المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية

الدكتور ابراهيم الدسوقي أبو الليل

كلية الحقوق ـ جامعة الكويت

تمهيد

١ ـ لعل من أهم مآثر المشرع المصري تخيره، بصدد وضعه التقنين المدني الحالي، العديد من النظريات والأفكار القانونية الحديثة، مقتبسا إياها من مصادر تشريعية مختلفة. فقد استحدث، ضمن ما استحدث من مبادىء وقواعد قانونية هامة المادة ١٤٣ التي تقضي بأنه «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله».

فالنص يقرر مبدأ قصر البطلان فيما تعيب من العقد وعدم مده إلى ما تبقى منه صحيحا، وهذا ما يحدث في حالة بطلان العقد بطلانا جزئيا، فينتقص منه شقه المعيب، ويستبقى شقه الآخر صحيحا.

فالعقد، والتصرف القانوني عامة، لا يرتب اثاره إلا إذا كان صحيحا موافقا للقانون، فان خالفه، سواء في إبرامه أو فيما تضمن من شروط، كان معيبا باطلاً، غير مرتب لاثاره القانونية، بحسب الأصل.

غير أن العيب الذي يشوب العقد قد لا يعدمه كلية، بل يقتصر تأثيره على شق منه فقط، فيكون العقد بذلك باطلا جزئيا، بحيث إذا ما استبعد واسقط هذا الشق الباطل، أصبح العقد صحيحا فيما تبقى منه. هذا الاجراء هو ما اصطلح على تسميته انقاص العقد أو انتقاصه، الذي بمقتضاه يصبح العقد صحيحاً «جزئيا» بدلا من بطلانه كليا.

ومن هنا كانت لهذا المبدأ أهميته الخاصة لما ينم عنه من رغبة واتجاه نحو الحفاظ على العقود والعمل على استقرارها قدر المستطاع.

ولذلك فلم يكن غريبا أن يجد مبدأ انقاص العقد طريقه إلى غالبية التشريعات العربية، بداية باقدمها، القانون المدني المصري، ونهاية بأحدثها صدورا وهو القانون المدني الكويتي (في المادة ١٩٠ منه) ثم القانون المدني الاماراتي.

٢ ـ والاعتناق التشريعي الحديث لنظرية انقاص العقود والتصرفات القانونية المعيبة جزئياً، وإن كان يعد استحداثا تشريعيا، إلا أن فكرة الإنقاص ذاتها لم تكن غريبة كلية عن النظام القانوني المصري القديم، فمن ناحية، نجد العديد من التطبيقات القضائية لهذه الفكرة، رغم عدم تنظيمها بنص تشريعي خاص يفرضها كنظرية عامة، ومن ناحية أخرى، نجد بعض النصوص التشريعية في القانون المدني القديم، لا تخرج عن كونها مجرد تطبيق لهذه الفكرة. ومع ذلك تبقى للنص التشريعي المنظم للانقاص أهميته الخاصة والمتمثلة في جعله مبدأ عاما يضع القاعدة الواجبة الاتباع عند مواجهة التصرفات القانونية المعيبة جزئيا فقط، بايضاحه متى يمكن الابقاء على هذه التصرفات، بعد تصحيحها، وقصر البطلان على شقها المعيب فقط دون شقها الصحيح، ومتى يتعين ابطال هذه التصرفات كليا وليس فقط جزئياً.

لذلك فإن التنظيم التشريعي للانقاص، ولكونه يرسي نظرية عامة، في صياغة موجزة مقتضبة، يثير العديد من التساؤلات ويحتاج للكثير من الايضاحات، لتستكمل هذه النظرية صرحها ويكتمل بناؤها.

ولعل أول ما تحتاج إلى التحديد والايضاح فكرة انقاص العقد ذاتها. فما

المقصود بها وما ماهيتها القانونية ووضعها بالنسبة لبعض الأنظمة القانونية الشبيهة بها والقريبة منها، كنظرية تحول العقد واجازته واقراره، وتعديل العقد ومراجعته وتصحيحه؟

لنا أن نتساءل كذلك عما إذا كانت نظرية إنقاص العقد تقتصر على العقود الباطلة والقابلة للابطال فقط أم تمتد لتشمل العقود المعيبة لسبب آخر غير البطلان والقابلية للابطال.

أخيرا، فإن ظاهر النص المنظم للانقاص يقصره على العقود، فهل الأمر كذلك أم أن نطاق الانقاص يمتد ليشمل كافة التصرفات القانونية؟

لكل هذه التساؤلات، وغيرها، جاء بحثنا الحالي الذي خصصناه لبيان المقصود بالانقاص وماهيته القانونية.

٣ ـ فالانقاص، باعتباره فكرة قانونية له معنى محدد خاص به، يميزه عن غيره من الأنظمة القانونية، ولكونه كذلك، أي نظاما قانونيا مستقلا عن غيره من الأنظمة، فهو يستقل أيضا بطبيعته الخاصة، لذلك فإن دراسة الانقاص والتعرف على حقيقته تستوجب البدء بالتعريف به وتحديد مفهومه والمقصود منه، كما تقتضي كذلك تحديد ماهيته وطبيعته القانونية.

ومن ثم نقسم دراستنا **إلى فصلين، ونجعل** لكل من الموضوعين السابقين فصلا على حدة.

فيكون الفصل الأول، لمفهوم الانقاص.
ويكون الفصل الثاني، للطبيعة القانونية للانقاص.

الفصـــل الأول
مفهـــوم الانقـــاص

٤ ـ يرجع الفضل في إظهار وبلورة فكرة «الانقاص» كنظرية مستقلة متكاملة إلى الفقه الألماني، الذي انتقلت منه إلى التقنينات الجرمانية، وعلى وجه الخصوص التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري. ومن هذه التقنينات الجرمانية اقتبس العديد من التقنينات الحديثة فكرة الانقاص، كالتقنين البولوني والتقنين الايطالي، وكذلك التقنين المدني المصري، الذي أثر بدوره في غالبية التشريعات العربية اللاحقة له، كالتشريع السوري (المادة ١٤٤ مدني) والتشريعي الليبي (المادة ١٤٣ مدني) والتشريع العراقي (المادة ١٣٩ مدني) والتشريع التونسي (المادة ٣٢٧ مدني) والتشريع الجزائري (المادة ٣٠٨ مدني).

كما أخذ بهذه النظرية القانون المدني الكويتي (المادة ١٩٠)[1]، وكان قد سبقه في ذلك قانون التجارة الملغى.

٥ ـ وتعني فكرة الانقاص وفقا للمادتين ١٤٣ مدني مصري، ١٩٠ مدني كويتي أنه إذا كان العقد معيباً في شق منه بأن كان باطلاً أو قابلا للابطال، وصحيحا في شقه الآخر، فأن الشق المعيب هو فقط الذي يبطل، أما الشق الآخر فيبقى صحيحاً منتجا لاثاره، مالم يتبين أن العقد لم يكن ليتم دون شقه الباطل، عندئذ يبطل العقد كله.

وتهدف نظرية الانقاص، كما يتضح من النص، إلى تقييد بطلان العقد المعيب وقصره على قدره الباطل بدلا من مد نطاقه ليشمل كل العقد طالما أمكن ذلك، مستهدفا استقرار التعامل بالابقاء على العقد ولو جزئيا بدلا من هدمه كليا.

وإنقاص العقد يفترض الابقاء على نفس العقد بعد إسقاط واستبعاد شقه المعيب. ومن تطبيقات ذلك أن يتفق رجل مع امراة على أن تخدمه وأن يعاشرها معاشرة الأزواج لقاء مبلغ معين، فأن هذا الاتفاق وإن كان صحيحا

---

(١) الذي صدر في ١/١٠/١٩٨٠ وأصبح نافذا اعتبارا من ٢٥ فبراير ١٩٨١، ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ١٣٣٥ الصادر في ٥ يناير ١٩٨١ م الموافق ٢٩ صفر ١٤٠١ هـ.

في شقه المتعلق بالخدمة، إلا أنه باطل في شقه المتعلق بالمعاشرة غير المشروعة، لذلك فالبطلان لا يرد إلا على هذا الشق الثاني ولا يمتد إلى الشق الأول حيث يبقى العقد نافذاً مرتبا لاثاره، بعد تخفيض الاجر المتفق عليه ليتلائم مع قدر الخدمة فقط.

وفي عقد البيع الذي يرد على عدة أشياء وكان احدها قد هلك قبل ابرام البيع، أو كان قد وقع غلط بالنسبه له، فإن البطلان الذي يتقرر في مثل هذه الحالات يقتصر، اعمالا لفكرة الإنقاص على الشق المعيب فقط دون باقي العقد، فيرد على الشيء الهالك في الحالة الأولى، وعلى الشيء الذي وقع الغلط فيه في الحالة الثانية.

وفي عقد الهبة المقترنة بشرط غير مشروع لمخالفته للقانون أو النظام العام، يقتصر أثر عدم المشروعية، أي البطلان، على الشرط نفسه فيسقط وينتقص من العقد لتبقى الهبة صحيحة مشروعة.

وهكذا، تعني فكرة الانقاص تحديد نطاق البطلان وقصره على ما تعيب من العقد دون مده إلى باقيه الصحيح الذي يبقى كذلك، بشرط توافر شروط الانقاص بأن يكون العقد قابلاً للانقسام والتجزئة إلى شق صحيح يبقى، وشق باطل يسقط ويكون الشق الباطل غير الدافع إلى التعاقد.

٦ ـ وإنقاص العقد أو انتقاصه، وإن كان من الأفكار التي استحدثها القانون المدني المصري الحالي، كنظرية تشريعية متكاملة، إلا أنها لم تكن غريبة كلية عن الفكر القانوني المصري القديم. فقد أخذ القضاء المصري قبل صدور القانون المدني الحالي، أي في ظل القانون المدني القديم، في العديد من أحكامه، بنظرية انقاص العقد، على الرغم من عدم اعتناقه لها كنظرية عامة، من ذلك ما قررته محكمة الزقازيق في حكمها الصادر في ١٦ اكتوبر ١٩٢٩ بصدد عقد الهبة من أنه: «إذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع بطل الشرط وبقيت الهبة صحيحة[1]».

(١) المحاماة ـ ١٠ ـ رقم ١٦٥ ص ٢٣٢.

من ذلك أيضا ما قضت به المحاكم المصرية بتنزيل الفوائد الربوية إلى الحد الأقصى للفوائد الإتفاقية، وإن لم ينص القانون على ذلك صراحة[1].

٧ ـ من ناحية أخرى، فإن القانون المدني المصري القديم وإن لم يكن قد نظم نظرية الإنقاص كنظرية عامة، فقد اعتنق فكرتها في العديد من نصوصه الخاصة ببعض العقود والتصرفات القانونية، والتي وجدت طريقها ـ في معظمها ـ إلى القانون المدني الحالي، ومن أمثلة ذلك، وفقا للتنظيم الحالي، في القانون المدني الجديد:

ـ المادة ١٢٩ التي تجيز للقاضي، في حالة ابرام العقد نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيشاً بيناً أو هوى جامحاً في المتعاقد الآخر، أن ينقص التزامات هذا الأخير.

ـ المادة ١٤٩ التي تجيز للقاضي إنقاص التزامات الطرف المذعن في عقود الإذعان.

ـ المادة ٢٢٤ / ٢، التي تجيز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة.

ـ المادة ٢٢٧، التي توجب على القاضي إنقاص سعر الفائدة الاتفاقية إلى الحد الأقصى الذي يقرره القانون وهو سبعة في المائة.

ـ المادة ٢/٢٠٩، التي تخضع أجر الوكيل، في الوكالة غير التبرعية، لتقدير القاضي.

ـ المادة ٧٥٠، التي تقضي ببطلان بعض الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد التأمين، دون تأثير على العقد نفسه الذي يظل صحيحاً.

ـ المادة ٨٣٤، التي تنقص مدة الشيوع الإجباري الإتفاقي الذي يزيد على خمس سنوات ليصل إلى هذه المدة.

---

(١) أنظر على سبيل المثال استئناف مختلط ٢٧ مايو ١٩٠٩، المجموعة، ٢١، ص ٣٦٤. وراجع حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة ص ٤٠٥ إلى ٤٠٧.

٨ ـ وباعتناق المشرع المصري لنظرية إنقاص العقد بالصياغة التي جاءت عليها المادة ١٤٣ مدني، يكون قد انحاز للاتجاه المحبذ للإنقاص على الاعدام والبطلان التام للعقود المعيبة جزئيا، أي حبذ إنقاص العقد، بإبطاله جزئياً، على إعدامه وبطلانه كليا، طالما أمكن ذلك. فالأنظمة القانونية المختلفة في تنظيمها لنظرية «الإنقاص» يمكن ردها إلى اتجاهين، الأول يجعل الأصل هو الإنقاص، والإستثناء هو الإعدام والبطلان الكامل للعقد، أما الاتجاه الثاني فيذهب على نقيض ذلك، حيث يجعل الأصل بطلان العقد وإعدامه كليا، أما إنقاصه فلا يكون إلا إستثناء.

