

تأثير المنظومة الجرمانية على التشريع الجزائري في مجال البطلان

الأستاذ زرقاط عيسى
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ورقلة

الملخص :

ينقسم العالم حاليا إلى أربع (04) مجموعات قانونية مشهورة ، و هذه المجموعات هي :
المجموعة اللاتينية و المجموعة الجرمانية و المجموعة الأنكلوسكسونية و النظم التي تأخذ
بالشريعة الإسلامية كمبدأ ، و هناك تأثير كبير بين المجموعات القانونية و خاصة المجموعات الثلاث
الأولى ، و لقد أثرت التشريعات الجرمانية على التشريع الجزائري في عدة مجالات و منها البطلان ،
و هذا التأثير يظهر في أخذ المشرع الجزائري بنظرية إنقاص العقد ، و هذه النظرية تهدف
للمحافظة على النظام العام و إستقرار المعاملات بإعتبارها أحد أهم أهداف التشريعات حتى تشيع
الطمأنينة في المجتمع و هذا ما تناولناه في بحثنا

ملخص :

The system's impact on the Algerian legislation Germanic In the field of invalidity

The world is divided into four (04) legal codes known, and these groups are: Group A and Group of Latin and Germanic or British group and the systems that take Islamic law as a principle, and there is a significant impact among the legal groups, especially the first three groups, and has influenced legislation Gothic Algerian legislation in several areas and their invalidity, and this effect appears to take the Algerian legislature theory decrease the contract, and this theory aims to Mhafdp public order and stability of the transactions as one of the most important objectives of the legislation so common trust in the community, something that is touched upon in our

الكلمات المفتاحية : النظريات التشريعية ، المجموعة الحكوماتية ، التشريع الجزائري .

المقدمة :

ينقسم العالم حاليا إلى أربع (04) مجموعات قانونية مشهورة ، و هذه المجموعات هي :
المجموعة اللاتينية و تضم معظم دول حوض البحر الأبيض المتوسط و من بينها الجزائر ، و تستند
هذه المجموعة إلى الطابع الشخصي للحقوق ، و توجد مجموعة أخرى و هي المجموعة الجرمانية

و تضم مجموعة من الدول و على رأسها ألمانيا ، سويسرا و المجر ... إلخ و تأخذ بالمفهوم الموضوعي للحقوق ، و إلى جانبها توجد المجموعة الأنكلوسكسونية و تضم بريطانيا و أمريكا الشمالية ، أما المجموعة الأخيرة فهي تأخذ بالشرعية الإسلامية كأصل للتشريع كما هو جاري العمل به في المملكة العربية السعودية .

و من خلال هذه المجموعات نجد كل مجموعة تؤثر و تتأثر بالمجموعات الأخرى و في شتى المجالات ، و ما يهمنا في هذه الدراسة هو حجم تأثير المجموعة الجرمانية على التشريع الجزائري بإعتبار أنه جزء من المجموعة اللاتينية .

إن تأثير المجموعة الجرمانية على التشريع الجزائري كبير و متعدد ، إلا أننا سنهتم بموضوع واحد و هو مجال البطلان .

لقد أخذ المشرع الجزائري نظرية البطلان من التشريع اللاتيني عموما ، و التشريع المصري و البرازيلي خصوصا ، لأن التشريع الفرنسي لم يضع نظرية عامة للبطلان لا في القانون المدني الصادر سنة 1804 و لا في قانون آخر ، و مع ذلك كانت الصبغة اللاتينية واضحة في مجال البطلان ، إلا أنه لم يغفل الجوانب الإيجابية الموجودة في التشريع الجرمانى ، و من بين ما أخذه المشرع من التشريع الجرمانى في مجال البطلان هو أخذه بنظرية إنتقاص العقد ، و هذا ما يجرنا إلى طرح الإشكالية التالية : إلى أي مدى وفق المشرع في أخذه بنظرية إنتقاص العقد ؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية : ما مفهوم هذه النظرية ؟ و ما هي شروط الشروط الواجب توافرها للأخذ بها ؟ و ما تأثيرها على مراكز الخصوم ؟ و ما مدى توافقها مع الخطوط العريضة لنظرية البطلان المستمدة من التشريع اللاتيني عموما ؟

