتعاقدين ، فالشرط او الشق الدافع هو هدف يقصده المتعاقدان ، وعدم القابلية للانقسام الشخصى هي طريقة للوصول الى هذا الهدف . لذلك يمكننا القول ان عدم قابلية التصرف للانقسام هو نتيجة تكييف الشق الباطل في التصرف بانه دافع الى هذا التصرف[3] .

واذا كان القضاء يعبر احيانا عن نية المتعاقدين بالشق او الشرط الدافع للتصرف ، فان ذلك يكون عادة بالنسبة للتصرفات البسيطة ، حيث تكون فكرة الشرط الدافع اكثر ايضاحا وتعبيرا عن قصد ونية المتعاقدين . وهو كذلك يعبر عن هذه النية بفكرة عدم القابلية للانقسام ـ الشخصى ـ بالنسبة للتصرفات المركبة لكونها اكثر تعبيرا عن هذه النية . وهكذا نرى ان شرط عدم قابلية التصرف المركب للانقسام يقوم بنفس دور الشرط الدافع في التصرفات البسيطة[4] ، بحيث يمكن القول ، بلا اختلاف في المعنى ، وأيا كان التصرف

---

(١) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) راجع نقض مدنى مصرى ١٦ مايو ١٩٦٨ ، مجموعة احكام النقض س ١٩ ، ص ٩٥٤ الذي جاء به « لا يكفي لابطال العقد في شق منه تطبيقا للمادة ١٤٣ من القانون المدنى مع ابقائه قائما على باقى اجزائه ان يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته ، بل يجب ايضا الا يكون هذا الانقاص متعارضا مع قصد المتعاقدين ، بحيث اذا تبين ان ايا من العاقدين ما كان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب فان البطلان او الابطال لابد ان يمتد الى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده » .

(٣) لذلك فكثيرا ما يعبر القضاء عن نية المتعاقدين باستعمال كلا التعبيرين عدم القابلية للانقسام والشق الدافع . انظر على سبيل المثال : نقض مدنى فرنسى ٢ يوليو ١٩٥٨ ، مجموعة احكام النقض ١٩٥٨ ـ ١ رقم ٥٣٢ ص ٢٨٤ .

(٤) راجع في هذا المعنى سمليه ، المرجع السابق رقم ٣١١ ص ٣٨١ .

القانوني ، مركبا أم بسيطا ، ان الشق الصحيح والشق الباطل يكونا غير قابلين للانقسام ، لأن الأول يكون هو الدافع للثاني[1] .

ومما سبق يتضح لنا أن شرط قابلية التصرف للانقسام الشخصى ليس بشرط مستقل ومطلوبا لذاته لاعمال الانقاص وانما هو مجرد ترديد لشرط عدم جوهرية الشق الباطل من التصرف ، اي لعدم كونه دافعا الى التعاقد ، لذلك ، فان عدم قابلية التصرف للانقسام هو النتيجة المترتبة على تكييف الشق أو الشرط بأنه السبب الدافع للتصرف ، وكلا التعبيرين في الواقع ليس الا مجرد تعبير وايضاح لنية وارادة الطرفين[2] .

نكتفي اذن بما ذكرناه بالنسبة لفكرة عدم قابلية التصرف للانقسام الشخصى ، لنستوفي دراستها من خلال عرضنا للشرط الثاني ، وهو الا يكون الشرط الباطل دافعا للتعاقد ، لعدم جوهريته في نظر المتعاقدين ، وهو موضوع الفصل الثاني .

---

(١) وفي ذلك تقرر محكمة النقض الفرنسية « عندما تكون كل نصوص العقد، وفقا لنية الطرفين، مرتبطة فيما بينها ارتباطا وثيقا ، ويكون كل منها السبب الدافع للاخرى ، فان بطلان الشروط غير المشروعة يفسد ويبطل الشروط المشروعة ».
نقض ١ مدنى فرنسى ٢ يوليو ١٩٥٨ ، مجموعة احكام النقض ١٩٥٨ ـ ١ ـ ص ٢٨٤ رقم ٣٥٢ .

(٢) في نفس المعنى برنارد تيسييه ، مقاله سابق الاشارة اليه ، فقرة رقم ١٥ .

الفصل الثاني
عدم جوهرية الشق الباطل
لكونه غير دافع للتعاقد

تمهيـــد :

٧٧ـ لا يكفي لاعمال الانقاص ان يكون التصرف قابلا للانقسام بالمعنى السابق ايضاحه ، بل يشترط كذلك أن يكون الشق المتبقى صحيحا قابلا للوجود الذاتي المستقل في نظر المتعاقدين ، وهذا لا يتحقق الا اذا كان الشق الباطل من التصرف قليل الأهمية من حيث ارتباطه وعلاقته بالشق الصحيح ، وغير جوهرى في نية وقصد المتعاقدين . وبمعنى اخر يتعين ان يكون الشق الباطل غير دافع للتعاقد أو التصرف . فان كان الشق الباطل هو الدافع الى التصرف امتد البطلان ليشمل الشق الصحيح فيبطل كل التصرف .

والشق الجوهرى من التصرف ، أو الشق الدافع الى التصرف ، هو الذي عبر عنه المشرع المصرى بان العقد ما كان ليتم بغيره[1] . وفي نفس المعنى عبر عنه المشرع الكويتي بانه الشق الذي ما كان يبرم العقد بغيره[2] .

ومن مراجعة المادتين ١٤٣ مدنى مصرى ، ١٩٠ مدنى كويتي ، وكذلك ١٧٥ مدنى كويتي الخاصة بأثر الشرط الباطل على العقد المقترن به ، يتضح لنا

---

(١) راجع المادة ١٤٣ مدنى مصرى .

(٢) راجع المادة ١٩٠ مدنى كويتي . وراجع المادة ٢/١٧٥ التى تقرر : « فاذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع ، بطل الشرط وصح العقد ، ما لم يثبت احد المتعاقدين انه لم يكن ليرتضى العقد بغيره ، فيبطل العقد » .

وسنرى ان هذه الصياغة اكثر دقة وتعبيرا من صياغة المادة ١٩٠ مدنى كويتى ، والمادة ١٤٣ مدنى مصرى ، لانها توضح مباشرة ان معيار الانقاص هو ارادة المتعاقد المستفيد من الشرط . وليس ارادة المتعاقدين معا .

ان المشرع جعل ، في كلا النظامين ، من فكرة الشق أو الشرط الدافع معيارا للانقاص[1] . فما المقصود بهذه الفكرة ؟ .

الشرط الدافع :

٧٨ـ فكرة الشرط الدافع الى التعاقد أو التصرف ترجع الى القانون الفرنسى ، وهي فكرة قضائية النشأة ، اذ لجأت اليها المحاكم كوسيلة للتخفيف من حدة ووطأة الحلول التى قررتها المادتان ٩٠٠ ، ١١٧٢ من التقنين المدنى الفرنسى . فالمادة الاولى قررت ان بطلان الشروط الملحقة بالتبرعات لا يؤثر عليها ، بل تبطل الشروط فقط وتبقى التصرفات ذاتها صحيحة . أما المادة الثانية فقد رتبت على بطلان الشروط الملحقة بعقود المعاوضة بطلان العقود معها .

وامام الحل الآمر المتطرف الذي وضعته هاتان المادتان ، بصفة خاصة المادة ٩٠٠ التى لا تجعل لبطلان الشروط المقترنة بالهبات وعقود التبرع عامة ادنى اثر عليها ، رغم ما قد تمثله هذه الشروط من أهمية خاصة لدى المتبرع ، قامت المحاكم بالتمييز بين نوعين من الشروط والاعباء التى تقترن بالهبات ، الأولى اعتبرتها شروطا غير جوهرية لعدم ارتباطها وعدم تأثرها بنية التبرع ، وهذه طبقت عليها نص المادة ٩٠٠ حرفيا ، فلا تأثير لبطلانها على العقد أو التصرف المقترنة به ، أما النوع الثاني من الشروط فيتميز بما له من أهمية خاصة لدى المتبرع تصل الى حد اعتباره السبب الباعث على تبرعه ، من هنا اعتبرت المحاكم ان مثل هذه الشروط الأساسية الجوهرية في ذهن المتبرع وقصده ، اذا بطلت لابد وان تؤثر في ارادته ونيته في التبرع ، ومن ثم فاذا هي ابطلت التبرع تبعا لبطلان هذه الشروط الجوهرية فانها تكون بذلك قد احترمت ارادة[2] المتبرع وحققت رغبته وقصده ، وفي نفس الوقت لا تكون قد خالفت نص

(١) والادق القول ان المشرع جعل من فكرة الشق الدافع معيارا للبطلان الكامل ، لانه جعل الاصل هو بطلان الشق الباطل فقط ، ما لم يثبت ان العقد ما كان ليتم دون هذا الشق الباطل .

(٢) راجع في هذا المعنى سمليه ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٥ ، ٢٦٦ ٨

المادة ٩٠٠ ، اذ ان ابطالها للتبرع ليس لمجرد بطلان شرط مقترن بها ، وانما لانعدام سببها المتمثل في الشرط الباطل .

وهكذا لجأت المحاكم الفرنسية ، في البداية ، الى فكرة السبب للتخفيف من حدة الحل الذي قررته المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى ، مقررة انه اذا ما ثبت ان الشرط الباطل المقترن بالتبرعات كان هو فعلا سبب التبرع فان البطلان يمتد الى التبرع ذاته ، اعمالا وتطبيقا للمادتين ١١٣١ ، ١١٣٣ مدنى فرنسى ، التى تنظمان نظرية السبب[1] .

والى جانب القضاء السابق الذي كان يستند في ابطال التبرعات الى نظرية السبب ، وليس لمجرد بطلان الشرط ، وجد قضاء اخر ، وان كان قد استند ايضا الى فكرة السبب ، السبب الباعث او الدافع ، الا انه تميز عن سابقه في انه كان يلجأ مباشرة الى نية المتبرع ليبحث من خلالها السبب الدافع للمتبرع ، وما اذا كان يتمثل في الشرط الذي .قرنه بالتبرع أم لا ، ولذلك كان هذا القضاء يستند الى المادة ٩٠٠ نفسها وليس المواد الخاصة بنظرية السبب ، أي المادتان ١١٣١ ، ١١٣٣[2] ، بحيث يمكن القول ان القضاء قد ادخل ، ضمنا ، فكرة الشرط الدافع على مضمون المادة ٩٠٠ ، وأصبحت شرطا لتطبيقها .