وفي إيضاح ذلك نقول أن نظرية إنقاص العقد تفترض بداءة إن عقدا ـ أو تصرفا قانونيا بصفة عامة كما سنرى ـ تبين بعد إبرامه أنه باطل في شق منه فقط دون باقيه، فيثار التساؤل عن أثر بطلان ذلك الشق على باقي العقد وما إذا كان البطلان يقتصر على الشق المعيب فقط، أم يمتد ليشمل كل العقد؟

وهنا لا تواجه الأنظمة القانونية هذا التساؤل بإجابة واحدة مطلقة تطبق في جميع الحالات وبصرف النظر عن أهمية وقيمة الشق الباطل من العقد، بل تختلف الإجابة وتتوقف على مدى أهمية وخطورة هذا الشق الباطل وأثره على العقد والشق الصحيح منه، وبصفة خاصة مدى إمكان بقاء هذا الشق الصحيح قائما بذاته ومستقلا عن شقه الباطل.

فذهب اتجاه أول إلى تفضيل إبطال العقد كله على إبقائه جزئيا، فجعل الأصل بطلان العقد بأكمله وليس فقط الجزء الباطل منه، مالم يتبين أن إرادة المتعاقدين كانت تهدف وتسعى إلى الاحتفاظ بما تبقى من العقد صحيحاً.

وهذا هو موقف القانون الألماني الذي جعل من بطلان العقد كله هو الأصل، ولا يتقرر الانقاص إلا إذا ثبت أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى عكس ذلك. فقد قررت المادة ١٣٩ من القانون المدني الألماني «إذا كان أحد اجزاء التصرف القانوني باطلا، بطل التصرف كله، إلا إذا ثبت أن التصرف كان سيبرم دون الجزء الباطل منه»[١].

(١) وترجمة النص بالفرنسية: "Lorsqu une partie dun acte juridique est nulle l'acte tout entier est nulle, a moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait etre

بينما ذهب اتجاه ثان، رائده في ذلك العمل على إستقرار التعامل، إلى تحبيذ مبدأ إبقاء الشق الصحيح من العقد قائما بذاته، وقصر الابطال على الشق الباطل فقط، مالم يتبين أن إرادة المتعاقدين قد قصدت غير ذلك، أي قصدت إبطال العقد كله[1].

وقد أخذ بهذا الإتجاه الثاني القانون السويسري، وهو أيضا الاتجاه الذي انضم إليه القانون المصري، ومن تبعه من القوانين العربية ومنها القانون الكويتي.[2]

ونتكلم فيما يلي عن كل من الاتجاهين السابقين:

الاتجـــاه الأول:

٩ ـ الفكرة الأساسية التي يقوم عليها الإتجاه الأول في تنظيم الإنقاص، الذي اعتنقه المشرع الألماني، هي أن المتعاقدين يهدفان عادة من العقد الذي يبرماه وحدة واحدة وكلا لا يتجزأ ولا ينقسم. من هنا فإن الأعمال الجزئي للعقد لا يجب أن يفرض على طرفيه ورغما عن إرادتيهما، ومن ثم ففي حالة تعيب العقد جزئيا يجب أن يكون بطلانه كليا وليس فقط جزئيا، مالم يتبين أن إرادة عاقديه قد انصرفت إلى هذا البطلان الجزئي، فإذا لم يثبت ذلك فيطبق الأصل أي البطلان التام.

وهكذا يتبلور الحل الذي جاءت به المادة ١٣٩ مدني ألماني إلى أنه يفرض قرينة عدم قابلية العقد للتجزئة والانقسام، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من خلال إرادة عاقديه، التي تكون الفيصل والمعيار في تحديد مدى البطلان، وبمعنى آخر الإختيار بين بطلان العقد كله أو الإكتفاء بإنقاصه.

= cependant conclu".

أما النص بالألمانية فهو : ـ "Iet ein Teil eines Rechtsgeschafts nichting, so ist das ganze Rechtsgeschaft nichting wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohre den nichtigen **Teil vorgenommen sein wutde**".

(١) وكما هو واضح ينحصر الفارق الأساسي بين النظامين في عبء الاثبات ليس أكثر، وهذا ما سيتضح لنا من دراستنا لكلا الاتجاهين.

(٢) وفي نفس الاتجاه المادة ٥١ من مشروع القانون المدني لولاية كيبك في كندا.

أما عند تحديد الارادة، التي تكون معيارا للاختيار بين البطلان الكامل والإنقاص للعقد المعيب جزئيا، فقد اختلفت حولها الاراء، بل وأنكر البعض الوجود الحقيقي لمثل هذه الارادة، إستنادا إلى أنه من النادر أن يواجه المتعاقدان، وقت إبرام العقد أنه سيكون معيبا في شق منه، ومن ثم فلا تتجه ارادتاهما، لا صراحة ولا ضمناً، إلى تحديد مصير العقد في هذه الحالة. ويبدو أن لهذا الرأي سندا كبيرا من الواقع والحقيقة، فالغالب فعلا ألا ينصرف ذهن المتعاقدين إلى هذا الإحتمال.

١٠ ـ وهنا نواجه في الواقع تناقضاً واضحاً، فكيف تتأتى معرفة ما إذا كان المتعاقدان سيبقيان على العقد في شقه الصحيح، إذا أبطل شقه المعيب والفرض أن ارادتيهما لم تواجه ذلك الاحتمال؟ فالرجوع إلى إرادة المتعاقدين لتقرير إنقاص العقد يتطلب أساساً توقعهما ذلك العيب عند إبرامه وإنصراف ارادتيهما إلى الإنقاص وليس البطلان التام، والفرض الغالب عملا عدم توقعهما ذلك، ومن ثم فلا تكون هناك جدوى من الرجوع إلى هذه الإرادة التي لا تتجه حقيقة إلا إلى صحة العقد واعماله كاملا، فالمتعاقدان عند تعاقدهما ليس مطلوبا لديهما بطلان العقد بطلانا كاملا، ولا انقاصه، وإنما صحة العقد وأعماله كاملا. لذلك فان تقرير انقاص العقد لن يقوم إلا إذا أخذنا ارادة المتعاقدين على أنها ارادة مفترضة وليست حقيقية، أي إرادة المتعاقدين وقت النزاع وليست ارادتيهما وقت إبرام العقد، حيث لا وجود لهذه الأخيرة في الواقع. والمقصود بذلك تحديد ما يمكن أن تتجه إليه أرادة المتعاقدين لو أنهما علما بالعيب الذي يبطل العقد في شق منه فقط، وتحديد ما إذا كانا سيستمران رغم ذلك العيب في التعاقد، أي سيحتفظان بالعقد جزئيا في شقه الصحيح، أم أنهما كانا سيرفضان التعاقد كلية؟ وفقا للاجابة على هذا التساؤل يتم الإختيار في النهاية بين إنقاص العقد وبطلانه كلية[1].

واللجوء إلى الارادة المفترضة للمتعاقدين لا يقضي كلية على صعوبة أعمال الانقاص وفقا للحل الألماني، إذ كثيرا ما يصعب تحديد هذه الإرادة،

(١) راجع في عرض ذلك فيليب سمليه Philippe SIMLER:
La nullite Partielle des actes juridiques, Paris, 1969, P. 424 et S.

لكونها افتراضية نظرية وليست حقيقية.

ومع ذلك فهناك من العوامل ما يسهل الوصول إلى هذه الإرادة، من ذلك الاعتداد بالهدف الذي يقصده المتعاقدان من التعاقد، ومدى فائدة الشق الصحيح من العقد على ضوء المصالح المختلفة التي يرمي اليها المتعاقدان، وكذلك نية وارادة المتعاقدين المعبر عنها، وغير ذلك من الظروف التي تحيط عملية التعاقد.

فإذا تعذر مع ذلك تحديد الارادة المفترضة للمتعاقدين، فلا يبقى إلا اعمال الحل أو القرينة التي فرضتها المادة ١٣٩ مدني الماني، والتي تقرر مبدأ البطلان التام للعقد، ومن ثم يقع على من يرغب من المتعاقدين في إنقاص العقد بدلا من بطلانه أن يثبت أن ارادته، وكذلك إرادة المتعاقد الآخر، كانت ستنصرف إلى الإبقاء على العقد في شقه الصحيح، لو كانا قد علما بالعيب وقت إبرام العقد. فإذا عجز طالب الأنقاص عن اقامة هذا الإثبات، فيبقى الأصل الذي قرره النص مطبقا، وهو البطلان التام لكل العقد، ويرفض طلب انقاصه.

١١ ـ وهكذا، يتبين لنا من عرضنا السابق أن المشرع الألماني حاول بالحل الذي تبنته المادة ١٣٩ التوفيق بين مطلبين مختلفين وهما: ضرورة عدم فرض الإنقاص لتصرف لم يقصد طرفاه إبرامه منتقصا، وضرورة العمل قدر الإمكان على إستقرار التعامل بعدم إبطال التصرفات القانونية إلا في الحدود الضرورية، وهي التي لا يثبت فيها إتجاه إرادة المتعاقدين إلى الإنقاص.

لذلك فالحل الذي تبناه المشرع الألماني وإن كان يفسر أساساً بتقديسه لمبدأ سلطان الأرادة في التعاقد والإتفاق، ومغالاته فيما يجب أن يكون للإرادة من دور في هذا الصدد حيث جعل لها المقام الأول في المفاضلة والإختيار بين البطلان ومجرد الإنقاص، إلا أنه لم يغفل كلية إستقرار التعامل والحفاظ على التصرفات القانونية كلما أمكن ذلك.

أما إذا تعذر الوصول إلى إرادة المتعاقدين فلم يكن أمام المشرع سوى الإختيار بين الخيارين السابقين، فحبذ البطلان الكلي وجعله الأصل

والأساس، مضحيا بذلك باستقرار التعامل حفاظا واحتراما لارادة المتعاقدين، التي لم يثبت انصرافها إلى الانقاص[1].

١٢ ـ أما من الوجهة العملية، فإن الحل وفقا للنظام الألماني لن يخرج عن واحد مما يأتي: ـ

ـ فاما أن يقتنع القاضي بأن العقد كان سيبرم دون الشق الباطل، وبالتالي فانه يقصر البطلان عندئذ على الشق الباطل ويبقى العقد في شقه الصحيح، أي يكتفي بانقاص العقد بدلا من بطلانه كله.

ـ واما أن يقتنع، على العكس، مما سبق، بأن العقد لم يكن ليبرم بدون شقه الباطل، فيمد البطلان عندئذ إلى كل العقد، ولا يمكنه الاكتفاء بإنقاصه.

ـ وأخيرا، فقد يتعذر على القاضي ترجيح أي من الحلين السابقين، بسبب تناقض الحجج التي يتمسك بها كل من طرفي العقد، الأمر الذي لا يمكنه من إفتراض نية معينة، في هذه الحالة على القاضي الحكم بالبطلان الكامل، إعمالا للمادة ١٣٩ مدني ألماني، التي تفرض في حالة الشك بطلان العقد بأكمله وليس شقه الباطل فقط وإن كان هذا الفرض الأخير نادر الحدوث عملا، إذ الغالب أن يصل القاضي إلى أحد الحلين السابقين.

ومما سبق يتضح لنا أن أهمية القرينة التي تفرضها المادة ١٣٩، أي قرينة البطلان الكامل، محدودة للغاية، أما الأهمية الحقيقية التي تفرضها هذه المادة فتكمن في المعيار القصدي الذي تقيمه للأختيار بين بطلان العقد وإنقاصه، حيث الفيصل في ذلك لما تتجه إليه إرادة المتعاقدين وقصدهما، أما من الناحية العملية فغالبا ما يصل القاضي إلى إنقاص العقد.

لذلك يرى الفقه الألماني أن الحل الذي تقرره المادة ١٣٩ ليس له معنى سوى رفع الشك المحتمل حول إمكان إنقاص العقد بدلا من بطلانه كلية،

---

(١) ولا تفوتنا الإشارة إلى أن البحث عن نية وارادة المتعاقدين ـ المفترضة ـ لا يمكن أن تكون محلا لإثبات كامل ويقيني، فالمقصود، كما سبق أن وضحنا، التدليل على ارادة غير حقيقية ولا وجود لها في الواقع، في غالبية الحالات، وإنما إرادة نظرية مفترضة لذلك فالمقصود هنا مجرد تقدير، وليس تقرير، للإرادة المفترضة بإعتبارها أمراً ثابتاً وأكيداً.

إضافة إلى أنه يترك للمتعاقدين التخلي عن العقد الذي يتقرر رغما عن إرادتيهما[1].

١٣ ـ وعلى الرغم من الأهمية المحدودة للقرينة التي فرضتها المادة ١٣٩ ألماني، على النحو السابق بيانه، إلا أن هذه القرينة يظل لها أهمية ملحوظة فيما يتعلق بعبء الإثبات الذي تلقيه على عاتق من يتسمك بابقاء العقد في شقه الصحيح وقصر البطلان على شقه المعيب، أي على من يتمسك بإنقاص العقد بدلا من بطلانه في مجموعه. ذلك أن عبء الإثبات، ورغم طبيعته الإجرائية، إلا أنه كثيرا ما يؤثر على مضمون وموضوع النزاع. لذلك انتقد بعض الفقه الألمانى القرينة التي أقامتها المادة ١٣٩، مستندا في ذلك إلى أن فرض عبء الإثبات وتوزيعه على المتنازعين يجب أن يتفق مع الحل العادل للمصالح المتنازعة[2]، وهذا مالم يرعاه القانون الألماني، فعلى الرغم من أن حالات إنقاص العقد أكثر عددا في الواقع العملى من حالات بطلانه، الأمر الذي يدل على أن الإنقاص أكثر واقعية من البطلان، إلا أن القانون الألماني تطلب ممن يريد التمسك بالإنقاص التدليل على أن المتعاقد الآخر كان بدوره يفضل الأنقاص على البطلان، بمعنى أن يثبت إنعدام مصلحته المشروعة في التمسك بالبطلان الكامل. ولا شك في صعوبة إقامة هذا الإثبات.