و سنعالج هذه الإشكالية في العناصر التالية :

أولا : مفهوم نظرية إنتقاص العقد

ثانيا : شروط الأخذ بنظرية إنتقاص العقد

ثالثا : تقييم النظرية

أولا : مفهوم نظرية إنتقاص العقد : تنص المادة 104 ق م " إذا كان العقد في شق

منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله "

01 - تعريف إنتقاص العقد : يعرف إنتقاص العقد بأنه " تطهير العقد أو التصرف

القانوني من الشق الباطل حتى يستمر في إنتاج آثاره القانونية المقصودة منه " (01)

يتضح من التعريف أن نظرية إنتقاص العقد تهدف إلى المحافظة على التصرف القانوني الباطل قدر الإمكان لضمان إستقرار المعاملات بحيث تزيل الشق الباطل فيه و يبقى الشق الصحيح قائما و مرتبا لكافة آثاره القانونية .

لقد أخذ المشرع هذه النظرية من التشريع المصري الذي أخذها بدوره من التشريع الألماني و التشريعات الدائرة في فلكه مع إختلاف في الصياغة حيث وردت المادة 139 ق م ألماني في الصياغة التالية " إذا كان جزء من تصرف قانوني باطل ، فيكون التصرف كله باطلا ، إلا إذا تبنت أن التصرف كان يبرم دون الجزء الباطل منه "

يتضح من خلال المقارنة بين النص الجزائري و النص الألماني أن هذا الأخير يضع البطلان هو الأصل و الإستثناء هو الإنقاص ، أما التشريع عندنا فيعكس المسألة و يأخذ بالإنقاص كأصل و الإستثناء هو البطلان ، أما التشريع الفرنسي فلم يأخذ بهذه النظرية كمبدأ عام و إن كان قد أخذ بفكرة قريبة منها و هي البطلان الجزئي(02) من خلال المادتين 900 و 1172 ق م فرنسي ، و إن كان بعض الفقهاء يأخذون كلا المصطلحين بنفس المفهوم أي مترادفين بإعتبارهما يؤديان إلى نفس النتيجة (03) ، إلا أن إمعان النظر و التركيز في كلا المفهومين نجدتهما يختلفان عن بعضهما البعض ، فالإنقاص لا تثار فكرته إلا إذا تحقق مجاله و هو البطلان الجزئي الذي يعد معيار مجال الإنقاص ، الأمر الذي يجعل الإنقاص أثر و نتيجة للبطلان الجزئي ، و بعبارة أخرى فالإنقاص يمر بمرحلتين : الأولى هي بطلان التصرف جزئيا و الثانية هي إنقاص الجزء أو الشق الباطل من التصرف ، أما إعتبار الإنقاص بطلانا جزئيا فذلك يستوجب صحة التصرف جميعه ثم يأتي الإنقاص لحذف و إستبعاد شق صحيح فيه و الإبقاء على الشق الآخر مع أن الأصل ، أن البطلان الجزئي يتحقق أولا ثم يأتي الإنقاص ثانيا و يستبعد الشق الباطل فدية للشق الصحيح ، و من ثم فلا يعد الإنقاص بطلانا جزئيا وفقا للتشريع عندنا .

و هناك من يرى عكس ذلك و يعتبر الإنقاص مجرد وسيلة من وسائل البطلان الجزئي إعتمادا على نصوص التشريع الألماني و الفرنسي .

02 - التكييف القانوني للإنقاص (04): إختلف الفقه حول التكييف القانوني للإنقاص و نتج عن هذا الإختلاف رأيين ، الأول بأخذ بفكرة أن الإنقاص هو تعديل قانوني للتصرف القانوني أما الرأي الثاني فيرى أن الإنقاص تعديل قضائي للتصرف القانوني .