واستمر القضاء الفرنسى في تطوره الى ان كيف الشرط المقترن بالتبرع بانه السبب الدافع الى التبرع طالما ثبت لديه ان المتبرع لم يكن ليتبرع دون هذا

---

(١) انظر في تطبيقات ذلك : نقض مدنى فرنسى ١٧ يوليو ١٨٨٣ ، سيرى ١٨٨٤ ـ ١ ـ ١٦٠ تعليق لابيه ، داللوز ١٨٨٤ ـ ١ ـ ١٥٦ ، باريس ١٠ يونيو ١٨٨٧ ، داللوز ١٨٨٩ ـ ١ ـ ٩٢ ، نقض مدنى فرنسى ٧ يوليو ١٨٦٨ ، سيرى ١٨٦٨ ـ ١ ـ ٤٣٥ . ويلاحظ ان القضاء الفرنسى لجأ الى نظرية السبب في مجال التبرعات على الرغم من ان الشرط او العبء لا يمكن ان يكون سبب التبرع وفقا للقانون الفرنسى لانه لو كان كذلك حقا لانعدمت نية التبرع لدى المتبرع وبالتالى يتعذر وصف التصرف على انه تبرع . ولكن يبدو ان القضاء الفرنسى في سبيل تحقيق غرضه لم يهتم بالوسيلة الى ذلك ، راجع سمليه ، المرجع والاشارة السابقتان وانظر لمزيد من الايضاح ، ما سيرد لاحقا ، فقرة رقم ١٣٩ .

(٢) انظر على سبيل المثال عرائض فرنسى ٨ مايو ١٩٠١ ، داللوز ١٩٠٢ ـ ١ ـ ٢٢٠ .

الشرط ، بينما كان يرفض قبل ذلك التطور تكييف الشرط بانه كذلك ، سواء أكان شرط تعليق أم شرط تقييد ، ما لم يمثل هذا الشرط الغاية نفسها التى يهدف اليها المتبرع[1] .

بذلك يكون القضاء الفرنسى قد خلط ـ في مجال التبرعات ـ بين فكرة الشرط أو الشق الدافع ، وفكرة السبب الدافع أو الباعث الذي تقوم عليه نظرية السبب بمفهومه الحديث ، مستندا في ذلك الى انه اذا ما ثبت ان المتبرع لم يكن ليقدم على تبرعه دون الشرط أو العبء الذي اشترطه ، فذلك يدل على انه عوّل على هذا الشرط اهمية خاصة ، الامر الذي يجعل منه سببا دافعا لتصرفه ، وذلك على الرغم من الاختلاف الظاهر بين السبب والشرط ، فالهبة ، والتبرعات عامة ، يكمن سببها في ارادة التبرع حتى ولو علقت على شرط أو اقترنت بعبء ، باعتبار ان السبب هو الغرض أو الهدف النهائى الذي يهدف اليه المتبرع ، أما الشرط فهو مجرد وصف لطريقة تحقيق هذا الهدف ، وليس بالضرورة أن يكون هذا الوصف دافعا للتصرف ، نعم قد يكون هذا الوصف ـ أي الشرط ـ ضروريا وجوهريا ، ولكنه قد لا يكون هو السبب الدافع للتصرف بالضرورة[2] . أما اذا أخذ السبب على انه الباعث الدافع ، وفقا للنظرية الحديثة ، فهو لا يتمثل في كل باعث الى التصرف ، وانما في واحد فقط من بواعث التصرف المتعددة ، على ما سنوضح في الفقرة التالية .

(١) نقض مدنى فرنسى ٦ يناير ١٩٠٩ ، سيرى ١٩١٠ ـ ١ ـ ٣٤١ ، نقض مدنى فرنسى ٢٣ يوليو ١٩١٣ ، داللوز ١٩١٥ ـ ١ ـ ٤٩ ، نقض مدنى فرنسى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٤ ، داللوز ١٩٥٥ ص ٣٠٥ .

ويلاحظ ان تطبيق فكرة السبب او الشرط الدافع ليس قاصرا على الانقاص ، بل نجد القضاء يلجأ اليها ليحل بواسطتها مشكلات اخرى مختلفة تماما : فهذه الفكرة تقوم بدور هام في موضوع الرجوع في الهبة لعدم تنفيذ الموهوب له ما فرض عليه من اعباء ، حيث لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة الا اذا كان العبء او الشرط الذي اخل به الموهوب له هو السبب الدافع الى الهبة ، انظر في هذا المعنى نقض مدنى فرنسى ١٨ نوفمبر ١٩٥٧ ، الاسبوع القانونى ١٩٥٨ ـ ١٠٦٣٢ .

(٢) راجع في التفرقة بين السبب والشرط في التبرعات هامل :

= Hamel: La notion de cause dans les liberalités. Etude de la jurisprudence

٧٩ـ والواقع ان فكرة الشق أو الشرط الدافع ، باعتبارها معيارا للانقاص ، ما هي الا تعبير عن قصد ونية المتصرف من جعل شرط أو شق في التصرف ذا أهمية خاصة لديه ، لا تصل هذه الأهمية الى حد اعتباره الشرط أو الشق هو الباعث الى تصرفه ، أي سببا لهذا التصرف ، وانما تقتصر هذه الأهمية على جعله احد البواعث المختلفة التى دفعته الى التصرف ، والتى يبرز من بينها واحد فقط ـ ليس الشرط ـ ليكون السبب في التصرف . ومن هنا كان ارتباط الشق أو الشرط الدافع بنظرية السبب ، فكلاهما يعد تعبيرا عن نية وقصد المتصرف اي ارادته ، والى هنا يقف التشابه بين الشق أو الشرط الدافع ونظرية السبب ، اي السبب باعتباره باعثا . فهذا الاخير باعتباره ركنا من اركان التصرف ، يترتب على بطلانه بسبب عدم مشروعيته أو غير ذلك من الأسباب ، بطلان التصرف حتما وتلقائيا ، دون حاجة لبحث نية وارادة المتصرف ، اما الشرط او الشق الدافع ، فما هو سوى شرط او نص من نصوص التصرف ، لذلك فلا يترتب على بطلانه بالحتم والضرورة بطلان التصرف ، بمعنى ان بطلانه لا يؤدى وبذاته الى بطلان التصرف تلقائيا ، وانما من خلال تأثيره على ركن من اركان التصرف ، وهو ركن الارادة والنية الذي يتصل به ويعبر عنه ، فاذا اثر بطلان هذا الشرط أو الشق في ارادة ونية المتصرف ، بطل التصرف ، ليس لمجرد بطلان هذا الشرط ، وانما لتأثير بطلانه على ارادة ونية المشترط . وهذا لا يتحقق الا اذا كان لهذا الشرط أهمية خاصة في نظر المتصرف ، بان كان قد عول عليه في تصرفه ، وبمعنى اخر كان من ضمن العوامل التى دفعته الى هذا التصرف . عندئذ يمكننا القول ان بطلان هذا الشرط ، اي عدم تحققه سيؤثر بالحتم في ارادته للتصرف الذي اقترن به هذا الشرط ، الامر الذي يؤدى الى بطلان التصرف ذاته لتعيب الرضا والارادة .

= français et recherche d'une definition, Paris, 1920, P. 197.
هذا ويلاحظ ان الشرط باعتباره امرا عارضا لا يمكن ان يكون في السبب الذي هو جزء من محتوى الارادة . راجع مقالنا ، الرجوع في التعاقد ، سابق الاشارة اليه .

اما اذا لم يكن الشرط أو الشق دافعا للتصرف ، فان بطلانه وعدم تحققه لن يؤثر في ارادة المتصرف ، لكونه لم يعوّل عليه أهمية خاصة ، ومن ثم ، يبقى التصرف رغم بطلان الشرط أو الشق .

وهكذا ننتهى الى ان المقصود بكون الشرط أو العبء دافعا ، في مجال التبرعات ، مجرد ايضاح وتعبير عن مدى أهمية هذا الشرط أو العبء في قصد وارادة المتبرع[1] ، الامر الذي يجعل منه معيارا قصديا للانقاص ، اي يتوقف على قصد وارادة المتصرف .

٨٠ـ أما في مجال التصرفات غير المجانية ، أي في مجال المعاوضات ، فقد نصت المادة ١١٧٢ مدنى فرنسى على أن بطلان شرط ، أو نص ، بمعنى العبء اي شرط التقييد بالمقابلة للاول ، وهو شرط التعليق ، يستوجب بطلان التصرف نفسه الذي يتضمن هذا الشرط طالما كان يعتمد عليه . وهنا أيضا لجأ القضاء الفرنسى الى فكرة الشرط الدافع لايضاح المقصود يكون التصرف يعتمد ويتوقف على الشرط . فقرر ان العقد او التصرف يعتمد ويتوقف على الشرط ، طالما لم يكن هذا التصرف ليبرم دون الشرط ، لكون هذا الاخير جوهريا في نظر المتصرف .

فاذا كان التصرف عقدا تعين التساؤل عما اذا كان المتعاقدان سيبرمان العقد لو كانا قد علما ببطلان الشرط الذي يتضمنه ام كانا يحجمان عن ذلك .

---

(١) ينتقد بعض الفقه الفرنسى تطبيق المادة ٩٠٠ على التبرع ـ هبة كان او وصية ـ الذي يقترن بشرط او عبء دافع الى هذا التبرع على اساس ان التصرف لن يكون عندئذ تصرفا مجانيا او تبرعا . وفي توضيح ذلك يفرق الفقه بالنسبة للهبة ـ بين العبء او الشرط الذي يفرض لصالح الموهوب له ، وذلك الذي يفرض لصالح الواهب نفسه او الغير . فاذا كان العبء او الشرط لصالح الموهوب له ، فانه يمكن ان يكون الدافع الى التبرع دون ان يفقد التصرف صفته المجانية . اما اذا كان الشرط او العبء لصالح الواهب نفسه او الغير ، فان التصرف عندئذ يصبح تصرفا بمقابل وليس مجانيا او تبرعا ، اذ يقوم العبء او الشرط عندئذ بدور المقابل . هذا بالنسبة للهبة ، اما بالنسبة للوصية فهي لا تقبل بطبيعتها المقابل ، لذلك لا يمكن القول ان ما يقترن بها من شروط او اعباء يمكن ان يكون الدافع الباعث اليها .

راجع تفصيل ذلك دى بيرو Dupeyraux : — Contribution a la theorie generale de l'act a titre gratuit, P. 197 et, S.

فاذا كان المتعاقدان سيستمران في التعاقد رغم ذلك ، كان الشرط عندئذ شرطا تبعيا غير جوهرى ، لا يترتب على بطلانه بطلان العقد لانه لا يتوقف ولا يعتمد عليه . اما اذا تبين ان المتعاقدين ما كانا ليبرما العقد اذا علما ببطلان الشرط لأوضح ذلك جوهرية هذا الشرط في نظرهما[1] ، ومن ثم يكون دافعا الى التعاقد ، يتوقف وجود العقد على وجوده ، فيترتب على بطلانه بطلان العقد نفسه .