لذلك كان من الأوفق، كما يقرر الفقه الألماني، إلقاء عبء الاثبات على من يطالب بالبطلان وليس على من يطالب بالانقاص باعتباره أكثر سهولة وأقرب إلى الواقع والمنطق[3]، ويتفق أكثر مع عدالة توزيع عبء الاثبات.

---

(١) راجع في عرض ذلك سمليه، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

(٢) أنظر في ذلك Dahmen ص ٨٠ من مرجعه المشار إليه برسالة سمليه ص ٤٢٨.

(٣) كما طالب بعض الفقهاء الألمان بضرورة قلب عبء الاثبات والقرينة التي فرضتها المادة ١٣٩ مدني ألماني، في التصرفات المركبة، بصفة خاصة، أي التصرفات التي تتضمن عدة عمليات قانونية متميزة، باعتبار أن الغالب في مثل هذه التصرفات أن تستقل كل عملية قانونية بوجودها الذاتي، بحيث لا يؤثر بطلان احداها في صحة الباقي.

الإتجـاه الثانـــي

١٤ ـ على العكس من الإتجاه السابق، الذي يعتنقه القانون الألماني، فإن القانون السويسري يجعل إنقاص العقد هو الأصل الواجب الأعمال، أما البطلان التام فلا يكون إلا استثناء. وفي ذلك تقرر المادة ٢/٢٠ من قانون الالتزامات الفيدرالي «إذا لم يكن العقد معيبا إلا بالنسبة لبعض شروطه، فإن هذه الشروط هي وحدها التي تبطل، مالم يتبين إن العقد لم يكن ليبرم دونها»[١].

وجعل الانقاص هو الأصل والقاعدة واجبة التطبيق في حالة البطلان الجزئي هو وجه الخلاف الرئيسي بين هذا الإتجاه الثاني الذي يعتنقه القانون السويسري، والاتجاه الأول الذي أخذ به القانون الألماني، فيما يتعلق بأثر تعيب العقد وبطلانه في شق منه فقط وبقاء شقه الآخر صحيحا، فقد سبق أن رأينا أن الاتجاه الأول يجعل البطلان التام الأصل والقاعدة ولا يكون الانقاص إلا إستثناء.

أما بعد ذلك فيتفق الإتجاهان، بصفة خاصة فيما يتعلق بمجال تطبيق كل منهما.

نتعرض إذن لمبدأ الحل الذي تبناه القانون السويسري، أي مبدأ إنقاص العقد، ثم نشير إلى نطاق تطبيق هذا المبدأ والذي يتفق معه في ذلك الإتجاه الألماني، رغم إختلافهما في مبدأ الحل.

أولا ـ مبدأ الانقاص

١٥ ـ يكمن الخلاف الأساسي بين النظام السويسري والنظام الألماني في مبدأ الحل الذي يطبق في حالة البطلان الجزئي، أي بطلان شق فقط من

---

(١) يمكن أن ندرج ضمن هذا الإتجاه الحل الذي اعتنقه القانون المدني الإيطالي في المادة رقم ١/١٤١٩، التي قررت أن بطلان الشرط يستوجب بطلان العقد بأكمله إذا تبين أن المتعاقدين ما كانا يبرماه دون الشق الباطل منه. فكما هو واضح علق المشرع الإيطالي البطلان الكامل للعقد على ثبوت أن الشرط لم يكن دافعا للتعاقد، فإذا لم يثبت ذلك طبق الأصل وهو إنقاص العقد.

العقد. فبينما يجعل القانون الألماني الأصل، عندئذ، بطلان العقد كله وليس فقط شقه المعيب، يقصر القانون السويسري البطلان على الشق الباطل فقط دون شقه الصحيح، أي ينتقص من العقد شقه الباطل ليسقط، أما باقيه فيظل صحيحا نافذا، مالم يثبت أن العقد لم يكن ليبرم دون الشق الباطل، فيبطل العقد بأكمله.

فكما هو واضح يفضل النظام السويسري بقاء العقد وصلاحيته ولو جزئيا على هدمه وإبطاله كلية، أخذا بالقول المأثور مالا يدرك كله لا يترك كله. فالعاقد لا يمكنه لإبطال العقد والتخلص منه أن يتمسك بعيب يؤثر فقط في أحد شروطه أو أجزائه غير الجوهرية ولا يحول دون بقاء العقد فيما يبقى منه صحيحا.

فإذا كان الاتجاه الألماني يقوم على أساس نظري هو المغالاة في الحرية والذهاب بعيدا نحو إحترام ارادة المتعاقدين واستقلالها التام الأمر الذي يجعله يضحي بإستقرار التعامل من أجل حمايتها واحترامها، فإن الاتجاه السويسري، على العكس من ذلك، ينزع نزعة موضوعية، أكثر واقعية، حيث يعمل ليس فقط على إحترام الوعود والتعهدات، بل يراعى أيضا مقتضيات حسن النية ويعمل على تحقيق أمن وإستقرار المعاملات إلى أبعد حد ممكن، وذلك بتحبيذه إنقاص العقود وبقائها جزئياً بدلا من هدمها كليا. لذلك يبرر الفقه السويسري مبدأ الإنقاص بإعتبارات إجتماعية وعملية، وليست فقط قانونية [1].

فمن الوجهة الاجتماعية، يجيب الانقاص عند الضرورة لمتطلبات إستقرار التعامل، خاصة وإن التصرفات القانونية العديدة التي فرضها تعقد الحياة غالبا ما تتميز بإرتباط بعضها بالبعض الآخر، والغاء أحدها قد يؤثر في الآخر ويؤدي إلى إضطرابها وإختلالها. هذا بالاضافة إلى ما في إنقاص العقد من فائدة للمتعاقدين وحماية لمصالحهم، باعتبار ان مالا يدرك كله لا يترك كله.

---

(١) أنظر في ذلك بيوت Piotet La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse. Berne, 1965, P.31.

ومن الوجهة القانونية، فإن إنقاص العقد مع هذا الاتجاه لا يفرض رغم إرادة المتعاقدين، بل يتقرر بالاستناد إلى هذه الارادة، لذلك يقوم الانقاص إذا تبين من فحص إرادة الطرفين أنها كانت تنصرف إلى التخلي عن العقد كلية لو علما ببطلانه في شق منه فقط. وهكذا تكون قاعدة الانقاص قاعدة قانونية تعتد بحقائق الواقع.

١٦ ـ ومما سبق نرى أن مناط ومعيار الانقاص في القانون السويسري هو نفسه معيار البطلان التام في القانون الألماني، أي معيار قصدي، يستند إلى قصد وإرادة المتعاقدين. لذلك فما سبق أن أبديناه من ملاحظات على هذا المعيار في القانون الألماني ينطبق هنا أيضا، فقط مع مراعاة أن الحل هنا يكون عكسيا.

تطبيقا لذلك المعيار الشخصى القصدي يقع على المتعاقد الذي يريد التخلص من العقد كلية، إستنادا إلى بطلان شق فقط منه، أن يثبت ليس فقط أن تلك كانت ارادته ورغبته وقت إبرام العقد، بل عليه أيضا أن يقيم الدليل على أن العقد لم يكن ليبرم دون شقه الباطل. وهنا ـ أيضا ـ نلاحظ أن الإرادة التي يعتد بها ليست في الواقع ارادة حقيقية، بل هي ارادة نظرية إفتراضية لم توجد مطلقا[1]. لذلك فلا يوجد في نظرنا تفسير للارادة بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة، إذ لا يمكن تفسير إرادة لم تتواجد مطلقا.

وهنا أيضا، كما رأينا في الاتجاه الأول الذي انتهجه القانون الألماني يوجد بعض العناصر الموضوعية التي تساعد في تسهيل عبء الاثبات على من يتحمله. أما في حالة الشك وتعذر الوصول إلى إرادة المتعاقدين ـ المفترضة ـ وهذا نادرا ما يتحقق، فيطبق مبدأ الحل الذي قررته المادة ٢٠/٢ من القانون السويسري، أي مبدأ انقاص العقد، على عكس القانون الألماني الذي يأخذ بمبدأ بطلان العقد كلية وليس فقط انقاصه.

١٧ ـ والحل أو المبدأ الذي قرره المشرع السويسري، أي مبدأ الانقاص

---

(١) أنظر في هذا المعنى تاندوجان Tandogan: La nullite, l'annulation et la resiliation partielles des contrats. These, Lausanne, 1952.

وتفضيله على البطلان التام، يثير مسألة هامة، فكثيرا ما يتضح للقاضي أن المتعاقدين كانا سيستمران في التعاقد ويحتفظان بالعقد دون شقه الباطل، ولكن يبقى، مع ذلك، تحديد الكيفية التي سيستمر عليها العقد في شقه الصحيح. وهذا ما يحدث بصفة خاصة عندما لا يحدد المشرع قيود عدم الشرعية أو حدودها ، كما هو الحال بالنسبة لبطلان بعض الشروط المغالى فيها كميا دون تحديد هذا الكم، والواقع أن هذه المسألة تثير مشكلة أعم وهي مدى سلطة القاضي السويسري ازاء تعديل العقود والتصرفات القانونية التي تعرض عليه.

وسلطة القاضي في تعديل العقود وإن كان لا ينازع فيها الفقه السويسري إلا أن الخلاف دار حول تأسيسها، فذهب البعض إلى أن القاضي يملك تعديل العقد إستنادا إلى قواعد العدالة[1] ، بينما ذهب البعض الآخر إلى إمكان إيجاد أساس تشريعي لسلطة القاضي في تعديل العقود[2] .

١٨ ـ ولا يفوتنا أن نشير ـ هنا أيضا ـ وكما هو الحال في القانون الألماني، إلى أن المبدأ الذي قرره القانون السويسري ليس له في ذاته سوى أهمية محدودة في الواقع، حيث أنه لن يعمل إلا عندما يتعذر الوصول إلى الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وهذا نادراً ما يحدث، فإن حدث، وتعذر الوصول إلى هذه الإرادة فلا يبقى إمام القاضي سوى إنقاص العقد. وهنا يظهر تفوق القانون السويسري على القانون الألماني، وقد سبق أن أشرنا إلى الإنتقادات التي وجهها الفقه الألماني إلى نظامهم. ونحن بدورنا نؤيدهم في ذلك. إذ الأفضل فرض عبء الإثبات على عاتق من يطالب بهدم العقد كلية كما فعل القانون السويسري، وليس على عاتق من يريد الإحتفاظ بما تبقى صحيحاً من العقد، أي من يطالب بإنقاصه فقط، فالأصل في البطلان أنه يلحق الجزء المعيب فقط وباعتبار أن العيب قد شاب العقد في شق منه فقط، وإلا ما أثير الإنقاص،

---

(١) Piotet المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٢) ويشير هذا الاتجاه إلى المادة الثانية من قانون الإلتزامات السويسري التي تسمح للقاضي باستكمال العقد الذي أغفل عاقداه تنظيم بعض المسائل القانونية به..

راجع في هذا الاتجاه وفي سلطة القاضي بصفة عامة: Lucien-Brun:

Le role et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse, these, Grenoble, 1920.

لعدم تحقق فرضه، ومن ثم فالأصل أن يكون البطلان بقدر هذا العيب، فإذا إدعى خلاف ذلك، أي ادعى إمتداده لكل العقد، وقع على المدعي الإثبات. ومع ذلك فيجب ألا نعطى مسألة الاثبات هذه أهمية أكثر مما تستحق، إذ ما يحدث عملا هو تبادل الحجج والإيضاحات من طرفي النزاع إلى أن يقتنع القاضي بإحدى وجهتي النظر، فإن تعذر عليه ذلك قضى بإنقاص العقد، إعمالا للمبدأ الذي تقرره المادة ٢٠/٢. ولا شك أن القاضي لن يقرر الإنقاص إلا إذا عجز من طالب بإبطال العقد بأكمله عن إقناعه بإنصراف ارادته والمتعاقد معه إلى عدم إبرام العقد لو كانا يعلمان بالعيب الذي لحق شقه المعيب.

وهكذا يبدو لنا أن ما يتميز به النظام السويسري ليس الحل ذاته الذي يقرره، فقد رأينا أنه لا يطبق إلا إستثناء، وحيث يتعذر وصول القاضي إلى إرادة طرفي التصرف، وليس كذلك نقله لعبء الاثبات، لما لواقع العمل من دور كبير في تحمل عبء الإثبات، وإنما المهم في النظام السويسري هو تقريره أن مدى البطلان وما إذا كان كليا أم جزئيا فقط يتم وفقا لارادة المتعاقدين، منضما في ذلك إلى القانون الألماني، ولكنه يتميز عنه في مبدأ الحل الذي أعتنقه وهو الأنقاص وتفضيله على البطلان التام للتصرف.

ثانيا ـ نطاق تطبيق الانقاص

١٩ ـ على الرغم من الاختلاف في صياغة المادتين ٢٠/٢ سويسري، ١٣٩ ألماني، حيث تقرر الأولى مبدأ الانقاص، بينما تفرض الثانية مبدأ البطلان التام، الا انهما تتفقان بعد ذلك فيما يتعلق بمجال تطبيقهما[1].