أ - الإنقاص تعديل قانوني للتصرف القانوني : يرى هذا الرأي أن الإنقاص يعد تعديلا قانونيا للتصرف القانوني عن طريق إستحداث إلتزامات جديدة مصدرها القانون تحل محل الإلتزامات القديمة الباطلة ، و يرى أن الإنقاص لا يتحقق إلا في حالات خاصة نص عليها القانون ، فالآثار المترتبة على الإنقاص مصدرها القانون و ليس التصرف القانوني كما في حالة إنقاص تصرفات الطرف المغبون في العقد ، فهذه الإلتزامات يفرضها القانون و لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين ، بل من الأكيد و المحقق أن إرادة الطرفين إتجهت إلى غيرها و إن كان القانون في بعض الحالات يترك تحديد تلك الآثار للقاضي عن طريق تفسير إرادة المتعاقدين (05) ، و يستند أنصار هذا الرأي إلى نص المادة 139 ق م ألماني ، حيث يرى الفقيه سالي (SALEILLES) أن هذا النص يفرض

وجود شرط قبلي و مسبق و يتمثل في كون التصرف القانوني رغم تركبه مكونا لوحدة قانونية في قصد المتعاقدين و إلا كانت هناك تصرفات عدة ، و عندئذ يكون من الطبيعي أن بطلان إحداها لا يؤثر على بطلان التصرفات الأخرى (06).

من خلال ما تقدم يصل أنصار هذا الرأي أن الإنقاص ليس أثرا للبطلان الجزئي بالمعنى الصحيح أي بمعنى أنه يرد على تصرف واحد فيستنزل جزءا من آثاره و يبقى التصرف بعد ذلك في جزئه صحيح ، بل هو بطلان عادي يرد على تصرف معيب فيعدم آثاره ثم يضع القانون محل الإلتزامات التي كان ينشئها التصرف الباطل ، إلتزامات قانونية محددة أو يترك تنظيم علاقة الطرفين لتقدير القاضي أو حكم القواعد العامة في وضع آثار جديدة محل الآثار القديمة ، و لكن القانون هو مصدر هذه الآثار الجديدة و ليس التصرف الباطل .

ب - الإنقاص تعديل قضائي للتصرف القانوني : يرى أنصار هذا الرأي أن الإنقاص يعتبر تعديلا قضائيا للتصرف القانوني الذي يرد عليه ، و فحوى هذا التعديل القضاء على الإلتزام القديم و مصدره العقد و إنشاء إلتزام جديد و مصدره الحكم القضائي ، و وسيلة هذا التعديل القضائي هي التجديد الجبري للإلتزام القديم ، و الإلتزام الجديد يستند في وجوده و مصدره إلى الحكم القضائي ، و يستند القاضي في إنشاء الإلتزام القضائي الذي يحل محل الإلتزام القديم إلى سلطته التقديرية و ذلك لا يتم و لا يتحقق إلا إذا كانت القاعدة التشريعية التي تقضي بالتعديل قاعدة مرنة لا قاعدة جامدة ، فالقانون يفرض على القاضي أن يتدخل بما له من سلطة تقديرية لينشئ إلتزاما قضائيا جديدا أكثر عدالة من الإلتزام التعاقي .

إن نظرية الإلتزام القضائي تفرض لإعمالها وجود عقد صحيح و لكنه غير عادل ، فالإنقاص و إن كان مجرد تعديل قضائي للعقد تطبقا لفكرة الإلتزام القضائي فإنه يختلف عن التعديل العادي للعقد ، لأن الإنقاص يفرض حتما وجود عقد باطل جزئيا ، أما التعديل العادي فيرد على عقد صحيح و لكنه غير عادل .

ج - الرأي الراجح : يعتبر الإنقاص تصحيحا لعقد معيب جزئيا بإزالة العيب الموجود ، من قبل القاضي بما له من سلطة تقديرية في حالة النزاع ، و مع مراعاة للنية المشتركة للطرفين ، بحيث يصبح التصرف القانوني موافقا للقانون و ليس هو تعديلا كما يذهب إليه الرأيين السابقين سواء كان تعديلا قانونيا أو قضائيا ، لأن التعديل في الغالب يكون بمنح سلطة تقديرية لشخص ليس طرفا في العقد و بالتالي فهو عنصر موضوعي بالنسبة للتصرف القانوني .