وقد عبر القضاء الفرنسي عن هذا الشرط الذي يتوقف عليه العقد بكونه « الشرط الدافع[2] » أو لكونه « شرطا دافعا في نية الطرفين[3] » أو « الشرط الجوهرى والاساسي[4] » .

أما اذا كان التصرف انفراديا صادرا من جانب واحد فقط ، تعين التساؤل عن أهمية الشرط الذي يتضمنه في نية وارادة المتصرف نفسه .

وهكذا نرى ان الشرط أو الشق الدافع ، أو الجوهرى ، ما هو الا تعبير عن أهمية وجوهرية هذا الشق في نظر المتعاقد ، فنظرا لما له من أهمية لديه يكون هو الدافع له على التصرف والتعاقد . فهو اذن مجرد تفسير للارادة[5] يقوم ويستند عليها .

---

(١) سنرى لاحقا انه يكفي ان يكون الشرط او الشق الباطل دافعا لاحد المتعاقدين الى التصرف وليس بالضرورى ان يكون دافعا لكلا الطرفين ويقتصر التمييز بين ما اذا كان الشق الباطل دافعا لكلا الطرفين ام لطرف فقط ، في انه في الحالة الاخيرة يمتنع على هذا الطرف التمسك باسباب شخصية ما لم تكن متصلة بالطرف الاخر ، بان تكون معلومة منه او يمكنه العلم بها . انظر لاحقا الفقرة ٨٥ وبعدها .

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٨ ديسمبر ١٩٥٦، مجموعة احكام النقض ١٩٥٦ ـ ١ ـ ٤٧٧ ص ٣٨٤ .

(٣) تجارى فرنسى ٢٠ ديسمبر ١٩٦١ ، مجموعة احكام النقض ١٩٦١ ـ ٣ ـ رقم ٣٦١ ص ٣٢٩ .

(٤) عرائض فرنسى ١٢ ديسمبر ١٩٤٥ ، الاسبوع القانونى ١٩٤٦ ـ رقم ١ .

(٥) انظر في نفس المعنى سمليه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨١ حيث يقرر : « يمكننا القول ان فكرة الشرط الدافع ليست الا تعبير عن مبدأ استقلال الارادة من حيث تأثيره على مدى بطلان التصرفات القانونية » .

في نفس المعنى ـ ايضا ـ يقرر برنارد تيسييه ان بطلان العقد بطلانا كاملا او مجرد انقاصه يتم باسم ارادة الطرفين ، فالعقد يبطل كله عندما يقوم الشرط المعيب بدور =

٨١ـ وقد عبر المشرع المصرى ، في المادة ١٤٣ من القانون المدنى ، عن الشرط أو الشق الدافع ، بانه الشق الذي بدونه ما كان ليتم العقد . اما المشرع الكويتي فقد عبر عنه ، في المادة ١٩٠ مدنى كويتي بانه الشق الذي بدونه ما كان احد المتعاقدين ليبرم العقد . كما عبر عنه ، في المادة ٢/٢٧٥ ، بانه الشرط الذي يثبت احد المتعاقدين انه لم يكن ليرتضى العقد بغيره .

ويتضح لنا من الوهلة الاولى ان صياغة المشرع الكويتي تفضل صياغة المشرع المصرى ، لكونها اكثر دقة في التعبير عن معنى وجوهر الشق الدافع .

فقط ربط المشرع الكويتي بين الشرط او الشق الدافع والمتعاقد ، بما يعنى ان يكون هذا الشق جوهريا ودافعا الى التعاقد في نظر ونية المتعاقد ، وهو المعيار المنضبط لنظرية الانقاص والذي يربط بين انقاص العقد ونية وقصد المتعاقد .

اما المشرع المصرى فقد جاءت صياغته عامة تربط بين جوهرية الشق وقيام العقد بصفة عامة مطلقة دون ربط ذلك بالمتعاقد ونيته .

لذلك نبادر هنا بالاشارة الى ان الشق الذي بدونه ما كان ليتم العقد وفقا للمادة ١٤٣ مدنى مصرى ، ليس المقصود به ذلك الذي يحول دون قيام العقد من الوجهة القانونية ، بمعنى ان المشرع لا يقصد بالشق هنا ركنا جوهريا من اركان العقد ، وهذا امر واضح وبديهي حيث ان المشرع يتكلم عن شق من العقد من الممكن الا يترتب على بطلانه بطلان العقد ذاته ، بل يبقى ويستمر رغم بطلان هذا الشق ، لذلك فلا يتصور بأي حال ان يكون المقصود

= اساسى ، عندما تكون كل نصوص العقد ـ وفقا لنية الطرفين ـ مرتبطة ارتباطا وثيقا ، ويكون كل منها السبب الدافع للاخرى .

راجع مقاله سابق الاشارة اليه ، رقم ١٣ ، ١٥ . وراجع الاحكام التي اشار اليها مستخدمة نفس العبارات ، على الاخص نقض مدنى فرنسى ـ ٢ يوليو ١٩٥٨ ، المجموعة المدنية لاحكام النقض ص ٢٨٤ رقم ٣٥٢ .

راجع في نفس الاتجاه ايضا مارتي ورينو جـ ٢ ص ٦٣٠ رقم ٥٨٩ من الكتاب الاول طبعة ١٩٦٠ .

ركنا من اركان العقد[1] ، الذى بالفرض يكون قد وجد واكتملت اركانه الاساسية .

فالمقصود اذن بكون العقد لا يقوم بغير الشق الباطل وفقا للمادة ١٤٣ مدنى مصرى ، انه لا يقوم في قصد ونية المتعاقدين او احد هما ، وهذا بالفعل ما عبرت عنه المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى بقولها ان النص المذكور ليس الا تفسيرا لارادة المتعاقدين[2] . وهو أيضا ما أخذ به القضاء المصرى دون خلاف[3] .

٨٢ ـ وهكذا نصل إلى أن الشرط أو الشق الدافع للتصرف وأيا كانت العبارات التي استخدمت لصياغته، ما هو سوى وسيلة للكشف عن حقيقة نية وارادة المتصرف، الأمر الذى ينتهي بنا إلى القول بأن الانقاص يتوقف في الحقيقة، وكقاعدة عامة، على إرادة المتصرف ونيته.

التى استخدمها المشرع في الانظمة المختلفة ، تنتهى ، كما أوضحنا ، الى نية وارادة المتعاقدين ، وبصفة عامة اطراف التصرف .

كذلك العبارات التى استخدمها القضاء تدور جميعها حول نية وارادة المتصرف ، وما اذا كان قد نظر الى التصرف ككل غير قابل للتجزئة والانقسام ، ام على العكس من ذلك ، لا يوجد لديه ما يحول دون تلك التجزئة وذلك الانقسام للتصرف .

وهذا يوضح لنا مدى العلاقة بين الشق الدافع للتصرف وفكرة عدم قابلية التصرف للانقسام من الوجهة الشخصية ، التى سبق ان اشرنا اليها .

---

(١) ما لم يكن العيب قد اقتصر على شق فقط لاحد اركان العقد على الوجه السابق تعرضنا له في الفصل الثاني الخاص بانقاص عنصر جوهرى في التصرف القانونى، راجع فقرة رقم ١٣ وبعدها

(٢) راجع الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، جـ٢ ص ٢٦٠ .

(٣) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٦٨/٥/١٦ ، المجموعة الرسمية س ١٩ ص ٢٩٥٤ ، الذي اوجب بطلان العقد كله « . . . اذا تبين ان ايا من المتعاقدين ما كان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب. . . » كما اوجب كذلك . . « الا يكون الانقاص متعارضا مع قصد المتعاقدين . . . » .

فالشرط او الشق طالما كان دافعا الى التصرف يكون في الوقت نفسه دافعا الى النصوص الاخرى لهذا التصرف[1] ، فيوجد بين الشق الدافع وباقي التصرف ارتباط لا يقبل التجزئة والانقسام الشخصي ، اي في نظر المتصرف[2] .

وهكذا نرى ان عدم قابلية التصرف للانقسام من الوجهة الشخصية يعد نتيجة منطقية لاعتبار الشق او الشرط دافعا للتصرف ، والعكس صحيح ايضا ، فاعتبار شق ما من التصرف دافعا له ، يجعل بالضرورة من الشق والتصرف وحدة واحدة غير قابلة للانقسام والتجزئة . ذلك ان كلا من عدم القابلية للانقسام الشخصي ، والشق الدافع يرجعان الى اصل واحد هو نية وارادة المتصرف[2م] .

٨٣ـ واذ وصلنا الى ان معيار الانقاص هو نية وارادة المتصرف ، فان الامر يستوجب الرجوع الى هذه النية لتحديد ما اذا كان الشق الباطل جوهريا ودافعا الى التصرف ، أم غير جوهري وغير دافع للتصرف . وهنا يثار التساؤل عما اذا كان يلزم لبحث الصفة الجوهرية الدافعة الاعتداد بارادة طرفي التصرف ام ان ارادة واحد منهما فقط تكفي في حالة التصرفات الملزمة للجانبين . يقع علينا كذلك تحديد العلاقة بين الشق الدافع للتصرف ، الذي يترتب على بطلانه بطلان التصرف ذاته ، وسبب التصرف باعتباره ركنا من اركانه الجوهرية ، والذي يترتب على بطلانه بطلان التصرف أيضا ، خاصة وان كلا الفكرتين تتعلقان بالارادة والتراضي .

---

(١) بونسار وبلوندل A. Ponsard et P. Blondel : Rep. civ. vo Nullite, No. 155.

(٢) دريدا F.Derrida : Rep. civ. vo Indivisibilite, No. 2.

(٢م) انتقد بعض الفقهاء جعل ارادة المتصرف معيارا للبطلان ، خاصة وانها لا تكون الا ارادة مفترضة غير حقيقية ، وطالب هذا البعض بان يكون معيار البطلان معيارا موضوعيا .

راجع بصفة خاصة باراثون Barathon : De la divisibilite des clauses du contrat de mariage, Paris, 1913, P. 58.

تيرى Terre : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Paris, 1957, P. 200.

التمييز بين الشق الدافع والسبب

٨٤ـ انتهينا فيما سبق الى ارجاع فكرة الشق الدافع الى النية والارادة ، كذلك السبب يرجع الى الارادة ، فهو احد محتوياتها ، ولان كلا الفكرتين ترتبطان بالنية والارادة ، فلا نجد بينهما خلافا في الطبيعة . وانما يكمن الخلاف بينهما في الدور الذى يقوم به كل منهما . فالسبب ، باعتباره ركنا جوهريا في التصرف القانوني يترتب على بطلانه بطلان التصرف وعدم قيامه ، ومن ثم فلا يكون معه ثمة مجال لبحث الانقاص[1] . واذا كان **الأثر نفسه**، وهو عدم الانقاص ، يترتب على بطلان الشق الدافع للتعاقد ، فان ذلك لا يرجع الى الناحية الفنية أو القانونية لقيام التصرفات القانونية ، وانما يرجع الى سبب نفسي او شخصى ، يتعلق بارادة وقصد المتصرف ، الذي لا يرتضى قيام التصرف دون الشق الباطل ، لذلك يقع على القاضى ، اذا ما تبين ان الشق الباطل في التصرف يكون في الوقت نفسه ركنا من اركان التصرف ، ابطال التصرف استنادا الى نظرية السبب ، دون حاجة للبحث في ارادة المتصرف ، بل وحتى لو كانت ارادة هذا الاخير لا تحول دون قيام التصرف بغير هذا الشق[2] .