وأول ما يلفت النظر في النص السويسري أن الفقرة الثانية من المادة ٢٠ التي قررت مبدأ الإنقاص ليست إلا تكملة للفقرة الأولى من نفس المادة التي تواجه العقود الباطلة بسبب استحالة محلها أو عدم مشروعيته، فهي تواجه

(١) لا نقصد هنا دراسة تفصيلية لنطاق الإنقاص وفقا للنظامين السويسري والألماني، وإنما نكتفي بمجرد إشارة موجزة بالقدر الذي نتفهم به ماهية الانقاص. أما نطاق الانقاص فسيكون محلا لدراسة لاحقة إن شاء الله.

سبباً فقط من أسباب البطلان، ومع ذلك فإن الفقه السويسري متفق على الفصل التام بين الفقرتين فيما يتعلق بمجال التطبيق فلم يقصر تطبيق الفقرة الثانية على مجال الفقرة الأولى بل قرر أنها تطبق على جميع حالات البطلان الجزئي[1] أيا كان سببه.

من ناحية أخرى لا يواجه النص صراحة إلا العقد، ومع ذلك فقد امتد تطبيقه عن طريق القياس ليشمل كل التصرفات القانونية، حتى ولو كانت انفرادية، أي من جانب واحد فقط[2].

أخيرا، فإن الفاظ وعبارات النص السويسري لا تواجه سوى بطلان الشروط، ولا يخفى أن للشرط معنى محدداً وضيقا، إلا أن الفقه متفق ـ هنا أيضا ـ على عدم قصر مجال الإنقاص على الشروط بمعناها الضيق، وإنما أخذها بمعنى واسع يشمل أي جزء أو شق في العقد أو التصرف القانوني، ولو لم يكن شرطا بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة.

وتطبيقا لهذا المعنى المتسع لكلمة الشرط Clause التي جاءت بالنص السويسري، فقد اتحد نطاق تطبيق هذا النص مع نطاق تطبيق النص الألماني الذي استعمل كلمة شق Parti. فكلاهما يطبق على بطلان الشروط التبعية في التصرفات البسيطة، ويطبق على بطلان بعض العمليات القانونية المكونة للتصرفات المركبة كما يطبق في حالة بطلان التصرف في مواجهة بعض الأشخاص فقط، بينما يكون صحيحا في مواجهة الآخرين. بل ويطبق في حالة بطلان بعض آثار التصرف دون أن يكون لذلك البطلان تأثير على الشكل الخارجي للتصرف الذي يظل محتفظا بتكييفه الأصلي. أخيرا، يطبق كلا النصين الألماني والسويسري في حالة بطلان بعض الشروط للمغالاة فيها كميا، حيث يتجه القضاء السويسري في الوقت الحالي نحو قبول الإنقاص في هذه

---

(١) تاندوجان، المرجع السابق، ص ٥٣، بيوت.

(٢) Piotet: De l'invalidite partielle des actes juridiques en cas de vice du consentement, Rev. dr. suisse, 1957, P. 97.

تاندوجان، المرجع السابق ص ٤٤، بيوت، المرجع السابق ص ١١٤.

الحالة، بعد أن كان يساوره بعض التردد فيما مضى، أما القضاء الألماني فهو مستقر على ذلك[1] منذ زمن بعيد.

وهكذا، نرى اتحاد مجال الانقاص في كل من النظامين الألماني والسويسري، رغم ما بينهما من إختلاف في الصياغة. أما الإختلاف الحقيقي فيكمن في مبدأ الحل الذي تبناه كل منهما، وكذلك في النتائج التي تترتب عليه.

تنظيم القانون الفرنسي للانقاص

٢٠ ـ لم يعتنق المشرع الفرنسي نظرية عامة «للإنقاص» كما فعل بعض من التشريعات، كالتشريع الألماني والتشريع السويسرى والتشريع المصرى والتشريع الكويتي، إلا أن ذلك لا يعني أن القانون الفرنسي يجهل هذا النظام كلية، بل يتضمن القانون الفرنسي العديد من النصوص المتفرقة التي تأخذ بفكرة الإنقاص. لذلك نجد العديد من أحكام القضاء الفرنسي تعد تطبيقا واعتناقا لنظرية الإنقاص. من ذلك تخفيض القضاء لاجر الوكيل، وانقاصه تصرفات السفيه، كذلك لجوؤه إلى فكرة الانقاص عند أعماله لعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه، وفي حالات الغبن[2].

ومن بين النصوص المتفرقة التي تأخذ بفكرة الإنقاص هناك نصان يحظيان بأهمية خاصة، إذ على ضوئيهما استطاع القضاء الفرنسي أن يشيد نظرية متكاملة لفكرة الانقاص: النص الأول هو المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي الخاصة ببطلان الشروط الواردة في التبرعات أى التصرفات المجانية. أما النص الثاني فهو المادة ١١٧٢ من القانون نفسه الخاصة ببطلان الشروط الواردة في التصرفات غير المجانية أى التصرفات بمقابل[3].

---

(١) راجع في تفصيل ذلك، تاندوجان، المرجع السابق ص ٦٧، ٩٧، ١٢١، ١٩٢، ٢٢٨، ٢٤٥، ٢٦٧، بيوت، المرجع السابق، ص ١٠٥، ١١٤ وأنظر سملية رقم ٣٦٣.

(٢) انظر على سبيل المثال نقض فرنسي ١٥ فبراير ١٨٩٨، داللوز ١٨٩٨ـ١ـ١٩٢، عرائض فرنسي ١٩ يناير ١٩٢٥، داللوز الاسبوعي ١٩٢٥ ـ ٧٧. وراجع في تفصيل ذلك دى باج، ج١ فقرة رقم ٨١، بلانيول وريبير واسمان، ج٦ ص ٢٨٦، مازو، دروس في القانون المدني، ج٢، الكتاب الثاني رقم ١٠٤٣ ص ١٠٥٩.

(٣) والاتي نص المادتين: Art. 900:

فوفقاً لنص المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي، كل شرط مستحيل لمخالفته للقانون أو حسن الأداب، يلحق بالتصرفات التبرعية يكون باطلا، ولا يؤثر ذلك في التصرف نفسه الذى يبقى صحيحا.

أما المادة ١١٧٢، وهي الخاصة بالتصرفات بمقابل غير التبرعية فتأخذ بعكس الحل السابق حيث تبطل كل التصرف إذا أدرج به شرط باطل.

ورغم أن ظاهر النصين يقصر فكرة الإنقاص على التصرفات المجانية التي تنظمها المادة ٩٠٠ دون التصرفات بمقابل التي تنظمها المادة ١١٧٢، إلا أن القضاء في تطوره الأخير اخضع كلا المادتين لنظام واحد فلم يبطل التصرفات بمقابل إلا إذا كان الشرط الباطل الذى تتضمنه هذه التصرفات هو الدافع الباعث إلى التعاقد، فإن لم يكن كذلك بطل الشرط فقط وبقي العقد صحيحا. وبالنسبة للتصرفات المجانية فقد اشترط لإنقاصها، ببطلان الشرط المعيب فقط دون التصرف ذاته، ألا يكون هذا الشرط هو الدافع الى التبرع، فإن كان كذلك بطل الشرط وكذلك التبرع [1].

ففي البداية كان القضاء يطبق الحل الذى قررته المادة ٩٠٠ بكل شدة، ولكنه أخذ شيئا فشيئا يضع بعض القيود على تطبيقه، بادئا برفض الحل الذى

= "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront reputees non ecrites".

Art. 1172:

"Toute condition d' une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en depend".

ومن النصوص الأخرى التي تعد تطبيقا لفكرة الانقاص المواد: ٧٩١، ٢/١١٣٠، ٨٩٦، ٩٦٥، ١٨٥٥، ٤٨١ إلى ٤٨٤، ١٧٨٠، ١٦٦٠، ٢/١٠٢٦.

(١) والواقع أن ما دفع المشرع الفرنسي إلى التفرقة بين التصرفات بمقابل والتصرفات المجانية، وتقريره عدم إبطال هذه التصرفات الأخيرة رغم احتوائها على شرط غير مشروع، هو تخوفه من عدم قيام المتبرع باحترام قواعد الارث التي قررها القانون، وأمام زوال هذا التخوف في الوقت الحالي، فلم يعد هناك ما يستوجب هذه التفرقة، خاصة وأن المحاكم الفرنسية لاحظت تشدد الحل الذى قررته المادة ١١٧٢، الأمر الذى انتهى بتوحيد الحل الذى يطبق على المادتين.

راجع في ذلك مازو، دروس في القانون المدني، ج٢ رقم ط٦، ١٩٨٥ ٣٢٩، ص ٣٠٨.

تقرره في الحالات التي يتضح فيها بجلاء أن المتبرع قد علق أهمية خاصة على تنفيذ الشرط الذى فرضه. كما كيف في بعض الحالات الشرط الذى يتضمنه التبرع على أنه عبء أو تكليف، ومن ثم يصبح تصرفا بمقابل وليس تبرعا ويخضع بالتالي للمادة ١١٧٢.

وأخيرا اتجه القضاء إلى فكرة السبب الدافع ليخضع كل التصرفات المجانية وغير المجانية لنفس الحكم، وتكون محلا للانقاص بقصر البطلان على الشرط الباطل، ما لم يكن هذا الشرط دافعا إلى التعاقد [1] ويستوى في ذلك أن يكون التصرف تبرعا أو معاوضة. وهكذا أصبحت القاعدة في القانون الفرنسي أن بطلان الشرط لا يستوجب بطلان التصرف الذى يتضمنه إلا إذا كان الشرط دافعا إلى التعاقد، اعمالا للمادتين ١١٣١، ١١٣٣ مدني فرنسي.

ثم توسع القضاء الفرنسي في تطبيق وأعمال فكرة الإنقاص أو البطلان الجزئي، كما يسميها الفقه الفرنسي [2] فلم يقصر مجالها على بطلان شرط من شروط العقد بمعناه الوارد في المادتين ٩٠٠، ١١٧٢، بل مد نطاق الإنقاص ليشمل بطلان أى شق في التصرف القانوني، سواء كان شرطا أو غير ذلك طالما كان الجزء المتبقي صحيحا من التصرف يمكن أن يتواجد وجودا ذاتياً مستقلاً، وله قيمته القانونية لذلك يتحقق الإنقاص في القانون الفرنسي ليس فقط ببطلان أحد شروط التصرف القانوني، سواء أكان شرطا تبعيا أم شرطا جوهريا في بعض الحالات، بل يتحقق كذلك في حالة المغالاة في بعض شروط التعاقد وفي حالة بطلان التصرف تجاه شخص معين وصحته في مواجهة الآخرين،

(١) راجع في تفصيل ذلك سمليه، رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) راجع سمليه، رسالته سابق الإشارة إليها، رقم ٣٢١، ص ٣٩٣ والذى يأخذ الانقاص على أنه مجرد تطبيق من تطبيقات البطلان الجزئي، حيث يقصر الانقاص على تخفيض الشروط المغالى فيها، أما البطلان الجزئي فيشمل إلى جانب ذلك بطلان الشروط المقترنه بالتصرفات القانونية، وبصفة عامة بطلان شق منها الذى قد يتمثل في عملية قانونية كاملة يتضمنها تصرف قانوني مركب. لهذا يقرر سمليه أن الانقاص ـ بمعناه الضيق لديه ـ لا يمكن أن يكون إلا شكل أو صورة للبطلان الجزئي. على أننا سنرى ن البطلان الجزئي هو الأثر أو النتيجة المترتبة على انقاص العقد أو التصرف القانوني عامة..

ويتحقق أيضا، في حالة بطلان أحد العمليات القانونية التي يتضمنها تصرف قانوني مركب [1].

موقف الفقه من الانقاص

٢١ ـ واذا كانت فكرة الانقاص قد وجدت لها تطبيقا خصبا في القضاء الفرنسي كما حظيت بتأييد وقبول غالبية الفقهاء، إلا أنها لاقت، مع ذلك معارضة من جانب بعض الفقهاء الذى أنكر على القضاء سلطة التصدى للعقد الباطل جزئيا والتعديل فيه دون سند تشريعي، نظرا لما يتضمنه ذلك من اعتداء على مبدأ سلطان الإرادة بتعديل اتفاقات الأفراد رغما عن إرادتهم [2].

بل وأنكر بعض الفقهاء شرعية تلك النصوص التي تخوّل القاضي سلطة تعديل العقد وانقاصه في بعض الحالات الخاصة.

أما القضاء الفرنسي فقد برر مسلكه واعتناقه لفكرة الانقاص بأنه إذ يملك القضاء بالبطلان التام للتصرف المخالف للقانون فيكون له القضاء بالبطلان الجزئي من باب أولى. فمن يملك الأكثر يملك الأقل [3].

وعلى هذا التبرير يرد الفقه المعادى لتخويل القضاء سلطة انقاص العقد بالقول أن حجة القضاء تكون مقنعة لو كان كل من البطلان الكلي والبطلان الجزئي متحدين في الطبيعة، ولكنهما يختلفان، فأثر الانقاص ـ البطلان الجزئي ـ فرض التزامات على أحد الطرفين أو عليهما معا على صورة لم يواجهاها عند العقد، ولا شك أن في ذلك اعتداء صارخ على مبدأ سلطان الارادة.

---

(١) راجع سمليه، رسالته، رقم ٣٨٠ وبعده.