ثانيا : شروط الإنقاص : لإعمال نظرية الإنقاص يجب توفر نوعين من الشروط ، فهناك شروط موضوعية تخص التصرف في حد ذاته و هناك شروط ذاتية أو شخصية تنحصر في إرادة المتعاقدين .

01 - الشروط الموضوعية : يقصد بها تلك الشروط المتعلقة بالتصرف القانوني في حد

ذاته ، و وفقا لنص المادة 104 ق م ف يجب لإعمال الإنقاص أن يكون التصرف القانوني معيبا جزئيا فقط ، أي أن التصرف القانوني باطلا في شق منه فقط و أن يكون التصرف كذلك قابلا للإنقسام من حيث محل الإلتزامات الناشئة عنه .

أ - أن يكون التصرف القانوني معيبا في شق منه : يجب لإعمال نظرية الإنقاص أن يكون العيب في جزء من التصرف القانوني و إلا لما أمكن الإنقاص ، أي أن التصرف القانوني معيب في جزء و صحيح في جزء آخر ، فإذا كان البطلان أو العيب يشمل كل العقد فلا يمكن إعمال الإنقاص ، و نلاحظ أن المشرع الفرنسي و إن كان يأخذ بفكرة الإنقاص (البطلان الجزئي بالنسبة له) فإنه يأخذ بتطبيقين له أوردهما في المادتين 900 و 1172 ق م ف ، و نلاحظ أن الفقه الفرنسي يركز في تطبيقه لنص المادتين على فكرة الشرط ، و يفرق بين بطلان الشروط الثانوية أو الإضافية و بين بطلان شرط أو ركن أساسي للتصرف القانوني ، و يعرف الشرط بأنه " جزء من تصرف قانوني يشكل وحدة واحدة مستقلة عن الأجزاء الأخرى " و هذا هو التعريف الموضوعي للشرط ، أما تعريفه ذاتيا ، فيعرف بأنه " عنصر من عناصر التصرف القانوني يشكل وحدة واحدة ، هذه الوحدة ليست مادية و إنما معنوية .

كذلك نلاحظ أن المشرع الفرنسي و معه الفقه يفرق بين التصرفات بعوض و التصرفات بغير عوض (التبرعات) بحيث تنص المادة 900 ق م ف " جميع التصرفات سواء تمت بين أحياء أو بسبب الوفاة ، فإن الشروط المخالفة للقانون أو الأخلاق تعتبر غير مكتوبة "

و تنص المادة 1172 ق م ف " كل شرط متعلق بشئ مستحيل أو مخالف للآداب العامة أو محظور قانونا ، يكون باطلا و يؤدي إلى بطلان الإتفاق الذي ورد فيه هذا الشرط "

يرجع وضع هذين النصين في القانون الفرنسي إلى أسباب تاريخية و سياسية (07) ، ففي مجال التبرعات كان المشرع الفرنسي يخشى من إدراج شروط تتعارض و معطيات الفكر الثوري السائد آنذاك ، أما بالنسبة للتصرفات بعوض فليس هناك خطورة يخشى منها ، ذلك أن تقرير بطلان التصرف القانوني بكامله ليس من شأنه أن يمنع أيا من الطرفين ، رفع دعوى بطلان ، لأن تقرير البطلان لم يكن يلحق بالتصرف إليه أي ضرر ما دام أنه لما يعيد للطرف الآخر ا تلقاه منه فإنه يسترد هو شخصا ما سبق و أنسلمه للطرف الآخر .

أما القضاء الفرنسي (08) فقد إجتهد لتوحيد الحلول بين التصرفات بعوض و التصرفات بغير عوض و ذلك بإعتماده على النظرية الحديثة للسبب بإعتباره دافعا للتعاقد ، فإن تبين أن الشرط المحظور كان دافعا لإبرام التصرف فإن القضاء يقرر البطلان، أما إذا لم يكن الشرط المحظور دافعا للتعاقد فيبطل الشرط و يصح التصرف القانوني ، لذا نجد أن الفقه الفرنسي في القرن الماضي و تأثرا

بموقف القضاء كان يميز بين الشروط الثانوية و الشروط الأساسية و المعيار المعتمد في ذلك كما أشرنا يكمن في إرادة طرفي التصرف ، أي هل كان الشرط دافعا للتعاقد أم لا .