(١) باستثناء حالة البطلان الجزئى للسبب كما سبق ان اوضحنا في الباب الاول .

(٢) يمكننا بصدد ايضاح العلاقة بين الشرط الدافع والسبب الدافع التمييز بين ثلاثة انواع من الشروط التى تقترن بالعقد ، من حيث اهميتها : فهناك اولا شروط ثليلة الاهمية لا تأثير لها على ارادة التعاقد ، وهي التى لو كان المتعاقد يعلم ببطلانها لما ادرجها اصلا بالعقد واستمر في التعاقد دونها وهذه الشروط تبتعد كلية عن السبب الدافع للتعاقد ، وهناك ثانيا شروط اكثر اهمية في نظر المتعاقد ، بحيث لو كان يعلم ببطلانها لما اقدم على التعاقد كلية ، لذلك فان بطلانها يؤدى الى بطلان التصرف باكمله ، هذا النوع الثاني من الشروط يتمثل فيها الشرط الدافع . وهناك اخيرا نوع ثالث من الشروط ، هو في حقيقته احد الشروط التى تتضمنها المجموعة الثانية ، اي الدافعة الى التعاقد ، فقد يبرز شرط منها ويتميز بدور خاص ، لكونه الباعث الحقيقي والدافع الرئيسى للتعاقد ، عندئذ يستقل هذا الشرط بوصف السبب الدافع الى التعاقد ، فان تحقق ذلك وجب تخليه عن صفة الشرط واحتفاظه بصفة السبب ، حيث تجب هذه الصفة الاولى . بهذا التمييز ينعدم كل خلط بين الشرط الدافع والسبب الدافع في نظرنا .
راجع قريبا من هذه التفرقة سمليه ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٢ .

من هنا كان انتقادنا للاحكام القضائية التى ادخلت فكرة السبب عند بحثها لفكرة الانقاص[1] .

ولكن ، هل يتصور عملا اختلاط الشق او الشرط الدافع بالسبب باعتباره ركنا في التصرف ؟

يبدو لنا ان ذلك لا يتحقق الا في حالة واحدة تتعلق بعقد المعاوضة الملزم لجانب واحد عندما يكون معلقا على شرط والذي يأخذ بذلك حكم التصرف الملزم للجانبين كأن يتعهد شخص بشيء ما لآخر ، بشرط قيام هذا الاخير بعمل معين . فالشرط يكون في هذه الحالة مقابلا للشيء ، لذلك فهو يقوم بدور السبب في التصرف . فاذا كان الشرط باطلا ، فان التصرف يبطل ليس اعمالا لقواعد الانقاص ، وانما للقواعد المنظمة **المسبب** ، اي لعدم شرعية هذا الاخير .

اما اذا لم يكن الشرط المعلق عليه العقد الملزم لجانب واحد مقابلا لما يتعهد به المتصرف ، اي كان التصرف شرطيا حقا ، كما في حالة الوعد بالبيع ، المقترن بشرط عدم المنافسة فلا تثار مشكلة السبب عندئذ . وبالتالى اذا كان الشرط باطلا ، بطل معه الوعد اذا كان دافعا الى التصرف ، وبطل الشرط فقط اذا لم يكن دافعا .

واما بالنسبة للتصرفات الملزمة للجانبين ، فيصعب في الواقع تصور ان يكون الشرط المقترن بها هو السبب في هذا التصرف الذي يتضمن بالفرض ادائين متقابلين يلتزم بهما طرفا التصرف ، لذلك فلا يكون الشرط عندئذ سوى وصفا لاحد **هذين** الالتزامين ، او قيدا عليهما ، اما اذا افترضنا ، جدلا ، ان هذا الشرط كان سببا للتصرف ، فان البطلان يترتب اعمالا لنظرية السبب . ونفس الحكم السابق يترتب ايضا بالنسبة للتصرفات المجانية ، اي التبرعات[2] .

---

(١) انظر على سبيل المثال الحكم الصادر من محكمة باريس في ٤ مايو ١٩٥١ جازيت باليه ١٩٥١ ـ ٢ ـ ٦١ ، الذى بحث ما اذا كان الشرط الباطل هو السبب الدافع الى التعاقد ، بصدد نظره في دعوى انقاص تصرف قانونى .

(٢) سمليه ، رقم ٢٨٥ .

وهكذا نخلص الى انه اذا كان الشق الباطل دافعا الى التصرف ، طبقت قواعد الانقاص التى تقضى ببطلان التصرف في هذه الحالة تبعا لبطلان الشق الدافع الجوهرى . اما اذا ارتفع الشق الى مرتبة السبب ، فان بطلان التصرف عندئذ يتم اعمالا لنظرية السبب غير المشروع[1] . ولا يكون هناك محل للانقاص .

يكفي أن يكون الشق دافعا لاحد الطرفين

٨٥ـ وضحنا ان الشق الباطل في التصرف القانوني يستوجب طرح واسقاط هذا الشق دون تأثير على باقي التصرف ، ما لم يكن هذا الشق هو الدافع الى التصرف فيبطل التصرف في مجموعه ، ويبقى علينا ان نحدد ما اذا كان يتعين ان يكون الشرط دافعا لكلا طرفي التصرف ، ام يكفي ان يكون دافعا لطرف واحد فقط ؟ .

نشير اولا الى ان هذه المسألة لا تثار الا بالنسبة للعقود والتصرفات الملزمة للجانبين ، اما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد وكذلك التبرعات، كقاعدة عامة، فلا يثار معها هذا التساؤل ، حيث لا يلتزم مع هذه التصرفات سوى طرف واحد فقط ، ومن ثم فالعبرة تكون بارادته هو دائما .

اما بالنسبة لعقود المعاوضة الملزمة للجانبين ، فقد اشارت المادة ١٤٣ مدنى مصرى الى الشق الدافع للعقد ، ومن ثم فلا يجدى هذا النص في تحديد ما اذا كان يكتفى بارادة احد المتعاقدين ام يتعين ان يكون الشق دافعا لكلا الطرفين .

---

(١) لذلك فنحن نعتقد عدم دقة ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتي تعليقا على المادتين ١٧٥ ، ١٩٠ من ان بطلان العقد نتيجة بطلان شرط او شق فيه دافع الى التعاقد ، لا يعدو ان يكون تطبيقا تشريعيا لنظرية السبب ، باعتباره ركنا لازما لا يقوم العقد بغيره . (راجع ص ١٦٦ ، ١٨١ من المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتي) .
ويلاحظ في هذا السصدد ان القانون الالماني الذي اقتبست منه نظرية الانقاص لا يعرف نظرية مستقلة للسبب ، فهـو ليس له وجود مستقل عن الارادة ، بل هو جزء منها . راجع ، السنهورى ، مصادر الحق في الفقه الاسلامى ، جـ ٤ ، ص ٤٢ وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، ص ٤٨١ .

على العكس من ذلك تشير المادتان ١٩٠ ، ١٧٥ مدنى كويتي الى الاكتفاء بارادة احد المتعاقدين ، حيث قررت المادة ٢/١٩٠ : « على انه اذا اثبت احد المتعاقدين انه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل او المبطل ، بطل العقد كله » . وفي نفس المعنى ايضا قررت المادة ٢/١٧٥ « فاذا كان الشرط الذى تضمنه العقد غير مشروع ، بطل الشرط وصح العقد ، ما لم يثبت احد المتعاقدين انه لم يكن ليرتضى العقد بغيره فيبطل العقد » .

٨٦- والواقع ان هذا الحل اي الاكتفاء بان يكون **الشق دافعا لأحد** المتعاقدين فقط هو الذي يفرض في القانون المصرى ايضا ، والا ما استبعد الانقاص الذي تمليه المادة ١٤٣ مدنى مطلقا او غالبا اذا تطلبنا لاستبعاده ان يكون الشق الباطل دافعا لكلا العاقدين . فالذي يحدث عملا ان الشق الباطل ، والغالب ان يكون شرطااشترط في العقد لصالح احد المتعاقدين ، يكون دافعا له فقط وليس للمتعاقد الاخر الذي يكون هذا الشرط بالنسبة له عبئا اضافيا يكفيه التخلص منه وليس من كل العقد . لذلك نجد عملا ان مصلحة طرفي العقد الدائن والمدين تتناقض بخصوص بطلان الشرط ، فبينما يكون من مصلحة المدين طلب الانقاص ، اي بطلان الشرط فقط ، نرى العكس من ذلك بالنسبة للدائن الذي تكون مصلحته في ابطال العقد كله ، ومن هنا يتعذر عملا ، في الغالبية العظمى من الحالات ، تطلب ان يكون الشق الباطل دافعا الى التعاقد بالنسبة لكلا الطرفين . لذلك فالمنطق يفرض الاكتفاء باثبات احد المتعاقدين فقط ان الشرط الباطل كان دافعا له الى التعاقد ، ليبطل العقد كله .

والحل السابق ، اي الاكتفاء بكون الشق الباطل دافعا لاحد المتعاقدين ، هو الذي اخذ به القضاء المصرى[1] . وهو ايضا الذي اشارت

(١) انظر نقض مدنى مصرى ١٦ مايو ١٩٦٨ ، المجموعة الرسمية س ٩ ، ص ٩٥٤ ، الذي جاء به « . . . بحيث اذا تبين ان ايا من العاقدين ما كان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب » .

انظر في نفس الاتجاه في القضاء الفرنسى ، محكمة اميان ، ٢٨ يونية ١٩٦١ ، داللوز ١٩٦١ ص ٧٢٦ . =

اليه المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى[1] . بل واخذت بعض نصوص القانون المدنى الاخرى بنفس الحل في بعض التطبيقات لفكرة الدافع الى التعاقد ، ليس في مجال البطلان الجزئى ، وانما في مجالات اخرى مثل الفسخ . من ذلك المادة ٤٤٤/١ التى قررت : « اذا استحق بعض المبيع او وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما اتم العقد كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على ان يرد له المبيع وما افاده منه[2] » . من ذلك ، في مجال الفسخ ايضا ، المادة ٤٣٨ التى نصت على انه : « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، جاز للمشترى اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما ان يبقى البيع مع انقاص **الثمن**»[3] .