(٢) انظر، بلانيول وريبير واسمان، ج٦، فقرة رقم ١٧٨، دى باج، ج١ فقرة رقم ٤٩، ٦٢ وانظر كذلك بيران. . Perrin: Essai sur la reductibilite des obligations excessives (en dehors des questions de reserve, de suretes et de garantie). These Paris, 1905, p.145.

دى بواه Desbois: Notion de la fraud a la loi et la jurisprudence Francais, Paris, 1927, p. 20.

كابيتان Capitant: De la cause des obligations, Paris, 1923, No. 98.

(٣) انظر عرائض فرنسي ٣٠ يوليو ١٨٩٤، داللوز ١٨٩٤-١-٣٤٠.

فالانقاص في نظر هذا الاتجاه الفقهي هو إعادة التصرف في صورة جديدة وهذا ما لا يملكه القضاء، إذ لا يمكن أن يكون عمل وإبرام التصرفات القانونية من سلطة القضاء. وينتهي هذا الإتجاه بضرورة وجود نص تشريعي يستند إليه القضاء في إنقاصه التصرفات القانونية [1].

أما الفقه المؤيد للإنقاص فيرى فيه ظاهرة ضرورية يستلزمها تأثر القانون بالأفكار الإجتماعية الحديثة التي تجعل قيمة التصرف في موافقته للقانون لا في حرية منشئه [2] هذا بالإضافة إلى فائدة الإنقاص العملية وكونه أكثر ملاءمة من البطلان التام، فهو« يمكن المحتاج من قبول اشتراط الزيادة في سعر الفائدة مع إمكانه تخفيض هذا السعر ولو قبل حلول الأجل مع بقاء القرض. والمستأمن يقبل مع الإنقاص على التأمين بأمان أكثر لأن منازعته في الشروط التعسفية لا تمس التزام الشركة بمبلغ التأمين. أما البطلان الكلي فيؤدى إلى رد الأقساط وفائدتها القانونية».

٢٢ ـ والواقع أن معاداة الانقاص لم تقتصر على القانون الفرنسي، الذى لم يعتنق بين نصوصه نظرية عامة للانقاص، بل أنه انتقد حتى في القوانين التي اعتنقته ونظمته بنصوص تشريعية كنظرية عامة التطبيق لا تقتصر على حالات محددة كما هو الحال في التشريعين الألماني، والسويسرى وكذلك التشريع المصرى.

ففي القانون الألماني رفض بعض الشراح السماح للقاضي بالتدخل في العلاقات التعاقدية وتعديلها، بصفة خاصة انقاص الالتزامات المغالى فيها [3].

وفي القانون المصرى تعرض الانقاص للنقد من الأستاذ الدكتور جميل

---

(١) راجع الفقهاء المشار إليهم بالهامش قبل السابق، بصفة خاصة، Perrinرسالته ص ٢٩٢، وراجع كذلك جميل الشرقاوى، رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصرى، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٦، ص ٨٧.

(٢) شيفالييه: JEAN CHEVALLIER: La volonte source d' obligation dans le projet de code civil revise. Revue AL QANOUN WAL IQTISAD, 1912, 2 eme partie, 195.

(٣) راجع عرض ذلك سمليه، رسالته، ص ٤٢٢.

الشرقاوى [1] الذى رأى فيه إمعانا في تقييد الإرادة الى حد القضاء على حريتها في نطاق التصرف القانوني. مما يعتبر احلالا للمركز القانوني المنظم محل التصرف القانوني، وفرضا لاثار قانونية لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين.

كما اعترض الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى على الانقاص من الناحية الفنية، إذ أنه يرى أن ما يتبقى من التصرف القانوني، الذى اتجهت إليه إرادة الطرفين، بعد انقاصه، هو مجرد جزء من الارادة بعد اقتطاع الجزء الفاسد منها، وهذا الجزء المتبقي من التصرف لا يمكن اعتباره تصرفا قانونيا «فإذا أريد إسناد الجزء الذى يبقى من آثار التصرف بعد الإنقاص إلى الإرادة فلا بد من التسليم بوجود تصرف قانوني صحيح، أى إرادة كاملة رغم ما يقال به من بطلان جزئي للارادة [2]».

٢٣ ـ وعلى الرغم من الإنتقادات السابقة التي وجهت من جانب قليل من الفقه، إلا أن أحدا منهم لم ينكر فائدته العملية كلية، بل اعترفوا بها صراحة وعزوا إليها تأييد الغالبية العظمى من الفقهاء التي تؤيد الإنقاص.

أما بالنسبة لما قيل عما يتضمنه أعمال الانقاص من الاعتداء على مبدأ سلطان الإرادة، نتيجة تدخل القاضي وتعديل التصرف القانوني على وجه يخالف ما اتفق عليه عاقدوه، فلا وجود في الواقع لمثل هذا الادعاء، إذ أن دور القاضي مع الإنقاص يقف عند حد تقرير ما إذا كان التصرف الباطل في شق منه، يمكن ابقائه وتنفيذه في شقه الصحيح أم لا يمكن ذلك.

---

(١) رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٨٩ وبعدها. وقد رفض الدكتور جميل الشرقاوى الانقاص حتى مع تقريره بنص تشريعي حيث أنكر شرعيته في هذه الحالة واعترض على النصوص التي تخول القاضي سلطة الانقاص، ونسب إليها أنها تؤدى إلى اضطراب في المبادىء القانونية، وعلى الخصوص مبدأ ذاتية الإرادة وحرية التعامل، راجع رسالته، ص ٨٨.

(٢) المرجع السابق ص ٩١. ويضيف الدكتور جميل الشرقاوى أن ذلك النقد يظهر بصفة خاصة مع الانقاص الذى تقرره النصوص الخاصة، والذى يتقرر بعيدا كلية عن إرادة المتعاقدين، حيث يظهر التعارض واضحا بين تعديل آثار التصرف رغما عن إرادة المتصرف وبين مبدأ سلطان الإرادة. من ناحية أخرى يضيف الدكتور جميل الشرقاوى ـ أن الانقاص لا يبدو أفعل من البطلان في كل الأحوال، «بل أن النص على البطلان الكلي قد يكون أقوى أثراً من النص على البطلان الجزئي ـ الانقاص ـ في بعض الصور، فشركة التأمين التي ترى البطلان الكلي =

فالإنقاص يفترض أساسا له البطلان الجزئي للعقد أوالتصرف القانوني والذى يتقرر بمقتضى القانون نتيجة مخالفة أحكامه، ثم يأتي القاضي ليبحث ما إذا كان الباقي من التصرف، أى شقه الصحيح يمكن أن يقوم كتصرف مستقل بذاته، أم يتعين اسقاطه وبطلانه تبعا لبطلان الشق الأول.

ومن ناحية أخرى، فإن القاضي في بحثه السابق، يرجع دائما إلى إرادة المتعاقدين، فيأتي قراره بالإستناد إليها، فإذا تبين له أن إرادة المتعاقدين لم تكن تقبل الإنقاص، لو علمت بالبطلان الجزئي وقت إبرام التصرف، لما أمكنه فرضه رغما عن هذه الإرادة معيار ومناط الانقاص.

حقيقة توجد حالات للانقاص يتمتع فيها القاضي بسلطة تقديرية، كبيرة، كما في حالة انقاص الشروط المغالى فيها، بيد أن هذه السلطة التقديرية معترف بها للقاضي ولم ينكرها أحد، كما سنرى، في العديد من الحالات الأخرى غير الانقاص.

أما بالنسبة للحالات الأخرى للانقاص التي تقررها نصوص تشريعية خاصة، والتي غالبا ما يفرض الانقاص معها بعيدا عن إرادة المتعاقدين، فلا شك أن الانقاص الذى تقرره يتضمن افتئاتا صارخا على مبدأ سلطان الإرادة، لذلك لا نجسر على اسناد هذا الانقاص الى إرادة المتعاقدين، بل هوفي الحقيقة انقاص مفروض أو حتمي يفرضه المشرع لاعتبارات مختلفة بعضها يتعلق بصالح الجماعة ومقتضيات النظام العام، والبعض الآخر يرجع إلى حماية الطرف الضعيف من طرفي التعاقد.

لذلك فإذا كان هذا الانقاص القانوني أو التشريعي يتضمن اعتداءً على سلطان الإرادة فلا يعني ذلك أنه ليس مبررا أو ليس مشروعا، بل على العكس

= يتهدد التأمين بأكمله بسبب شرط تعسفي تتردد كثيرا قبل أن تدرجه في البوليصة على خلاف ما إذا كان الجزاء هو الانقاص أى إزالة الشرط وحده. وكذلك الحال في الإقراض فالمقترض الذى يشترط ١٠٪ فوائد وهو يعلم انها قد تنزل إلى ٧٪ يقدم على ذلك بشجاعة أكثر مما لو كان مهددا بأن تنزل إلى ٤٪(الفائدة القانونية) التي يستحقها طبقا لقواعد الرد بعد البطلان الكلي للتصرفات التي يتم بها القرض». راجع هامش (٢) ص ٩٠. ويبدو أن المثل الثاني المتمثل في الإقراض هولصالح الانقاص وليس البطلان التام.

من ذلك، يرى المشرع في أعماله حماية لمصلحة أقوى وأجدر بالرعاية، وبمعنى آخر يعمل هذا الانقاص التشريعي في دائرة تبعد عن اتفاق وارادة الافراد.

من هنا فإن الانتقاد الموجه إلى هذا الانقاص التشريعي الحتمي، أى الذي تقرره نصوص خاصة، وإن كان صحيحا من حيث أنه لا يستند إلى إرادة المتعاقدين، إلا أن ذلك لا يعني انتقاده في ذاته، بل هو مشروع ومبرر على ما سبق أن أوضحنا. بل هو مقصود من المشرع باعتباره يحقق الهدف من تدخله.

بناء على ما تقدم يمكننا التمييز بين نوعين من الانقاص، الأول، ويمثل القاعدة العامة، يقوم على إرادة المتعاقدين، التي تعتبر معيارا له ومناط أعماله، والثاني، وهو الذى تقرره بعض النصوص الخاصة، سابق الإشارة إليها، لا يقوم اساسا على ارادة المتعاقدين، بل يمكن أن يقوم على خلافها، استناداً إلى اعتبارات النظام العام وحماية المجتمع والضعاف من أفراده، لذلك كان لا بد أن يتقرر هذا الانقاص ولو رغما عن إرادة المتعاقدين، أو طرفي التصرف بصفة عامة، وإلا لما تحققت الحماية التي يستهدفها المشرع بهذه النصوص الخاصة.

وهكذا ننتهي بشرعية وملائمة الانقاص الى جانب فوائده العملية، وكما سنوضح لاحقا، فإن هذا الاجراء لايتضمن تعديلا للتصرف القانوني بقدر ما يتضمن تصحيحا له، إذ أنه لا يخرج في حقيقته وجوهره عن تحديد القاضي لنطاق البطلان الذى يلحق التصرف القانوني أثر العيب الذى شابه وما إذا كان هذا البطلان يمتد إلى كل التصرف أم يقتصر على الشق الذى لحقه العيب. ففي هذه الحالة الاخيرة نكون أمام انقاص للتصرف بقصر البطلان على ما تعيب منه.

انقاص العقود في الفقه الاسلامي

٢٤ ـ عالج الفقه الاسلامي فكرة انقاص العقود والتصرفات القانونية، بصفة خاصة المذهب الحنفي الذى يميز بالنسبة لحكم الشروط غير

الصحيحة [1] ومدى أثرها على العقد، بين الشروط الباطلة، وهي الشروط التي لا تتحقق معها منفعة لأحد، لذلك يقتصر البطلان عليها وحدها دون تأثير على العقد الذى تقترن به فيظل صحيحا، وهذا هو الانقاص، والشروط الفاسدة [2] والأصل معها فساد العقد المقترنة به طالما كان من عقود المعاوضة المحضة، فإن لم يكن منها بل كان من غيرها، فسد الشرط فقط وبقي العقد صحيحا، وهنا أيضا يتحقق الانقاص.

كما يتحقق الانقاص ـ لدى الفقه الإسلامى ـ خارج نطاق الشروط غير الصحيحة المقترنة بالعقد في بعض الحالات المتفرقة التي فيها يرد الفساد أو البطلان على شق فقط في العقد ويظل باقيه صحيحا، يأتي في مقدمة هذه الحالات ورود العقد على عدة محال، أحدهافقط باطل والباقي صحيح، فينتقص العقد بإسقاط شقه الباطل وابقاء العقد على الشق الصحيح فقط، طالما تحقق الانفصال بينهما.

وهكذا يمكننا التمييز بين حالات ثلاث يتحقق فيها الانقاص وفقا للفقه الإسلامي وهي:

ـ انقاص عقود المعاوضات المالية المقترنة بشرط باطل، أي شرط غير صحيح وليس فيه منفعة مقصودة لأحد.

ـ انقاص العقود والتصرفات الأخرى غير المعاوضات المالية البحتة المقترنة

(١) وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولم يرد بها نص، ولم يجر بها العرف، سواء كان فيها منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما، أو لم يكن فيها منفعة لأحد. ويميز المذهب الحنفي ـ دون سائر المذاهب الأخرى ـ داخل الشروط غير الصحيحة بين الشروط الفاسدة وهي التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، والشروط الباطلة، وهي التي لا منفعة معها لأحد. راجع بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥ ص ١٧٢ ـ المبسوط لشمس الدين السرخسي، ج ١٣، ص ١٨.