و يرى جانب من الفقه أن اللجوء إلى البحث عن إرادة الطرفين لتحديد ما إذا كان الشرط الباطل دافعا للتعاقد أم لا ، ينطوي على نوع من التحكم ، لأن القضاة في أغلب الحالات يلجؤون إلى حماية النظام العام و ذلك بتقرير أن الشرط الباطل و المحذور كان دافعا للتعاقد (09).

أما بالنسبة للمشرع عندنا فإنه إستعمل مصطلحا شاملا و " شق " و لم يستعمل مصطلح " شرط " ، و أعتقد أنه وفق في هذه المسألة حتى لا تختلط المصطلحات القانونية و تتداخل فيما بينها ، و من تم يعرق الشق بأنه " كل الإشتراطات و المشاركات و الإتفاقات مهما كان نوعها و التي يتضمنها التصرف القانوني المبرم بين طرفيه " و من تم يمكن إعمال نظرية التصرف القانوني بغض النظر عما إذا كان الشق الباطل أساسيا أو ثانويا إسوة بما توصل إليه الإجتهد القضائي الفرنسي و ذلك من أجل ضمان أكبر قدر ممكن إستقرار المعاملات و إشاعة الطمأنينة في مجال المعاملات و كذلك حماية الطرف حسن النية .

ب - أن يكون محل الإلتزام الناشئ عن التصرف القانوني قابلا للإنقسام و التجزئة : تنص الفقرة 01 من المادة 236 ق م " لا يقبل الإلتزام الإنقسام إذا ورد على محل لا يقبل الإنقسام بطبيعته "

إن هدف الإنقاص هو إسقاط الشق الباطل أو الجزء المعيب من التصرف القانوني ، و لا يكون ذلك ممكنا إلا إذا كان محل الإلتزام (10) الناشئ عن العقد قابلا للإنقسام ، فإذا كان محل الإلتزام لا يقبل الإنقسام بطبيعته فلا يمكن إعمال نظرية الإنقاص ، و عدم قابلية محل الإلتزام الإنقسام إما أن ترجع إلى الطبيعة المادية لمحل الإلتزام أو أن ترجع إلى الطبيعة القانونية (نص القانون) ، فعدم قابلية محل الإلتزام للإنقسام في الحالة الأولى ترجع إلى طبيعة الأشياء المكونة لمحل الإلتزام دون تدخل الإنسان أو القانون ، فإذا كان شق باطل من التصرف القانوني و تعذر الفصل بينه و بين الشق الصحيح تعذر معه إعمال نظرية الإنقاص و يقع التصرف باطلا بأكمله ، فمثلا إذا تم إبرام عقد تأمين من عدة مخاطر مقابل قسط واحد تم حسابه إجماليا دون تخصيص نصيب كل خطر ثم تبين بطلان أحد تلك المخاطر و تعذر في نفس الوقت تحديد حصة هذا الخطر من القسط الإجمالي ، فهنا يصبح التأمين غير قابل للإنقسام من الناحية المادية ، و يتعذر معه إعمال نظرية الإنقاص ، و من تم فيبطل عقد التأمين بأكمله لعدم قابلية الإلتزامات الناشئة عن العقد للإنقسام (11).

أما الحالة الثانية و هي عدم قابلية محل الإلتزام للإنقسام بنص القانون ، فهناك العديد من الحالات ، فرغم أنه يمكن من الناحية المادية إنقسام محل الإلتزام ، إلا أن التشريعات تتدخل و تقر بحالة عدم قابلية محل الإلتزام للإنقسام كما هو الحال بالنسبة لعقد الصلح ، حيث تنص المادة 446

ق م " الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقضي بطلان العقد كله ... " (12) فالأصل عند المشرع هو عدم قابلية محل الإلتزام الناشئ عن عقد الصلح للإقسام ، و ما يسري على عقد الصلح يسري على الرهن وفقا للمادتين 892 و 893 ق م ، و كذلك ما يسري على عقد الصلح يسري على عقد القسمة حيث تنص المادة 723 ق م " يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع ... فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون " فحسب نص هذه المادة إذا لم تراعى تلك الإجراءات فيجوز لمن يمثل نقص الأهلية إبطال عقد الصلح لمصلحة من يمثله و يترتب على ذلك بطلان عقد القسمة كاملا ، و هذه الحالة تنطبق كذلك على المادة 732 ق م .