٨٧ـ وهكذا يكتفى للبطلان الكامل للعقد واستبعاد انقاصه ان يكون الشق الباطل دافعا للتعاقد بالنسبة لاحد طرفيه فقط[4] ، بيد ان ذلك لا يعنى بالضرورة بطلان العقد وعدم انقاصه ، بل للمتعاقدين اذا ما كان بقاء العقد بعد انقاصه ، اي في شقه الصحيح ، في صالحهما ، ان يتفقا على ابقائه واستبعاد الارادة المفترضة التى يؤدى اعمالها الى بطلان العقد كله ، ويتحقق ذلك بصفة خاصة اذا ما كان الشق الباطل في مصلحة احد الطرفين المحضة ، في هذه الحالة لا يمكن للمتعاقد الاخر ، الذى لا يتقرر البطلان لصالحه ، التمسك بالارادة المفترضة لابطال العقد باكمله ، طالما فضل الطرف الاول الاحتفاظ

= ومع ذلك فهناك من الاحكام الفرنسية ما يتكلم عن الشرط الدافع للعقد او للطرفين . انظر في ذلك : ليل ٢١ يوليو ١٩٥٢ ، داللوز ١٩٥٣ ـ ٤٥ قسم الاحكام المختصرة، نقض مدنى فرنسى ١٧ يونيو ١٩٦٣ ، المجموعة ١٩٦٣ ـ ١١١ ـ رقم ٣٠٥ ص ٢٥٤ .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) انظر في نفس المعنى من حيث الدافع الى التعاقد المادة ١/٤٨٥ مدنى كويتي .

(٣) انظر في نفس المعنى من حيث الدافع الى التعاقد المادة ٤٧٩/ مدنى كويتي .

(٤) ويلاحظ ان المادة ١٣٩ مدنى المانى ، ولكونها تعتنق مبدأ البطلان الكامل للعقد من حيث الاصل ، ما لم يثبت احد المتعاقدين ان العقد كان سيبرم حتى دون الشق الباطل ، فيقع عليه ايضا ان يثبت ان الشق الباطل لم يكن دافعا للطرف الاخر كذلك .
انظر في ذلك تاندوجان ، المرجع السابق ، ص ٨٨٣

بالعقد بعد انقاصه ، خاصة وان ذلك الحل تفرضه مقتضيات حسن النية الذي يسود العقود والاتفاقات .

نشير اخيرا الى ان قواعد حسن النية تفرض ايضا على المتعاقد الذي يطالب بابطال العقد كله وليس انقاصه ، استنادا الى ان الشق المعيب كان دافعا له الى التعاقد ، الا يتمسك باسباب شخصية بحتة ، والا تعين عليه في هذه الحالة ان يثبت ان هذه الاسباب كانت معلومة من الطرف الاخر ، او على الاقل كان في امكانه العلم بها[1]

اثبات عدم جوهرية الشق الباطل

٨٨- جعل المشرع المصرى بالمادة ١٤٣ مدنى ، وكذلك المشرع الكويتي بالمادتين ١٧٥ ، ١٩٠ مدنى ، الاصل والمبدأ في حالة بطلان شق من العقد ، انقاص هذا العقد ، فهو بذلك يفترض عدم جوهرية الشق الباطل ، وعلى من يدعى عكس ذلك اثباته . اي يقع على من يطالب ببطلان العقد او التصرف جميعه اثر بطلان شق فيه ان يثبت ان هذا الشق الباطل كان جوهريا في نظره ودافعا له الى التصرف . اما تقدير وتقرير ما اذا كان هذا الشرط جوهريا ودافعا فعلا الى التصرف فيقع على قضاة الموضوع ، اعمالا لسلطتهم التقديرية[2] .

ولكن ماذا يكون موقف القضاء امام نص صريح في العقد يقرر بمقتضاه الطرفان ان شرطا او شقا معينا بالعقد يعد جوهريا دافعا للتعاقد ، بحيث اذا بطل او ابطل هذا الشق استوجب تلقائيا بطلان العقد وليس انقاصه ؟ من ناحية اخرى يثور التساؤل عن مدى إمكان افتراض الصفة الجوهرية الدافعة لبعض الشروط ، واذا حدث ذلك فماذا يكون مصير هذا الافتراض امام القرينة التى يفرضها المشرع بعدم جوهرية الشق الباطل ما لم يثبت العكس ؟

---

(١) وذلك وفقا لما هو معمول به في نظرية الغلط وعيوب الارادة الاخرى . انظر المرجع السابق ، رقم ٣٧٩ ص ٤٦٠ .

(٢) نقض مدنى فرنسى (٣) ، ٢٤ يونيو ١٩٧١ ، مجموعة احكام النقض - ٣ ص ٢٨٨ رقم ٤٠٥ ، داللوز ١٩٧١ - ١٣١ قسم الاحكام المختصرة، نقض مدنى فرنسى (٣) ، ٥ فبراير ١٩٧١ ، مجموعة احكام النقض ١٩٧١ رقم ٨٤ ص ٦١ ، نقض مدنى فرنسى (٣) ، ٢٢ اكتوبر ١٩٧٠ الاسبوع القانوني - ٢ - ١٦٦٣٦ .

بالنسبة لاتفاق الطرفين على جعل شرط ما جوهريا دافعا الى التعاقد والنص على ذلك صراحة بالعقد ، فاحيانا احترم القضاء الفرنسى هذا الشرط ، وكثيرا ما اغفله[1] . فاعمالا للقاعدة العامة التى تقرر ان العقد شريعة المتعاقدين ويلزم ليس فقط الاطراف بل القاضي ايضا ، طالما كان الاتفاق مشروعا[2] ، لا يملك القاضي ـ بحسب الاصل ـ ان يقرر ان دور مثل هذا الشرط يكون تبعيا في نية وقصد المتعاقدين وانه لم يكن دافعا الى التعاقد ، بل عليه احترامه وابطال العقد اثر ابطاله . وقد طبق القضاء ذلك بالفعل امام شرط تغير القيمة الايجارية لعقد ايجار المحل التجارى اثر تغير الظروف ، فنقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم الذي قضى بان بطلان هذا الشرط لا يمتد ولا يؤثر على العقد الذي يبقى صحيحا بعد اسقاط الشرط ، وذلك على الرغم من اتفاق المتعاقدين صراحة بالعقد على انه لا يقبل الانقسام[3] اي على جوهريه الشرط .

على العكس مما سبق لم ير القضاء الفرنسي في الشرط الذي يلحق بالتبرعات ليفيد عدم قابليتها للانقسام ووجوب بطلان التصرف باكمله اذا ما ابطل شرط فيه ، الا مجرد دليل بسيط يقبل اثبات العكس[4] . كما اغفل شرط عدم القابلية للانقسام المدرج بعقود المعاوضة طالما كان يشكل غشا نحو القانون[5] . وهذا ما يتحقق بصفة خاصة اذا تبين من العقد فعلا ان الشرط الباطل لم يكن دافعا الى التعاقد .

---

(١) برنارد تيسيه ، المقال السابق ، رقم ١٩ .

(٢) وهذا ما اكده ثقاة الفقه في مجال دراستنا ، انظر في ذلك كابيتان

Capitant :

Du sort du contrat contenant une clause annulee comme contraire aux lois sur le cours legal de le cours force du billet de banqe. D. H. 1927, Ch. P. 1.

(٣) انظر نقض مدنى فرنسى (٣) ، ٥ فبراير ١٩٧١ داللوز ١٩٧٣ ـ ١٥٣ .

(٤) عرائض فرنسى ٦ يناير ١٩٠٩ ، سيرى ١٩١٠ ـ ١ ـ ٣٤١ ، ١ مدنى فرنسى ٧ يناير ١٩٥٥ ، مجموعة احكام النقض ١٩٥٥ ـ ١ ص ٣ رقم ٣ .

(٥) نقض مدنى فرنسى (٣) ، ٦ يونية ١٩٧٢ ، داللوز ١٩٧٣ ـ ١٥١ .

وهكذا لم يحترم القضاء الاتفاق على جعل العقد غير قابل للانقسام وما يترتب على ذلك من بطلان العقد باكمله اثر بطلان شرط فيه ، الا اذا كان ذلك معبرا عن الواقع بالفعل[1] . بل واستبعد مثل هذا الاتفاق ، حتى ولو كان حقيقيا ، بالنسبة لبعض الشروط وذلك لاعتبارات تتعلق بالنظام العام[2] . كما سنرى لاحقا .

٨٩ـ اما فيما يتعلق بافتراض الصفة الجوهرية الدافعة الى التعاقد بالنسبة لبعض الشروط ، فهذا ما اقترحه البعض بالفعل ، نظرا لصعوبة الاثبات في هذا المجال ، وبقصد تسهيل عمل القاضي . بناء على ذلك فقد قيل ان وراء عدم قابلية عقد الصلح للانقسام توجد قرينة بسيطة على الصفة الجوهرية الدافعة للشرط الباطل الذي يتضمنه[3] . كما رأى بعض الشراح افتراض الصفة الجوهرية الدافعة لشرط الموائمة indexation بالنسبة للعقد الذي يدرج به مما يجعله غير قابل للانقسام ، وهذا الافتراض بسيط يقبل اثبات العكس بالاستناد الى قصد وارادة المتعاقدين[4] .

٩٠ـ يتضح لنا مما سبق ان معيار انقاص التصرفات القانونية يكمن في قصد وارادة المتعاقدين ، طالما كان التصرف قابلا للانقسام والتجزئة ماديا . ومع ذلك فان هناك بعض الاعتبارات قد تقف حائلا دون اعمال ذلك المعيار

---

(١) انتقد بعض الفقهاء السماح للقاضي باغفال ارادة الاطراف المعبر عنها في العقد تحت حجة الكشف عن ارادتهم ونيتهم الحقيقية . راجع في ذلك برنارد تيسيه ، مقاله السابق رقم ٢٢ .

(٢) وهذا ما فعله بصفة خاصة مع شرط الموائمة indexation ، راجع في ذلك مالورى Malaurie :

L, ordre public et contrat contraires l'ordre public, Paris, 1953, P. 154, No. 10.

(٣) راجع في هذا الاتجاه هنرى وليون وجان مازو ، دروس في القانون المدنى ، جـ٣ ، رقم ١٦٤٩ . ويلاحظ ان هذه القرينة اقامها المشرع المصرى وكذلك المشرع الكويتي في المادتين ٥٥٧ مدنى مصرى ، ٥٦٠ مدنى كويتي ، وهي قرينة قانونية ليست قاطعة .

(٤) فارجـــا

Farjat : L'ordre public economique, Paris, 1963, P. 393, No. 496.

مالورى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ .

القصدى ، وتقضى بعكس ما تتجه اليه ارادة المتعاقدين ، بعض هذه الاعتبارات يرجع الى ارادة المشرع الصريحة حيث يفرض الانقاص بنص آمر رغما عن ارادة المتعاقدين او على الاقل احدهما ، والبعض الاخر يرجع الى مقتضيات النظام العام ، وبعضها يرجع اخيرا الى ما تمليه قواعد حسن النية ، مع هذه الاعتبارات يكون الانقاص حتميا ومفروضا ، رغما عن ارادة المتعاقدين . وهذا ما نتناوله في الفصل التالي.

الفصل الثالث

حتمية الانقاص

تمهيـــد :

٩١ـ تبين لنا من دراستنا السابقة ان انقاص التصرفات القانونية الباطلة او المعيبة في شق منها دون شقها الباقي ، يتوقف على قصد وارادة طرفي التصرف ، طالما امكن الفصل والتجزئة بين الشقين ، المعيب والصحيح . وكان مقتضى ذلك ان يكون قصد وارادة اطراف التصرف هو المعيار الحاسم في هذا الصدد ، بحيث يكون هذا المعيار القصدى الشخصى هو الفيصل بين الانقاص والبطلان الكامل للتصرف ، فاذا اتجهت ارادة طرفي التصرف الى الانقاص كان لها ذلك ، وان اتجهت الى البطلان الكامل حكم به ايضا .

غير انه ثمة اعتبارات معينة قد تتدخل لتوقف هذا المعيار القصدى ، وتفرض انقاص التصرف على الرغم من ان اعمال هذا المعيار يؤدى الى غير ذلك . فيكون الانقاص هنا حتميا ومفروضا ولا يجدى معه الرجوع الى قصد وارادة اطراف التصرف .

كما قد تفرض **الاعتبارات نفسها** ايضا الحل العكسى ، اي تملى البطلان الكامل للتصرف بدلا من انقاصه .

هذه الاعتبارات يرجع بعضها الى ارادة المشرع الصريحة في فرض الانقاص في حالات معينة بدلا من البطلان التام للتصرف . ويرجع بعضها الاخر الى اعتبارات النظام العام . اخيرا فان مقتضيات حسن النية قد تحول دون التمسك بالبطلان التام وتحل محله انقاص التصرف .

نتعرض اذن لكل من الحالات السابقة التى تفرض انقاص التصرف القانوني بدلا من بطلانه كاملا ، جاعلين لكل منها مبحثا خاصا ، وذلك على الوجه الاتى :-

المبحث الاول : الانقاص المفروض بنص خاص .

المبحث الثاني : الانقاص لاعتبارات النظام العام .

المبحث الثالث : الانقاص وحسن النية .

المبحث الاول

الانقاص المفروض بنص خاص

٩٢- خلصنا من دراستنا السابقة الى ان معيار الانقاص ، اذا ما توافرت شروطه يكمن في قصد وارادة المتصرف او المتعاقد ، فاذا اتجهت ارادته الى جعل الشرط او الشق ، الذي ثبت بطلانه ، جوهريا ، فانه يكون بذلك دافعا للتعاقد والتصرف ، ومن ثم يترتب على بطلانه بطلان التصرف نفسه ، اما اذا لم يكن الشرط جوهريا دافعا ، فان بطلانه لا يؤثر على التصرف الذي يبقى رغم سقوط الشرط .

غير ان هذا المعيار القصدي ليس مطلق التطبيق ، بل ترد عليه بعض القيود لا يترتب فيها على بطلان الشرط او الشق بطلان التصرف باكمله ، على الرغم من جوهرية هذا الشق في قصد وارادة المتصرف وكونه دافعا له على التصرف .

واول هذه القيود يرجع الى ارادة المشرع الصريحة ، عندما يتدخل ، بنص خاص صريح ، ليفرض انقاص التصرف بدلا من بطلانه كلية ، مراعيا بذلك مصلحة اولى بالرعاية من مصلحة المتعاقد او المتصرف الذي يتمسك بالبطلان الكامل .

يأتى في مقدمة النصوص التشريعية التى تمثل قيودا هامة على المعيار القصدى الارادى ، الذي يستند الى قصد المتصرف ، تلك النصوص التى تمثل حماية خاصة للمستأجر في ايجار المساكن وايجار الاراضي الزراعية ، ومن امثلة

ذلك المادة (٣٣) من قانون الاصلاح الزراعى المصرى التى تفرض حدا اقصى للاجرة السنوية للاراضي الزراعية[1] . فاذا اشترط في عقد الايجار ازيد من هذه الاجرة ، تعيين بطلان هذه الزيادة والوقوف بالاجرة عند حدها الاقصى ، دون تأثير على عقد الايجار نفسه الذي يبقى صحيحا ، سواء اكانت هذه الزيادة دافعة ام غير دافعة للمؤجر ، ذلك ان الاخذ بالمعيار القصدى في هذه الحالة والاعتداد بقصد وارادة المؤجر ، سيقضى على الغاية التي من اجلها تدخل المشرع ووضع حدا اقصى للاجرة ، لذلك يستبعد هنا المعيار القصدى للمتعاقد ويحل محله قصد وارادة المشرع .

ومن امثلة ذلك ايضا المادة رقم ٦ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والتعديلات التى ادخلت عليها ، التى تبطل الاتفاق على اجرة تجاوز الحد الاقصى للاجرة المقررة قانونا بالنسبة لايجار الاماكن ، فمخالفة هذا الحد الاقصى لا يؤدى الى بطلان عقد الايجار ، وانما فقط بطلان ما زاد على هذا الحد الاقصى ، حتى ولو كانت هذه الزيادة في الاجرة هي التى دفعت بالمؤجر الى ابرام عقد الايجار[2] .

وفي **الاتجاه السابق نفسه** يمكننا ان نشير الى العديد من النصوص التشريعية التى تفرض انقاص العقد او التصرف ، بدلا من بطلانه باكمله ، اذا تضمن شرطا او شقا باطلا[3] .

٩٣ـ وتجدر الاشارة هنا الى ان وقف المعيار القصدى ، وعدم تطبيقه امام بعض النصوص التشريعية التى تفرض حلا مخالفا لما يفرضه هذا المعيار لا

(١) ادخلت على هذا القانون عدة تعديلات منها التعديل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ، والقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ .

(٢) راجع نقض مدنى مصرى ٢٤ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة احكام النقض س ١٧ ص ١٢١٦ . وانظر في نفس المعنى ايضا المادة ٢٢٧ مدنى مصرى التى تقضى بعدم جواز زيادة الفوائد الاتفاقية على ٧٪ فاذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى حدها الاقصى اي ٧٪ .

(٣) وانظر في تطبيقات الانقاص المفروض بنص تشريعي خاص في القانون الكويتي ، المادة ١/٥٤٧ مدنى التى تنص على ان يكون الاقراض بغير فائدة . ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته .

يقتصر على احلال الانقاص محل البطلان الكامل للتصرف المعيب في شق منه فقط ، بل كثيرا ما يكون تدخل المشرع لصالح الحل العكسى ، اي ليفرض البطلان التام للتصرف بدلا من انقاصه ، الذي يؤدى اليه المعيار القصدى ، ومن امثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١/٥١٥ مدنى مصرى من انه « اذا اتفق على ان احد الشركاء لا يساهم في ارباح الشركة او في خسائرها كان عقد الشركة باطلا » فمع هذا النص يترتب بطلان عقد الشركة بصرف النظر عن قصد وارادة الشركاء .

ومن امثلة ذلك ايضا ما نصت عليه المادة ٤٥٦ مدنى مصرى ، التى ابطلت الشرط الوفائى ، بقولها « اذا احتفظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

فمفاد هذا النص ان شرط الوفاء الباطل الذي يدرج بعقد البيع ، يؤدى الى بطلان العقد سواء كان هذا الشرط دافعا او غير دافع الى التعاقد[1] .

من النصوص الهامة التى تجدر الاشارة اليها هنا ـ ايضا ـ المادتان ١/٢٦٦ مدنى مصرى ، ١/٣٢٤ مدنى كويتي ، فهاتان المادتان تنظمان الشرط بالمعنى الفني ، اي باعتباره وصفا للرضاء والالتزام ، وتجعلان من الشرط الواقف الباطل سببا لبطلان التصرف المعلق عليه بطلانا كاملا ، دون بحث ما اذا كان هذا الشرط دافعا ام غير دافع . اي دون **الاعتداد** بنية المتصرف . فافاد ذلك ان المشرع يعتبر ان الشرط الواقف يكون دائما دافعا الى التعاقد .

وهكذا ، يتضح لنا من دراستنا السابقة ان الحل الذي يفرضه المعيار القصدى الذي يقوم عليه الانقاص ليس بحل حتمى ، بل هو حل احتياطى لا يتقرر الا اذا لم يوجد نص خاص يقرر حلا مخالفا ، غير ان النصوص التشريعية التى تفرض حلا مخالفا لما يمليه المعيار القصدى ، تعد قليلة في الواقع ، بالنسبة لحالات تطبيق هذا المعيار ، الامر الذي يجعل من هذه الصفة الاحتياطية للمعيار القصدى قليلة الاهمية من الناحية العملية ، وتجعل هذا

(١) اما المشرع الكويتي فقد سلك ازاء الشرط الوفائى مسلكا اكثر واقعية حيث نصت المادة ٥٠٨ مدنى كويتي على انه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمصروفات اعتبر العقد قرضا مضمونا برهن حيازى » .

المعيار الاصل والقاعدة العامة في هذا المجال .

اخيرا ، فتوجد حالات ، رغم ان النص التشريعي لا يفرض فيها صراحة استبعاد المعيار القصدى الذي يقوم عليه الانقاص ، الا ان اعمال هذا النص يؤدى حتما الى حل مخالف لما يقرره ذلك المعيار القصدى ، باعتبار ان الهدف الذي تغياه المشرع من هذا النص يؤدى بالضرورة الى ذلك ضمنا وليس صراحة ، اي يؤدى الى حل على خلاف ما يفرضه المعيار القصدى . وهذا ما يتحقق مع النصوص المتعلقة بالنظام العام ، التى يؤدى تطبيقها الى استبعاد المعيار القصدى . وهذا ما تتعرض له في المبحث التالى .

المبحث الثاني
الانقاص لاعتبارات النظام العام

٩٤- يرى بعض الفقهاء ان النظام العام يمكن ان يكون له دور في تحديد مدى بطلان التصرفات القانونية ، ففي بعض الحالات يستوجب النظام العام ان يكون بطلان التصرف جزئيا فقط ، وفي حالات اخرى يفرض البطلان الكامل للتصرف ، كل ذلك يتم بصرف النظر عما قد يؤدى اليه المعيار القصدى الذي يستند الى قصد وارادة المتصرف . ويستند هذا الاتجاه الى ان بطلان التصرفات القانونية باعتباره جزاء لمخالفة القانون يتعين ان يرتبط من حيث تقريره ومداه ، بأثر مخالفة القاعدة القانونية التى أهدرت عن التصرف ، فاذا مست المخالفة كل التصرف ابطل التصرف باكمله اما اذا لم يتعيب التصرف الا في شق منه فقط ، اقتصر البطلان على هذا الشق دون باقي التصرف .