(٢) والشرط الفاسد هو الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به نص ولم يجر به العرف، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما. انظر المراجع المشار إليها بالهامش السابق، وأضف: زكي الدين شعبان، رسالته في نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، طبعة ١٩٦٨ ص ١١ـ حسن الشاذلي، في نظرية الشرط في الفقه الاسلامي، ١٩٦٨، ص ١٨٨ وبعدها.

بشرط فاسد.

ـ انقاص العقود والتصرفات القانونية لبطلان شق آخر، غير الشرط، مستقل عن باقي العقد.

وفيما يلي كلمة موجزة عن كل حالة من حالات الانقاص سالفة الذكر:

انقاص عقود المعاوضات المالية المحضة

٢٥ ـ الاصل أن الشرط إذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات المالية المحضة، أى عقود مبادلة المال بالمال، كالبيع والمقايضة والاجارة امتد فساده إلى العقد واسقطه معه، فلا يتحقق الانقاص، أما علة ذلك فترجع الى تغلغل الشرط الفاسد في صلب العقد مما يؤدى إلى افساده، ذلك أن عقد المعاوضة الذى يقترن به هذا الشرط يتضمن عادة زيادة في العقد لا يقابلها عوض، الامر الذى يحقق الربا أو شبهته، وذلك بالاضافة إلى أن بطلان الشرط، أى فساده وسقوطه، ينتفي معه رضا المنتفع به، فيفسد العقد.

بيد أنه إذا لم تكن للشرط الفاسد، المقترن بالعقود السابقة، منفعة لأحد، اقتصر الفساد في هذه الحالة على الشرط فقط ولا يمتد الى العقد الذى يظل صحيحا، أى ينتقص الشرط من العقد، فيبطل الأول ويصح الثاني. ومن أمثلة ذلك، كما ورد في كتب الفقه الإسلامي «إذا باع ـ الشخص ـ ثوبا على ألا يبيعه المشترى أو لا يهبه، أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها، أو طعاما على ألا يأكله ولا يبيعه[١]».

وواضح أن علة انتقاص العقد في هذه الحالة ترجع الى انعدام شبهة الربا فيه، حيث لكون الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا تتحقق معه فكرة المنفعة التي لا يقابلها العوض ، كما لا ينتفي معه الرضا بالعقد، كما في الحالة السابقة[٢].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥ ص ١٧٠ ـ المبسوط للسرخسي، ج ١٣ ص ١٥ ـ فتح القدير لابن الهمام، ج ٥ ص ٢١٥.

(٢) هذا بالاضافة إلى انتفاء تعدد الصفقة التي كانت تستوجب بطلان العقد لدى الفقه الاسلامي، راجع بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بالهامش السابق: عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٣ ص ١٣٣.

انقاص العقود والتصرفات الأخرى:

٢٦ ـ وضحنا في الفقرة السابقة انتقاص عقود المعاوضات المالية البحتة، والذي لا يتحقق إلا إذا كان الشرط غير الصحيح الذي تتضمنه لا يحقق منفعة لأحد، وهو الشرط الباطل لدى الفقه الحنفي، أما بالنسبة للعقود والتصرفات الأخرى التي لا تتضمن مبادلة مال بمال كعقود المعاوضات غير المالية مثل الزواج والخلع على غير مال، وكالتبرعات من هبة وقرض ووديعة وعارية ووصية وكفالة ورهن، وكالتقييدات مثل عزل الوكيل والحجر على الصبي، وكالإسقاطات مثل الطلاق، بالنسبة لهذه العقود التي تتميز بانعدام صفة المعاوضة المالية البحتة فيها، فإن اقترانها بشرط فاسد أو باطل لا يؤثر في صحتها، بل يفسد الشرط ويسقط وحده، أما العقد نفسه فيبقى صحيحا مرتبا لاثاره[1].

٢٧ ـ ما سبق كان حكم الانقاص لدى الحنفية الذين يفرقون بين الشروط الفاسدة والشروط الباطلة، أما لدى غيرهم من المذاهب الأخرى التي لا تعرف إلا الشروط الفاسدة فالأمر مختلف.

فلدى الشافعية يتحقق الانقاص مع الشرط الفاسد، الذى وإن كان يخالف مقتضى العقد ـ وهذا سبب فساده ـ إلا أنه لا يتضمن منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهم، لذلك فإن فساده يقتصر عليه وحده فيلغو هو فقط ويبقى العقد صحيحا بدونه، إذ لا يترتب على إلغائه فوات الرضا بالعقد[2].

٢٨ ـ **ولدى المالكية** يقع الانقاص مع بعض الشروط الفاسدة، وهي التي تناقض مقتضى العقد ولكنها لا تؤدى إلى اختلال العقد لو عمل الشرط،

---

(١) ويرجع ذلك إلى انعدام العلة التي تفسد معها تصرفات المعاوضات المالية البحتة، راجع المبسوط، المرجع السابق، زكي الدين شعبان، رسالته ص ١١٣، تبيين الحقائق، ج ٤ ص ١٣١.

(٢) انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، ج ٣ ص ٤٤٣ الذى جاء به «. . .(أو) شرط (مالا غرض فيه) أى عرفا فلا عبرة بغرض العاقدين أو أحدهما . . . كشرط ألا يأكل أو يلبس إلا كذا ولو حريرا صح العقد ولغا الشرط».

كما في حالة اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو يطلقها، أو لا يخرج بها من البلد أو على أن يتخذها أم ولد[1].

ويشير ابن رشد[2] لحالات تحقق الانقاص بصدد توضيحه لموقف الإمام مالك من حكم الشروط، حيث يميز بين ثلاثة أقسام، وهي: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع. وهذا القسم الثالث من الشروط هو الذى يتحق معه الانقاص. وأما علة الإكتفاء بالانقاص مع هذه الشروط فقد أرجعها ألى توسط ما تتضمنه من علتي فساد البيوع وهما الربا والغرر. وفي توضيح ذلك يقرر« . . . . . وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصا في الملك. فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع[3]».

٢٩ ـ **أما لدى الحنابلة** فيتحقق انقاص العقد بالنسبة لنوع فقط من الشروط الفاسدة. ذلك أن الشروط الفاسدة أو الباطلة لدى فقهاء الحنابلة على نوعين: النوع الأول، هي التي ورد عن الشارع النهي عن العقد لاجلها، أو كان فيها إلغاء المقصود من العقد. ويترتب على هذه الشروط فساد العقد المقترنةبه وبطلانه، ومن ثم فلا مجال للانقاص معها.

أما النوع الثاني من الشروط الفاسدة فهي التي تنافي مقتضى العقد ولكنها لا تلغى المقصود منه، لذلك فهي لا تفسد العقد الذى يتضمنها لدى الإمام أحمد، وهو أيضا ظاهر كلام الخرقي، وهو قول الحسن والشعبي والنخمي والحكم وابن أبي ليلى وابن ثور[4].

ومن أمثلة هذه الشروط الفاسدة التي تقترن بعقد البيع وتنافي

(١) راجع الخرشي، ج ٥ص ٨٠، الخطاب ج ٤ ص ٣٧٤ وانظر السنهورى مصادر الحق، ج ٣ ص ١٥٨.

(٢) بداية المجتهد، ج ٢ ص ١٣٣.

(٣) المرجع السابق ص ١٣٤.

(٤) راجع في ذلك المغنى، ج ٤ ص ٢٨٦.

مقتضاه[1]، والتي يترتب عليها انقاص العقد فقط باستبعادها وإبقاء العقد «أن يشترط . . . . ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه، أو متى نفق المبيع وإلا رد، أو إن أغصبه غاصب يرجع عليه بالثمن، وإن أعتقه فالولاء له، فهذه وأشباهها شروط فاسدة»[2].

٣٠ ـ **أما الظاهرية**، فلانهم يأخذون الشروط الفاسدة أو الباطلة بمعنى ضيق يقتصر على تلك التي لم يرد النص بجوازها ولم يصح الإجماع على اعتبارها، فلا يتحقق لديهم الانقاص مع هذه الشروط، ذلك أن حكمها هو حرمة اشتراطها وبطلان العقد بأى شرط منها، سواء أكان عقد معاوضة أم عقد تبرع.

ويستند الظاهرية في ذلك إلى أن العقد إذا اشترط فيه شرط كانت صحته مرتبطة بذلك الشرط، وكان موقوفا على تمامه، فإن كان الشرط باطلا بطل معه العقد، فما بني على باطل فهو باطل[3].

الانقاص لبطلان شق آخر غير الشرط

٣١ ـ إلى جانب انقاص العقد لفساد الشرط المقترن به أو بطلانه، على الوجه السابق ايضاحه، يتحقق الانقاص أيضا ـ لدى الفقه الإسلامي ـ نتيجة بطلان شق آخر من العقد ـ غير الشرط المقترن به ـ طالما أمكن قيام باقي العقد في شقه الصحيح. ففي حالة تعدد محال الصفقة وبطلان أحد هذه المحال، فإن العقد يقوم في المحال الأخرى الصحيحة، طالما استقل المحل الصحيح عن المحل الباطل وانعدام الارتباط بينهما. ومن تطبيقات هذا الانقاص ما أورده السرخسي في المبسوط[4] من أنه: «وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقة واحدة بألف درهم فإذا أحدهما حر . . فإن كان سمى لكل واحد منهما

---

(١) بخلاف شرط العتق في بيع العبد الذى يصح في إحدى الروايتين انظر في ذلك المغنى، ج ٤ ص ٢٨٦.

(٢) راجع المغنى، ج ٤ ص ٢٨٦.

(٣) ابن حزم: المحلى لابي محمد علي ابن أحمد بن سعيد ط ١٣٥٠، زكي الدين شعبان، ص ١٣١.

(٤) ج ١٣ ص ٣.

بخمسمائة . . . . . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز في العبد بما يسمى بمقابلته من الثمن. وكذلك لو اشترى شاتين مسلوختين فإذا أحدهما ميتة أو ذبيحة مجوس أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمدا. . . . . وكذلك إذا اشترى دنين من خل فإذا احدهما خمر وهذا الجنس نظير ما سيق إذا سلم حنطة في شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما وهذا لأن أحدهما ينفصل عن الآخر في البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في العقد على آلاخر. لإن تأثيره في العقد على آلاخر أما باعتبار التبعية وأحدهما ليس يتبع آلاخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن آلاخر في العقد».

كما جاء في بدائع الصنائع[1] «. . ولو جمع بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة جاز البيع في عبده بلا خلاف ووجه قول الصاحبين أن الفساد بقدر المفسد لأن الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد إنما لا يجيء من قبل جهالة الثمن فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا[2]».

تنظيم القانون الانجليزى للانقاص

٣٢ ـ ينظم القانون الانجليزى انقاص العقد تحت ما يسمى بقاعدة تجزئة العقد الباطل doctrin of severance، والتي بمقتضاها إذا كان العقد باطلا في شق منه، سواء تمثل هذا الشق الباطل في شرط أو وعد، اقتصر البطلان على هذا الشق فقط، أما باقي العقد فيبقى صحيحا نافذا enforceable.

غير أن قاعدة تجزئة العقد لا تشمل كل حالات البطلان في القانون الانجليزى، بل تقتصر فقط على نوع منها يتميز بكونه أقل شدة ذلك أنه يمكن التمييز بين نوعين من البطلان في القانون الإنجليزى، الأول يتميز بشدته

---

(١) ج ٥ ص ١٤٥.

(٢) أما أبو حنيفة رضي الله عنه فعنده الصفقة واحدة وقد فسدت في أحداها فلا تصح في الآخر. ولأن الجمع بينهما في الصفقة يجعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر. نفس المرجع السابق ص ١٧٥.

وصرامته نظرا لما يتضمنه من اعتداء صارخ لقواعد القانون والنظام العام، وغالبا ما يطلق على العقود التي يعتريهاهذا النوع الشديد من البطلان تسمية العقود غير المشروعة contrats illegales سواء أكانت هذه العقود غير مشروعة في ذاتها، أم بسبب الغرض غير المشروع الذى تسعى إلى تحقيقه. ومن أمثلة هذه العقود، تلك الاتفاقات التي تهدف إلى ارتكاب الجرائم وأعمال الغش، وكذلك الاتفاقيات المنافية لحسن آلاداب. وهذا النوع من العقود يعتبر كقاعدة عامة غير قائم ولا يعتد به، ولا تنظر إليه المحاكم، ولا يجوز لأى من الطرفين الادعاء أو التمسك به، لذلك فلا تكون مثل هذه العقود محلا للانقاص، بل هي معدومة.

أما النوع الثاني من العقود الباطلة في القانون الإنجليزى، فتتميز عن سابقتها بكون مخالفتها للقانون والنظام العام لا تصل إلى حد الجسامة الصارخة التي تتميز بها مجموعة النوع السابق، لذلك فهي أقل خطورة على النظام العام من سابقتها، ومن أمثلة هذا النوع من الاتفاقات، تلك التي تتضمن تعديلا في الاختصاص القضائى للمحاكم الإنجليزية، أو تعديلا جوهريا في التنظيم القانوني لبعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، بصفة خاصة لنظام الزواج، وكذلك العقود التي تهدف إلى اطلاق الالتزام بعدم المنافسة في بعض العقود. وهذه العقود الباطلة، التي غالبا ما يطلق عليها تسمية contrats voids تتميز بأن البطلان الذى يشوبها، لا يشمل بالضرورة كل العقد بجميع التزاماته، بل يمكن أن ينحصر البطلان في شقه الذى يخالف فيه النظام العام، أى في الشق الباطل فقط دون الشق الصحيح. لذلك فإن مجال تجزئة العقد ينحصر في هذا النوع من العقود فقط.