يتضح مما سبق أنه يجب لإعمال نظرية إنقاص الإنقاص أن يكون التصرف القانوني معيبا في شق منه أو جزء منه و أن يكون محل الإلتزام الناشئ عن التصرف القانوني غير قابل للإقسام لا ماديا و لا قانونيا ، و لا يمكن أن يغني شرطا عن الآخر لأنه يمكن أن يكون محل الإلتزام الناشئ عن التصرف القانوني قابلا للإقسام و مع ذلك لا يمكن إعمال نظرية إنقاص العقد لأن الشق المتبقي من التصرف غير قادر على إنتاج الآثار التي كان يرتبها التصرف الأصلي و العكس صحيح فيمكن أن يكون الشق الصحيح قادر على إنتاج وترتيب كافة الآثار التي يرتبها التصرف الأصلي لكن يكون محله غير قابل للإقسام بنص قانوني .

02 - الشروط الذاتية (13) : يقصد بها تلك الشروط التي ترجع إلى نية و إرادة أطراف التصرف القانوني ، وإرادة الطرفين قادرة على جعل التصرف القابل للإقسام و المعيب جزء منه فقط غير قابل للإقسام ، و هذا ما أشارت له الفقرة 02 من المادة 236 ق م بنصها " إلا إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الإلتزام لا ينقسم أو إذا إنصرفت نيتهم إلى ذلك " و هو ما تؤكد المادة 104 ق م بنصها " ... إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله " فهذا النص صريح و يعطي الأهمية القصوى لإرادة الطرفين المشتركة ، فإذا كان الطرفين يعتقدان أن الشق المعيب هو شق غير جوهري و غير دافع للتعاقد فيمكن معه إعمال نظرية الإنقاص ، و لكن ما يمكن ملاحظته و من خلال صياغة المادة 104 ق م أنه لا يشترط النظرة المشتركة للمتعاقدين بل تكفي إرادة متعاقد واحد فقط ، فإذا كان الشق المعيب في نظر أحد المتعاقدين جوهري و في نظر الطرف الثاني غير جوهري فلا يمكن معه إعمال نظرية الإنقاص ، و على القاضي النطق ببطلان التصرف القانوني لأن الأصل هو البطلان و الإستثناء هو الإنقاص و مع على الطرف حسن النية إلا الرجوع بدعوى التعويض على الطرف الآخر ، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن الأمر متوقف على حسن و سوء نية الطرف الآخر ، فإذا كان المتصرف سئ النية فإنه يجب إعمال البطلان الجزئي أما إذا كان حسن النية فيجب النطق بالبطلان (14) .

ثالثا : تقييم النظرية : إن نظرية إنقاص التصرفات القانونية نظرية ألمانية المنشأ ، و نجد أن المشرع نقلها عن المشرع المصري الذي نقلها بدوره عن التشريعات الجرمانية ، إلا أن المشرع و إقتداء بالتشريع المصري قلب هذه النظرية رأسا على عقب ، حيث أن المشرع الألماني و من خلال المادة 139 ق م أ جعل البطلان هو الأصل و الإنقاص هو الإستثناء و هذا هو الأصح لأن الأصل هو دائما البطلان ، لأن هذا النظام ما وجد إلا لحماية النظام العام و إستقرار المعاملات و كذلك حماية المتعاقدين معا ، أما بالنسبة لمشرعنا فقد جعل على العكس من ذلك كما أشرنا ، فقد جعل الإنقاص هو الأصل و الإستثناء هو البطلان و هذا لا يستقيم من الناحية المنهجية على الأقل لأن هذا النص وارد ضمن نظرية البطلان ، فيجب أن يكون البطلان هو الأصل و الإنقاص هو الإستثناء، و ما يدعم طرحنا هذا ، أنه و بالرجوع للإعمال التحضيرية لنص هذه المادة في القانون المصري نجد أنها تنص على بطلان بعض الشروط المقتترنة بالعقد و لا تتكلم على بطلان أو تعيب لجزء من محل إلزام ناشئ تصرف قانوني، لذا نعتقد أنه يجب على المشرع التدخل و تعديل هذه المادة لتتفق مع أحكام المادة 139 ق م أ .