ولتحديد وايضاح الربط بين مخالفة القواعد القانونية ومدى الجزاء الذي يترتب على ذلك ، اي مدى البطلان ، يميز الفقه بين نوعين من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ، التى تحظر بعض الشروط او الاتفاقات القانونية :

ففي بعض الحالات يكتفي النظام العام بدور سلبي بحت يتمثل في

مجرد الحظر والمنع ، اي حظر بعض الشروط او بعض العمليات القانونية دون ان يتدخل لايضاح اثر مخالفة هذا الحظر على التصرف القانوني نفسه . لذلك فهو يكتفي هنا بتقرير بطلان هذه الشروط او الاتفاقات التى يحظرها ، اما اثر ذلك على التصرف الذي يتضمنها فيتركه للقواعد العامة في هذا الصدد وبصفة خاصة للمعيار القصدى ، سابق الاشارة اليه[1] .

وفي حالات اخرى لا يقف دور النظام العام عند هذا الاثر السلبي ، بل يكون له دور ايجابي [2] في تحديد مدى البطلان ذاته وما اذا كان يكتفي ببطلان الشرط او الشق الباطل ، ام يمد البطلان الى كل التصرف . هذا النظام العام الحديث يتميز عن النظام العام التقليدى سابق الاشارة اليه بأنه لا يكتفي بتقييد حرية الافراد بالنسبة لشروط واتفاقات معينة ، بل يتجاوز ذلك ليفرض حكمه الآمر عليهم ، ولذلك فهو يقوم بتحديد الجزاء المترتب على مخالفته ، ليس فقط بالنسبة للشرط المخالف بل وبالنسبة للتصرف الذي يتضمنه ، وغالبا ما يفرض احلال النص القانوني الذي يقرره محل الشرط او الشق الباطل من التصرف .

ومن هنا فان الحل الذي يفرضه هذا النوع من النظام العام هو الذي يتبع ويلتزم به الافراد حتى ولو كان مخالفا لما اتجهت اليه ارادتهم المشتركة . فقد يفرض البطلان الجزئى للتصرف ، على الرغم من اتجاه ارادة الطرفين او احدهما الى البطلان في حالة بطلان الشرط والعكس صحيح ايضا .

٩٥- فالنظام العام في تطوره الحديث اصبح له اهتمامات اقتصادية واجتماعية ايجابية يسعى الى تحقيقها عن طريق القواعد القانونية التى يفرضها هادفا تحقيق المصلحة العامة ، فمن الوجهة الاقتصادية رأينا ان المشرع تدخل

(١) سمليه ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٧ . فهذا النوع من النظام العام يكتفي بتحديد ما هو محظور على الافراد من شروط واتفاقات ، فهدفه الاساسى رسم القيود على حريات البعض بقصد الحفاظ على حريات الاخرين .

راجع في تفصيل ذلك ، مالورى Malaurie : L'ordre public et le contrat, Etude de droit civl compare, 1953, P. 13.

(٢) مجدى صبحي خليل Khalil (M.) :le dirigisme economique et les contrats. Etude de droit compare : France, Egypte, U.R.S.S., 1967, P. 282.

وحظر شرط الذهب وجعله شرطا باطلا دون ان يمد ذلك البطلان الى كل العقد او الاتفاق الذي يتضمنه مقررا بذلك ان البطلان الجزئى هنا ـ اي الانقاص ـ يعد جزاء كافيا وملائما للمخالفة ، وبالتالى فهو يفضل من هذه الوجهة البطلان الكامل للعقد الذي قد يؤدى اليه المعيار القصدى ، من هنا كان لاعتبارات النظام العام الافضلية على المعيار القصدى في تحديد مدى البطلان ، لكونها تحقق ما يسعى اليه المشرع .

الفكر السابق نفسه نجده ايضا **في** النصوص التشريعية التي تفرض سعرا اجباريا بالنسبة لبعض السلع ، فان ما يهدف المشرع الى تحقيقه بتدخله هذا ، لا يتأتى الا مع انقاص التصرف في حالة مخالفة هذه النصوص ، اما لو ترك الامر للمعيار القصدى فقد يفرض البطلان الكامل للتصرف ، وهذا يتعارض مع ما اراد المشرع تحقيقه من حماية لافراد المجتمع .

ولحفظ النظام العام الاجتماعى يتدخل المشرع ليفرض حماية خاصة لبعض فئات المجتمع من عمال ومستأجرين ، فيضع حدا ادنى لاجور العمال ، وحدا اقصى لايجار المساكن والاراضى الزراعية لا تجوز **مخالفته** ، فلو اطلق المعيار القصدى مع مثل هذه النصوص ، لكان البطلان الكامل للعقد هو الحل الدائم او الغالب مع هذا المعيار ، ولان هذا ليس ما ابتغاه المشرع ، فيتعين ترك المعيار القصدى وافساح المجال لمعيار النظام العام الذي يفرض هنا الانقاص فيحقق بذلك السياسة التشريعية التى تغياها المشرع[1] .

واعتبارات النظام العام كما قد تؤدى الى فرض الانقاص بدلا من البطلان الكامل الذي يؤدى اليه المعيار القصدى ، فانها قد تفرض ـ كذلك ـ البطلان التام في حالات يؤدى فيها المعيار القصدى الى الانقاص فقط . ففي عقد ايجار اشترط فيه دوام مدته ، حكم القضاء الفرنسى ببطلان العقد

---

(١) راجع في المزيد من التفصيل مالورى، المرجع السابق ذكره، وانظر بصفة خاصة صـ ٢٤٧ وبعدها.

باكمله ، ولم يكتف بمجرد انقاصه بتعديل شرط المدة وجعله مؤقتا[1] .

٩٦- واستبعاد المعيار القصدى امام مقتضيات النظام العام يثير مسألة دقيقة هي معرفة متى يمكن اللجوء الى النظام العام لتحديد مدى بطلان التصرفات القانونية ، وبصفة خاصة احلال الانقاص محل البطلان التام للتصرف ؟

توجد في الواقع اكثر من وسيلة او معيار يمكن بواسطتها استبدال معيار النظام العام بالمعيار القصدى :

فيمكن اللجوء اولا الى صياغة القاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام والعبارات التى استخدمها المشرع[2] ، فقد يقرر المشرع صراحة اعتبار شرط ما غير متفق عليه ، اي اعتباره كأن لم ينص عليه في العقد او الاتفاق ، او يجعل المشرع النص الذي يقرره اجباريا واجب الاتباع ، او ينص على اتباع الحكم الذي قرره ما لم يوجد نص مخالف ، والى ما غير ذلك من الصياغات المختلفة التى توضح قصد المشرع وموقفه من اثر بطلان شرط او اتفاق ما على التصرف الذى يتضمنه، فقد توضح صياغة النص ان المشرع يكتفي ببطلان الشرط فقط دون مساس بالعقد او التصرف ، الذي يظل قائما في جميع الاحوال وايا كانت ارادة وقصد عاقديه . بينما في حالات اخرى ، لا يكون تدخله بهذا التحديد ويقنع ببطلان الشرط دون تحديد لمصير العقد .

ويلاحظ مع هذا المعيار ضرورة مراعاة الحذر عند اعماله ، حيث قد تؤدى العبارات التي يستخدمها المشرع الى نتيجة غير صحيحة لا تعبر عن حقيقة ما قصده فعلا ، اضافة الى ان هذه العبارات قد لا تفيد في مجالنا هذا ولا توضح ما اذا كان الاثر المترتب على بطلان الشرط يقتصر عليه ام يمتد الى كل التصرف .

---

(١) انظر في ذلك ازيما Azema (J) : La duree des contrats successifs, 1969, P.23.31.
انظر في البطلان التام ـ أيضا ـ اعمالا لمقتضيات النظام العام : نقض اجتماعي فرنسي ٤ مايو ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٧ ـ ٣١٣ تعليق مالورى، ٧ يوليو ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض ـ ٤ ـ رقم ٥٣٥، ص ٤٥٣، أول فبراير ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض ـ ٥ ـ ٦٧ ص ٦٤.

(٢) Martin, Maus et La Farge : Commentaire du decret du 30 septembre, 1953, D. 1954, Leg. P. 185.

٩٧ـ لذلك يمكن اللجوء الى معيار اخر يتوقف على طبيعة القواعد القانونية التى خولفت ، فاذا كانت هذه القواعد تتعلق بالنظام العام الاقتصادى ، تعين انقاص التصرف القانوني وعدم بطلانه بطلانا كاملا ، وفي ذلك يقول : « فارجا[١] » : عندما يقتضى النظام العام الاقتصادى بطلان شق في العقد او تعديله ، وايا كانت العبارات المستخدمة في صياغة النص ، يجب دائما قصر البطلان على هذا الشق ، بصرف النظر عما تتجه اليه ارادة المتعاقدين .

ونلاحظ على هذا المعيار ، مثل سابقه ، ان الحلول التى يؤدى اليها لا تكون مطلقة الصحة ، هذا بالاضافة الى غموض فكرة النظام العام الاقتصادى ذاتها ، التى يعتمد عليها . فقد يؤدى تكييف قاعدة ما لبيان ما اذا كانت تتعلق بالنظام الاقتصادى ام لا الى اختلاف الحلول .

٩٨ـ اخيرا ، يمكن اللجوء الى معيار ثالث يتعلق بالغاية التى هدف المشرع الى تحقيقها من القاعدة القانونية التى اهدرت[٢] ، والتى لتعلقها بالنظام العام اراد المشرع ان يجعل لها قدرا من الاحترام والفاعلية وبالنظر الى غاية وهدف المشرع من النص فان المعيار القصدى لا يستبعد الا اذا كان اعماله يحول دون تحقيق هذا الهدف الذي سعى اليه المشرع من اقرار النص المتعلق بالنظام العام . اما اذا لم يكن هناك تعارض بين هدف المشرع من النص المتعلق بالنظام العام الاقتصادى ، وما يؤدى اليه المعيار القصدى ، اي المعيار المعتاد للانقاص ، فيكون هذا الاخير هو الواجب الاتباع لعدم وجود ما يبرر استبعاده

تلك هي المعايير التى اقترحها الفقه لاحلال معيار النظام العام محل المعيار القصدى ، وكما نرى نظر كل منها الى زاوية معينة دون الزوايا الاخرى ، لذلك فالاصح ان يرجع القاضي الى هذه المعايير المختلفة التى تساهم جميعها في تحديد مدى البطلان ، ولا يقتصر على اي منها .