من ناحية أخرى، وعند تطبيق قاعدة تجزئة العقد الباطل في القانون الإنجليزى، يمكن التمييز بين نوعين من هذه التجزئة أى الانقاص. النوع الأول، وهو ما يمكن تسميته الانقاص بالاسقاط، ويتميز بأن أعماله يستوجب اسقاط واستبعاد شق ظاهر من العقد سواء تمثل في شرط أو التزام من الالتزامات التي يفرضها العقد، ويشترط لهذا النوع من الانقاص، ألا يترتب على الاسقاط منه، الإخلال بالمقابل في العقد، بل يتعين أن يتبقى للشق الثاني

في العقد مقابله في الالتزامات التي يتحملها الطرف آلاخر.

أما النوع الثاني من الانقاص فيتم بمجرد التعديل في مضمون العقد بالتغيير في بعض الالتزامات التي تتسم بالمغالاة فيها، وانقاصها إلى الحد الذى يسمح به القانون والنظام العام، وهو ما يحدث بصفة خاصة بالنسبة للإلتزام بعدم المنافسة غير المقيد[1].

---

(١) راجع لمزيد من التفصيلات في قاعدة تجزئة العقد والانقاص في القانون الإنجليزى:

- Cheshire and fifoot: The Law of Contrat, 1969, P. 278.

-Malaurie (Ph.): lordre public et le contrat Paris, 1953, P.248.

ـ فتحي عبدالرحيم عبدالله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام في القانونين المصرى والإنجليزى المقارن، ١٩٧٩، ص ٣٤٦ فقرة رقم ١٩١.

الفصل الثاني
الطبيعة القانونية للانقاص
وتمييزه عن غيره من الأنظمة

نتعرض بصدد تحديدنا لماهية الانقاص وطبيعته القانونية لموضوعين رئيسيين، الموضوع الأول، التكييف القانوني للانقاص ونخصص له المبحث الأول.

والموضوع الثاني، تمييز الانقاص عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة والقريبة منه، ونخصص له المبحث الثاني.

المبحث الأول
التكييف القانوني للانقاص

٣٣ ـ لم يحظ التكييف القانوني لفكرة الانقاص باهتمام الفقه الذى لم يتعرض لهذه المسألة مباشرة. لذلك وقفت غالبية الفقهاء عند تقرير أن الانقاص يعادل ويماثل البطلان الجزئي. فهو وفقا لهذا الاتجاه، يرد على التصرف القانوني فيبطل جزءا منه ويترك باقيه صحيحا يرتب آثاره، فلا يخرج الانقاص إذا عن كونه مجرد وسيلة خاصة للبطلان الجزئي[1].

بينما عارض بعض قليل من الفقهاء تشبيه الانقاص بالبطلان

---

(١) أنظر في هذا الإتجاه بيرانPerrinsرسالته في انقاص الإلتزامات المغالى فيها، سابق الإشارة إليها ص ٣٣٢، ديجول. Dijol:
La nullite des contrats lesionnaires, these, Montpellier, 1919.

جان بيان وليون كان، سيرى ١٨٨٧ـ٢ـ٢٠١ـ سمليه، رسالته سابق الإشارة إليها. رقم ٣٠٥ وكما سبق أن وضحنا يعتبر سمليه الانقاص مجرد وسيلة للبطلان الجزئي حيث يرى فيه نوعا أو تطبيقا من تطبيقات البطلان الجزئي.

الجزئي[1] . حيث رأى أن انقاص العقد أو التصرف القانوني هو إجراء أخطر من بطلانه بطلانا كاملا وأكثر جسامة منه، لذلك فالإجراءان لا يكونان من نفس الطبيعة، وليس لهمانفس الأساس القانوني. بيد أن غالبية هذا الاتجاه الثاني اكتفت بهذا التقرير، ولم تحدد ماذا يكون الانقاص وما هي ماهيته القانونية إذا لم يكن بطلانا جزئيا. وقليل منهم من اهتم وتصدى لهذا التكييف.

وقد برز لنا بصدد التكييف القانوني للانقاص رأيان لفقيهين مصريين. قال بالرأى الأول الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى[2] الذى يجعل من الانقاص تعديلاً قانونياً للعقد. والرأى الثاني للأستاذ الدكتور سمير تناغو الذى يرجع الانقاص إلى فكرة الإلتزام القضائي التي تبناها وأظهرها في رسالته للدكتوراه[3]، وبذلك فهو يجعل من الانقاص تعديلا قضائيا للعقد وليس تعديلا قانونيا كما ذهب الرأى الأول.

ونظرا لما انطوى عليه كل من هذين الرأيين من تحليل فكرى وقانوني دقيق نتعرض لكل منهما في الآتي:

الانقاص تعديل قانوني للعقد

٣٤ ـ تعرض الدكتور جميل الشرقاوى لفكرة الانقاص في رسالته ـ نظرية التصرف القانوني ـ بصدد انكاره أن يكون الانقاص جزاء البطلان. وفي سبيله لايضاح ذلك تعرض لتنظيم القانون المدني المصرى للانقاص في المادة ١٤٣، وكذلك بالنسبة للنصوص الأخرى التي اعتنقت الانقاص في بعض الحالات والتطبيقات الخاصة.

---

(١) انظر في هذا الاتجاه ديمونت. Demontes: De La lesion dans les contrat entre majeurs, Paris, 1924, P. 238.

لامارش. La Marche: La reduction judiciaire des honoraires excessifs., these, Dijon, 1936, P. 144.

وانظر في التفرقة بين الانقاص والبطلان الجزئي ما سيرد لاحقا فقرة رقم ٥٠.

(٢) رسالته للدكتوراه في نظرية بطلان التصرف القانوني، سابق الإشارة أليها، رقم ٣٠ ص ٨٠ الى ص ٩٤، بصفة خاصة ص ٨٧، ٩٣..(٣).

(٣) سمير تناغو Samir Tanagho: De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la revision du contrat par le juge, Paris, 1965.

ويميز الدكتور جميل الشرقاوى بين المبدأ أو الحل الذى تقره المادة ١٤٣ وبين النصوص الأخرى التي اعتنقت الانقاص أو جاءت تطبيقا له مثل المادة ١٢٩ مدني التي تجيز انقاص التزامات المتعاقد المستغل، والمادة ١٤٩ التي تسمح بانقاص التزامات الطرف المذعن[١]، ثم يبدأ بتقرير أنه لا يرى في نص المادة ١٤٣ مدني مصرى انقاصا للعقد بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة، بل يرى فيه مجرد أعمال وتطبيق للبطلان العادى أى البطلان الكامل للعقد، وسنده في ذلك أن الانقاص بالمعنى الدقيق يفترض ويتطلب أساسا له وحدة التصرف القانوني الذى يتعرض للانقاص، وهذا لا يتحقق مع الفرض الذى تواجهه المادة ١٤٣ . وعلى العكس من ذلك فإن الانقاص يتحقق في النصوص الأخرى التي تتعلق بحالات خاصة. ويكيف الدكتور جميل الشرقاوى الانقاص في هذه الحالات على أنه تعديل قانوني للتصرف الباطل في شق منه فقط، يتمثل في إحلال القانون لالتزامات جديدة محل الإلتزامات التي كان يرتبها التصرف الباطل.

والآتي توضيح ما أوجزناه:

٣٥ ـ يبدأ الدكتور جميل الشرقاوى بتقرير أن الحل الذى فرضته المادة ١٤٣ مدني مصرى لا يعد انقاصا بالمعنى الدقيق، الذى لا يتقرر ـ لديه ـ إلا بالنسبة للتصرفات القانونية التي تمثل وحدة وارتباطا لايقبل التجزئة بين الشق الباطل من التصرف وشقه الصحيح. أما المادة ١٤٣ مدني مصرى فلا تفترض ولا تتطلب هذه الوحدة، بل إن شرط أعمالها هو عدم الارتباط بين ما يبطل وما يبقى صحيحا من العقد، فهي تتطلب أساسا لها عدم الارتباط بين شقي العقد الباطل والصحيح.

ويستند الدكتور جميل الشرقاوى في تطلبه وحدة التصرف القانوني كشرط لإعمال الانقاص إلى ما جاء في شرح وتعليق الفقيه سالي[٢] على نص المادة ١٣٩ مدني ألماني، التي اقتبس منها المشرع المصرى المادة ١٤٣[٣]، والذى يستخلص

(١) انظر في هذه الأمثلة وأمثلة أخرى ماسبق زكره بالفقرة رقم ٧

(٢) Saleilles: La declaration de volonte, paris, 1929, P. 302, No.2.

(٣) والواقع أنها تطبيق للمادة ٢/٢٠ سويسرى وليس المادة ١٣٩ ألماني.

منه، أى من شرح الفقيه سالي، إنها تتطلب لإعمالها وحدة التصرف القانوني الذى تطبق عليه. فقد أوضح سالي أن نص المادة ١٣٩ مدني ألماني يتطلب شرطا أوليا، هو أن يكون التصرف رغم تركبه مكونا لوحدة قانونية في قصد المتعاقدين، أما إذا كان المقصود عدة تصرفات قانونية مستقلة، فإن بطلان أحدهما لن يؤثر بطبيعة الحال على صحة التصرفات الأخرى.

فإذا كان هذا التصور ـ الوحدة في التصرف ـ هو أساس المادة ١٣٩ ألماني ـ يقرر الدكتور جميل الشرقاوى ـ فيجب أن يكون هو نفسه أساس المادة ١٤٣ باعتبار أن الأخيرة اقتبست من الأولى. أما وأن النص المصرى، المادة ١٤٣، لم يتطلب الوحدة والارتباط بين شقي التصرف، فلا يكون قد اعتنق الانقاص الذى نظمته المادة ١٣٩ مدني ألماني.

ويستند الدكتور جميل الشرقاوى في تقريره ان المادة ١٤٣ مدنى مصرى تقوم على عدم الارتباط بين شقي العقد الباطل والصحيح ، الى الأمثلة التى ضربها المشرع المصرى في مذكرته الايضاحية توضيحا لهذا النص ، وهي الهبة المقترنة بشرط غير مشروع ، والبيع الوارد على عدة أشياء وقع العاقد في غلط جوهرى بشأن شيء منها . فقد بينت المذكرة الايضاحية ان البطلان الجزئى ـ المقصود الانقاص ـ رهن عدم اثبات ان الشق الباطل بطلانا مطلقا ـ الشرط في الهبة ـ أو الباطل بطلانا نسبيا ـ أحد الأشياء المعيبة الذي وقع الغلط فيه ـ لا ينفصل عن جملة التعاقد . ففي حالة الهبة المقترنة بشرط غير مشروع تتحلل الى هبة منجزة ، مع اشتراط عبء على الموهوب له ، ولكل منهما وجود مستقل في قصد الواهب، اذ لكي تبقى الهبة دون الشرط غير المشروع يتعين ألا يكون الواهب قد عوَّل على تحقق الشرط ، الأمر الذي يوضح تحقق قصد التبرع لديه دون انتظار قبول الموهوب له للشرط . فاذا بطل الشرط فلا يؤثر ذلك في الهبة ولا يبطلها ، لأنه لا ربط بينهما يصل مصيرهما ».

وفي عقد البيع الوارد على عدة أشياء ، ينظر الى كل منهما على استقلال في قصد المتعاقدين بحيث يمكن ان يتم بيع احدهما دون الباقي ، مما يحتم استقلال كل من هذه الأشياء بعملية قانونية منفصلة ، أي نكون أمام عدة بيوع لكل منها محله الخاص وما يقابله من ثمن . فاذا وقع الغلط بالنسبة لأحد

هذه الأشياء ، فيستنزل من المعاملة بثمنه ويبقى بيع الأشياء الأخرى صحيحا .

وهكذا ينتهى الدكتور جميل الشرقاوى ، الى أن الأمثلة التى أوردتها المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى لا تتحقق مع القول بأن الحل الذى نظمته المادة ١٤٣ مدنى مصرى يرد على تصرف له وحدة قانونية[١] ، بل يرد على تصرف في ظاهره واحد وفي حقيقته ينطوى على عدة تصرفات ، وبمعنى آخر يرد على عملية قانونية تنطوى على عدة تصرفات قابلة للانقسام فيشوب العيب احداها ، فيبطل هو ، دون سائر التصرفات الأخرى ، لما بينها من انفصال وعدم ارتباط .

٣٦ ـ ويخلص الدكتور جميل الشرقاوى من تحليله السابق الى ان المادة ١٤٣ لا تواجه مجال بطلان جزئى ـ انقاص ـ بل بطلان عادى « ينصب على تصرف قانونى فيحرمه من انتاج كل آثاره ، بطلان يتفق مع المبادىء المسلمة في نظرية البطلان يسرى في التصرف بأكمله . ويكون عندئذ معنى نص المادة ١٤٣ هو ان البطلان اذا لحق التصرف تناوله بأكمله ، ولكن يجب الا نخدع بوجود عدة تصرفات في ظاهر نص واحد فنحسبها تصرفا واحدا ، بل يجب ان نتحرى في قصد المتعاقدين انفصالها فنبطل التصرف المخالف للقانون وحده[٢] » .