كذلك يعتبر نص المادة 104 ق م غامض حيث تنص " ... إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم ... " أورد المشرع عبارة " تبين " لكنه لم يوضح في نظر من ؟ هل في نظر أحد المتعاقدين أم في نظر كلا المتعاقدين ؟ أم وفقا لطبيعة المعاملة و العرف الجاري ؟ فأرى و أعتقد أن العبرة بنظر كلا المتعاقدين و هذا هو الذي يذهب إليه الفقيه سالي(15) عند شرحه لنص المادة 139 ق م ، و كذلك لأنه يضمن إستقرار المعاملات و إطمئنان الناس لمعاملاتهم .

الهوامش :

01 — د عبد العزيز مرسى : نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المصري ، دار الشمس للطباعة ،

مصر 2006 ، ص 16 .

02 — Philippe SIMLER : La nullité partielles , LGDJ 1969 , p 07 et suiv

03 — د عبد العزيز مرسى : نفس المرجع ص 24 و 25.

04 — د عبد العزيز مرسى : المرجع السابق ص 370 و ما يليها

05 — د جميل الشرقاوي : نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية 1999 ، ص 84 و ما يليها

06 — Raymond SALEILLES : De la déclaration de volonté , librairie cotillon , paris 1901 , p 303

07 — Jaques FLOUR, AUBERT ET SAVAUX : Les obligations " l'actes juridiques " 10 eme edit , armand colin et delta , paris 2002 , p 271

08 - في بادئ الأمر و خلال النصف الأول من القرن 19 كان القضاء الفرنسي يطبق المادة 900 ق م ف حرفيا ، و لكن و مند صدور قرار عن مجلس أورليون cour d'orléon في 20 مارس 1852 بدأ الإجتهد القضائي الفرنسي في توحيد الحلول و إعتماذ نظرية السبب للتفرقة بين الشرط الذي يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني و الشرط الذي يبطل و يبقى التصرف القانوني صحيحا ، أنظر في تفصيل ذلك فليب سيمليه ص 45 و ما يليها و د محمد حبار : نظرية بطلان التصرف القانوني في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه 1988 الجزائر ص 368 و 369 " رسالة غير منشورة .

09 - Philippe MALAURIE : l'Ordre public et le contrat, edit matot-braine, REIMS 1953 P 247 ET248

10 - محل الإلتزام إما أن يكون نقل ملكية و هذا الإلتزام كما يقبل الإنقسام قد يكون غير قابل للإنقسام و كذلك إذا كان محل الإلتزام القيام بعمل ، أما إذا كان محل الإلتزام الإمتناع عن عمل كما في حالة الإمتناع عن المنافسة غير المشروعة ففي الغالب يكون محل هذا الإلتزام لا يقبل الإنقسام ، أنظر في تفصيل ذلك د محمد حسنين الوجيز في نظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1983 ص 327 ، و أنظر كذلك د عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 3 منشورات الحلبي ، لبنان 2000 ، ص 373 .

11 - لا يوجد نص في قانون التأمينات يأخذ بهذه الحالة ، لكن يمكن الأخذ بهذه الحالة إستنادا للقواعد العامة .

12 - نص المادة 446 ق م يتفق مع المبدأ المقرر في نظرية الإنقاص في التشريع الألماني ، أي أن الأصل هو البطلان و الإستثناء هو الإنقاص ، و ذلك عكس ما أخذ به المشرع في المادة 104 ق م .

13 - د عبد العزيز مرسي : المرجع السابق ص 436 و ما يليها .

14- Philippe SIMLER : op cit p 133 et suiv

15 - Raymond SALEILLES : op cit p 308