---

(١) فارجا Farjat : L'ordre public economique, 1963, P. 382

(٢) سمليه ، المرجع السابق ، رقم ٣٣٦ .

وقد لاحظ بعض الفقهاء[1] في هذا الصدد ـ ان القاضى عملا يتردد في التمسك بالنظام العام ، بصفة خاصة لابطال العقد بطلانا كاملا ، واذا كان ذلك الحل هو الملائم والواجب الاتباع ، فانه يفضل عادة الاستناد الى ارادة طرفي التصرف ، اى الى المعيار القصدى ، دون الاشارة الى فكرة النظام العام، على الرغم من أن هذه الفكرة الاخيرة تكون هي مصدر حكمه الحقيقي .

المبحث الثالث
الانقاص وحسن النية

٩٩ـ تبين من عرضنا السابق ان معيار انقاص التصرفات القانونية يكمن في قصد وارادة طرفي التصرف ، والذي ينتهى في الواقع الى قصد وارادة احد طرفي التصرف ، اذا ما استثنينا بعض القيود **الضابطة** لهذا المعيار القصدى حتى لا يساء استعماله ، ولعل اهم هذه القيود التى تضبط المعيار القصدى وتحكم جماحه ذلك الذي يتمثل في ضرورة مراعاة حسن النية عند تطبيق نظرية انقاص التصرفات القانونية ، سواء انتهى هذا التطبيق الى انقاص التصرف او الى بطلانه كلية ، وان كان دور حسن النية يظهر بالدرجة الاولى بالنسبة لمن يتمسك ببطلان التصرف كاملا بدلا من انقاصه .

والتقيد بمبدأ حسن النية وإن لم تشر إليه النصوص المنظمة للانقاص في القانون المصرى ولا في القانون الكويتي ، الا ان اعماله لا يثير ادنى صعوبة ، باعتباره مبدأ عاما يحكم العقود والتصرفات القانونية اعمالا للمادتين ١/١٤٨ مدنى مصرى ، ١٩٧ مدنى كويتي . وهاتان المادتان وان كانتا توجبان تنفيذ العقود وفقا لما يقتضيه حسن النية ، الا ان ذلك يمتد ايضا الى نظرية الانقاص ، خاصة وان الانقاص ، يعنى تنفيذ العقد « جزئيا » اي في شقه المتبقى .

---

(١) مالورى Malaurie : Rapport a la reunion de L'Association. H. Capitant en 1952, انظر كذلك مؤلفه في النظام العام والعقد ص ٢٤٨ ، فارجا ، مرجعه السابق ، ص ٣٩٤ ، برنارد تيسيه ، رقم ١٢ ، سمليه رقم ٣٣٧ .

من ناحية اخرى فان نفس النتيجة التى **تؤدي** اليها مراعاة حسن النية عند التمسك ببطلان العقد باكمله ، يمكن الوصول اليها بالتطبيق للقواعد العامة لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق ، على اعتبار ان من يتمسك بالبطلان التام للتصرف ، وكذلك من يتمسك بالانقاص فقط ، انما يتمسك بحق له يقرره القانون ، ومن ثم عليه ان يتقيد بعدم التعسف في استعماله ، والا كان استعماله هذا غير مشروع .

وهكذا نجد في هذا القيد الثالث الذي يرد على المعيار القصدى للانقاص ضمانة قوية تحول دون التعسف في التمسك بالبطلان التام للتصرف الذي قد يؤدى اليه المعيار القصدى ، فهذا القيد يحول دون تمسك احد طرفي التصرف بالبطلان الكلي له ، لمجرد التخلص من الالتزامات التى يفرضها عليه هذا التصرف ، على الرغم من ان القاعدة القانونية التى خولفت ، فترتب البطلان اثر مخالفتها ، لم تتقرر الا لحماية الطرف الاخر من التصرف[1] .

فاذا ابرم عقد قرض بضمان رهن عينى وكفالة شخصية ، فلا يمكن للكفيل لكي يتخلص من التزاماته التمسك بعيب في الرهن يؤدى الى بطلانه ، ليدعى ان هذا البطلان يستوجب بطلان عقد القرض نفسه ، ومعه عقد الكفالة .

وفي عقد الايجار التجارى الذي اشترط فيه عدم المنافسة وكذلك خيار الشفعة[2] ولم يمارس هذا الخيار وقت المنازعة ، بينما تمت مخالفة التزام عدم

---

(١) تظهر اهمية القيد المتعلق بحسن النية بصفة خاصة في الانظمة القانونيّة التى تجعل البطلان الكامل للتصرف هو الاصل وليس انقاصه ، كما هو الحال في القانون الالمانى ، فهذا القانون لا يجيز تجنب البطلان التام للتصرف ـ كقاعدة عامة ـ الا اذا اثبت من يريد التمسك بالانقاص ان الطرف الاخر كان سيقدم على التصرف حتى ولو كان يعلم بسبب البطلان ، اي سيبرم التصرف دون الشق الباطل منه . ولاشك ان هذا الاثبات يصعب في الكثير من الاحيان ، عندئذ يمكن لهذا الطرف ان يثبت ان الطرف الاخر قد تمسك بالبطلان الكلي تعنتا وبسوء نية . فذلك الاثبات يكفي لاستبعاد البطلان التام ، واحلال الانقاص محله . راجع سمليه ، رقم ٨٣٥٨

(٢) راجع في هذا الخيار في القانون الفرنسي: سانت الارى هوان، حق الشفعة، رسالة للدكتوراه، باريس ١٩٦٩.

المنافسة ، فاحتج المدعى عليه ببطلان عقد الايجار ، ليتخلص من جزاء مخالفته لالتزام عدم المنافسة ، مستندا في ذلك الى بطلان خيار الشفعة لعيب في الشكل . في هذه الحالة يتعين رفض هذا الادعاء ، ذلك ان خيار الشفعة الذي لم يطالب به المستفيد منه ، يكون عديم الصلة بالنزاع المترتب اثر مخالفة شرط عدم المنافسة . فالتمسك ببطلان خيار الشفعة غير المثار ومد هذا البطلان الى عقد الايجار نفسه يوضح سوء النية لدى من يتمسك به .

وفي حالة اقتران عقد البيع او عقد القرض بتأمين او ضمان عينى ، فان بطلان الضمان يخول للبائع او المقرض المطالبة ببطلان عقد البيع او عقد القرض ، باعتبار ان الضمان يكون جوهريا ودافعا للقرض او البيع الائتمانى ، غير ان المشترى او المقترض لا يمكنه التمسك ببطلان الضمان لمده الى عقد البيع او عقد القرض ، والا كان سيء النية .

وهكذا نرى أن مراعاة حسن النية عند التمسك بالمعيار القصدى للانقاص يسهم بقدر كبير في عدم التعسف في استعمال هذا المعيار والتمسك به .

ولأن هذا القيد، أى حسن النية، لا ينفرد باحكام خاصة عند تطبيقه على معيار الانقاص، وإنما يخضع لاحكامه وقواعده العامة، فنحيل إليها، اكتفاءً بما ذكرناه وخلاصته ضرورة مراعاة حسن النية عند التمسك بالمعيار القصدى.

خاتمـــــة

١٠٠ـ تعرضنا في دراستنا السابقة لنظرية انقاص التصرفات القانونية في القانونين المصرى والكويتي ، حيث تبين لنا ان هذه النظرية عامة التطبيق ، فهي تتسع لتشمل بجانب العقود ، كافة التصرفات القانونية الاخرى ، سواء أكانت تصرفات انفرادية ملزمة لجانب واحد فقط ام ملزمة للجانبين ، وسواء اكانت تصرفات معاوضة ام تصرفات مجانية .

من ناحية اخرى ، لا تقتصر نظرية انقاص التصرفات القانونية المعيبة ، على تلك التصرفات التي يشوبها البطلان مطلقا كان ام نسبيا ، بل تتسع ايضا لتشمل التصرفات القانونية المعيبة بعيوب اخرى ولو لم تصل الى البطلان ، كعدم النفاذ او قابليتها للفسخ ، لذلك فمع هذه النظرية العبرة ليست بسبب العيب وانما بمداه ، فطالما كان التصرف معيبا جزئيا ، كان محلا للانقاص .

وفيما يتعلق بمجال ونطاق الانقاص ، فهو يتحقق مع كل بطلان ، وبصفة عامة ، تعيب جزئي للتصرف القانوني ، طالما كان الشق المتبقى من التصرف صحيحا غير معيب قابلا للوجود الذاتي صالحا لاحداث آثاره القانونية ، لذلك يرد الانقاص على التصرفات القانونية المركبة ، اذا تعيبت احدى عملياتها القانونية دون العمليات الاخرى . كما يرد على التصرفات البسيطة اذا عيب شق منها فقط ، قد يتمثل هذا الشق في شرط من شروطه ، شروط تقييد كانت ام شروط تعليق ، وقد يتمثل في عنصر من عناصر التصرف الجوهرية اذا اصاب العيب شقا فقط من العنصر ، وليس العنصر بأكمله .

أخيرا قد يتمثل الانقاص في مجرد تعديل ورفع المغالاة في التصرف اي في شروطه وبنوده .

اما شروط الانقاص ومعيار اعماله ، فقد تبين لنا ان اعمال الانقاص يفترض اساسا له ان يكون التصرف المعيب جزئيا ، اي في شق منه فقط ، قابلا للوجود الذاتي في شقه الصحيح ، وهذا يتطلب ، قابلية التصرف المعيب للانقسام والتجزئة ، ليس فقط في ذاته ، وانما ايضا في نظر القانون ، وهذا يعني قابلية التصرف للانقسام من الوجهة المادية ومن الوجهة القانونية .

فاذا كان التصرف المعيب جزئيا قابلا للانقسام على هذا الوجه ، انتقص منه شقه المعيب واسقط ، اما الشق الصحيح فيستمر كذلك بعد تخلصه من العيب الذي كان يتهدده ، ما لم يتبين ان التصرف لم يكن ليقوم دون شقه الباطل ، عندئذ يبطل باكمله ، من هنا كان اعمال الانقاص يتوقف ، اذا اكتملت شروطه ، على قصد وارادة عاقديه ، فكان معياره بذلك معيارا قصديا ارادياً .

غير ان هذا المعيار القصدى يتوقف امام بعض الاعتبارات ليصبح الانقاص معها مفروضا وحتميا ، هذه الاعتبارات بعضها يرجع الى ارادة المشرع ، الصريحة ، او الضمنية ، اي مقتضيات النظام العام ، وبعضها يرجع الى ما يفرضه مبدأ حسن النية ، مع هذه الاعتبارات المختلفة يتوقف المعيار القصدى بما يقرره من حلول ، ليطبق الحل الذي تمليه هذه الاعتبارات .