---

(١) رسالته السابقة في نظرية بطلان التصرف القانوني ، ص ٨٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٨٥ . ويرى الدكتور الشرقاوي ان صياغة نص المادة ١٣٩ من القانون المدنى الالماني أفضل من صياغة النص المصرى مستندا في ذلك الى ان التفسير الذي يقول به يتفق أكثر مع النص الالماني ، اضافة الى ان النص المصرى يجعل عبء الاثبات على من يثبت البطلان وهو توزيع غير عادل للاثبات لأن الظاهر مع البطلان الكلي . راجع نفس المرجع ص ٨٥ هامش (٣) .

لكننا سبق ان وضحنا ان الحل الذي تبنته المادة ٢/٢٠ من القانون المدنى السويسرى (الالتزامات) والمطابق للمادة ١٤٣ مدنى مصرى يفضل النص الالماني ، لما يؤدى اليه استقرار التعامل . وان كان كلا الحلين ينتهيان ـ في الواقع ـ الى نفس النتيجة ، من التحفظ الوارد في نهاية كل منهما ، اضافة الى ما يجرى عليه العمل من تبادل الحجج من طرفي النزاع الى ان يكوّن القاضى اقتناعه على الوجه الاقرب الى الحقيقة .

راجع ما سبق رقم ١٥ وبعده .

وحيث ان المادة ١٤٣ لا تواجه بطلانا جزئيا ، بل تواجه بطلانا عاديا كاملا ، فانها « لا تتناول انقاصا بالمعنى الصحيح ، أي استنزال جزء من التزامات أحد الأطراف أو جميعهم رغم انها وحدة تكون موضوع تصرف قانونى واحد[1] » .

٣٧ ـ أما الانقاص الحقيقي ، بمعناه الدقيق ، فيتحقق لدى الدكتور جميل الشرقاوى فقط في الحالات الخاصة التى نظمها المشرع بنصوص مستقلة وقرر فيها انقاص الالتزامات المترتبة على التصرفات القانونية التى تخالف احكام القانون ، دون ان يبنى ذلك على تحرى قصد المتعاقدين ، أو نتيجة انفصال تصرفات متعددة تضمها معاملة قانونية واحدة ، ففي هذه الحالات يقضى القانون بابقاء المعاملة كما اتفق عليها اطرافها مع تعديل بعض احكامها . ومن أمثلة ذلك انقاص الفائدة المشترطة اذا زادت عن الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية فالمقترض بفائدة ١٠٪ مثلا لا يلتزم الا بفائدة ٧٪ وفقا لحكم المادة ٢٢٧ مدنى مصرى[2] ، أي تنقص الفائدة المستحقة من ١٠٪ الى ٧٪ مع بقاء القرض بكل شروطه الأخرى .

من أمثلة ذلك ايضا بطلان الشروط التعسفية في عقد التأمين مع بقاء التأمين ذاته ، فالمتعاقد مع شركة التأمين يظل ملتزما بأقساط التأمين وتظل

---

(١) يتضح مما جاء بالمتن ان الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى يقصر مجال تطبيق المادة ١٤٣ مدنى مصرى على نطاق محدود وهو التصرف القانونى المركب ، اي الذي يتضمن عدة تصرفات قانونية يتميز كل منها باستقلاله عن غيره ، فيكون بطلان احدهما دون تأثير على الباقي . غير ان مجال هذه المادة ووفقا للتطبيقات القضائية اوسع من ذلك ويشمل التصرف القانوني البسيط الذي يتضمن عملية قانونية واحدة ولكنها قابلة للانقسام . بل ان الفرض الذي يتخيله الدكتور جميل الشرقاوى مجالا للمادة ١٤٣ مدنى مصرى لا يحتاج في الواقع لانقاصه او ابطاله جزئيا الى نص خاص ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في البطلان . لذلك فان الرأي الذي يبديه استاذنا يجعل المادة ١٤٣ مدنى مصرى عديمة الجدوى ولا فائدة منها ، طالما يكتفي بحكم تقرره القواعد العامة .

(٢) ويلاحظ ان الفوائد قاصرة في القانون الكويتي على المعاملات التجارية فقط ، اما في مجال القانون المدني فهي محظورة بمقتضى المادة ٣٠٥ التى نصت على بطلان كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به .

الشركة ضامنة للخطر المؤمن ضده مع الغاء الشروط التعسفية التى تكون الشركة قد فرضتها على المؤمن[1] . وكذلك الغاء شروط عقد العمل المخالفة لقانون العمل مع ابقاء علاقة العمل **قائمة**[2].

ويرجع الدكتور جميل الشرقاوى الانقاص في هذه الحالات الخاصة الى حكم القانون ، اذ يرى ان الآثار التى تترتب اثر هذا الانقاص يكون مصدرها القانون وليس التصرف القانونى الذي انتقص ، « مما يعني انه لا يوجد في الواقع اي انقاص للتصرف القانونى ، بل هو استبدال لآثار قانونية ، أي مصدرها القانون ، بآثار هذا التصرف الباطل[3] » . فتغيير سعر الفائدة في حالة القرض المخالف للقانون لا يكون انقاصا للالتزامات ، وانما هو قرض جديد فرض على المقترض فرضا . وبطلان الشرط الذى تضمنته وثيقة التأمين لمخالفته للمادة ٧٥٠ مدنى هو في حقيقته فرض عقد تأمين جديد على شركة التأمين على صورة غير الصورة التي قبلت فعلا ان تؤمن عليها .

٣٨ ـ وهكذا لا يرى الدكتور جميل الشرقاوى في الانقاص ، والذي لا يتحقق لديه الا في الحالات التى تنظمها النصوص الخاصة ، بطلانا جزئيا ـ فهو لا يعترف بوجود البطلان الجزئى ـ[4] وانما يرى فيه عملية قانونية مزدوجة ، تتضمن أولا ابطالاً أو بطلاناً تاماً كاملاً للتصرف القانونى المعيب يعدمه كلية ، ثم احلالاً قانونياً لالتزامات وآثار قانونية جديدة محل الالتزامات التي كان ينشئها التصرف الباطل ، وهذه الاثار الجديدة قد يكون مصدرها

---

(١) راجع المادة ٧٥٠ مدنى مصرى والمادة ٧٨٤ مدنى كويتي .

(٢) راجع ، جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ١٩٧٦ ـ ص ٢٥٢ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٥٣ .

(٤) فلا يتصور لديه أن يقال بعيب التصرف في جزء منه فقط فيكون باطلا في هذا الجزء ، « لان اعتبار التصرف كائنا قانونيا يحتم ان يمتد عيبه اليه كله وان يعتبر باطلا بأكمله ، كما ان التصرف ارادة والارادة واحدة لا يتصور تقسيمها وكذلك البطلان نفسه باعتباره وصفا ، لا يقبل التجزئة ولذا لا نستطيع منطقيا ان نقول ان نصف التصرف صحيح ونصفه باطل لان الارادة لا تنقسم او ان التصرف نصف صحيح ونصف باطل ، لان الصحة والبطلان وصفان متناقضان » رسالته ص ٨٠ ، ٨١ .

القانون مباشرة ، كما في حالة الفوائد واتفاق الشيوع ، وقد يترك للقاضي تحديد الآثار الجديدة اعمالا لسلطته التقديرية ولكن في جميع الحالات يكون مصدر الاثار الجديدة هو القانون وليس التصرف الباطل[1] . ذلك ان الاثار الجديدة التي تترتب على التصرف المخالف لا يمكن ان تنسب الى الارادة ، التى تكون قد اتجهت الى غيرها .

أما المادة ١٤٣ مدنى مصرى فقد سبق ان وضحنا انه يرى فيها بطلانا كاملا للتصرف المستقل وليس انقاصا حقيقيا .

نخلص مما سبق الى ان الدكتور جميل الشرقاوى يرى في الانقاص تعديلا قانونيا يتمثل في استحداث التزامات جديدة مصدرها القانون ، تحل محل الالتزامات القديمة الباطلة ، وهذا لا يتحقق الا في الحالات الخاصة ، أما ما نظمته المادة ١٤٣ فليس سوى بطلان كامل لتصرف مستقل وليس انقاصا أو بطلانا جزئيا .

---

(١) وفي توضيح ذلك يقرر الدكتور جميل الشرقاوى ان مخالفة التصرف للقانون تعنى انه باطل وبالتالي فلا يكون له أي أثر ، ولكن القانون بالنسبة لبعض التصرفات لا يقف عند هذه النتيجة « بل يتخذ من الاتجاه الى التصرف القانوني الباطل اساسا لفرض الاثار التى كانت مقصودة بهذا التصرف مع تعديلها بما يجعلها موافقة لاحكامه ، فالقرض بفائدة تزيد عن الحد الاقصى تصرف باطل لا تترتب عليه اي آثار ، ولكن القانون لا يكتفي بتقرير بطلانه ، بل يتخذ من اتجاه اطراف القرض الى اتمامه اساسا لفرضه من جديد ، بكل شروطه وفقا للأحكام القانونية المحددة لسعر الفائدة (مع ابقاء المبلغ والمدة والشروط الاخرى التى لا تخالف القانون على حالتها الاصلية)، وبذلك يظهر ان الاثار التى تتخلف رغم البطلان ، والتى يصور بقاؤها على انه انقاص للتصرف ليس مصدرها التصرف بل مصدرها في صورتها الجديدة حكم القانون ، بما يعنى انه لا يوجد في الواقع انقاصا بالمعنى الدقيق» .
راجع رسالته ص ٩٢ ، ٩٣ .
ويبدو ان رفض الدكتور جميل الشرقاوى لفكرة الانقاص كوصف لهذه الحالات الخاصة يرجع الى تصوره الخاص بجزاء البطلان ، حيث يرى انه لا يكون الا عدم نفاذ كامل لكل التصرف ، وبالتالى فلا يتصور لديه أن يكون جزاء البطلان الانقاص ، اي عدم نفاذ التصرف جزئيا فقط بحيث يظل معه التصرف قائما تماما لينتج الجزاء الباقي من الآثار . راجع في ذلك رسالته ، ص ٨٠ .

تقدير اعتبار الانقاص تعديلا قانونيا

٣٩ ـ رغم التحليل الدقيق الذي ساقه الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى في نظريته نحو الانقاص وفقا لتنظيم القانون المدنى المصرى له ، والسابق عرضها ، الا اننا لا نؤيده فيما خلص اليه بشقيه ، أي سواء في انكاره ان تكون المادة ١٤٣ مدنى قد اعتنقت فكرة الانقاص بمعناه الدقيق ، أو في تحليله للانقاص الذي اعتنقته بعض النصوص الخاصة على انه تعديل قانونى للعقد .

ففيما يتعلق بالشق الأول الذي يرفض فيه اعتبار المادة ١٤٣ تطبيقا حقيقيا للانقاص ويرى فيها بطلانا كاملا لتصرف مستقل ، فقد استند في الوصول الى ما خلص اليه على حجة أساسية هي ان هذه المادة على عكس المادة ١٣٩ مدني ألماني ـ تتطلب شرطا أساسيا لها هو عدم الارتباط بين شقي التصرف الباطل والصحيح ، فاذا وجد هذا الارتباط فانها تستبعد ولا تطبق ، بينما الانقاص الحقيقي الذى نصت عليه المادة ١٣٩ الماني يشترط أساسا الوحدة والارتباط بين شقي التصرف ، وكما ذكرنا استخلص هذا الشرط من شرح الفقيه سالى على المادة ١٣٩ مدنى المانى .

والواقع ـ فيما نرى ـ ان وحدة التصرف القانونى ليست بشرط لاعمال الانقاص بل العكس هو الصحيح ، اذ يترتب على تحقق هذه الوحدة رفض انقاص التصرف الباطل جزئيا ، وهذا ينطبق سواء في القانون المصرى أو القانون الالماني .

وهذه الوحدة وان بدت كشرط أساسي في القانون الالماني فذلك يرجع الى اختلاف مبدأ الحل الذي قرره هذا القانون ، وكذلك صياغته ، عن الحل الذي وضعه القانون المصرى .

فالقانون الالماني يجعل بطلان التصرف هو الحل والمبدأ واجب الاعمال في حالة تعيب التصرف القانوني في جزء منه فقط ، ومن ثم ، كان منطقيا ان يشترط لذلك الحل ، أي البطلان التام للتصرف ، ان يكون مكونا لوحدة قانونية واحدة ، أي غير قابل للانقسام ، فاذا لم يكن التصرف كذلك ، بان كان قابلا للانقسام والتجزئة ، فلا يطبق الحل أو المبدأ الذي قررته المادة ١٣٩ في صدرها ، بل يطبق التحفظ الذي جاء بعجزها وهو انقاص التصرف .

وبالتالي اذا كانت وحدة التصرف شرطا لاعمال الحل الذي قررته المادة ١٣٩ المانى ، وهو البطلان التام ، فان عدم وحدة التصرف يكون شرطا للانقاص تطبيقا لنفس المادة .

أما النص المصرى ، فلأنه يضع حلا عكسيا ، وهو انقاص التصرف المعيب جزئيا من حيث الأصل والمبدأ ، فيكون بديهيا ان تختلف وتتضاد شروط اعمال هذا النص عن شروط اعمال النص الالماني ، فيحل محل شرط وحدة التصرف في النص الالماني ، الشرط المناقض له وهو عدم وحدة التصرف حتى يطبق النص المصرى ويعمل الحل الذي قرره وهو انقاص التصرف بدلا من ابطاله كلية .

وهكذا يرجع الاختلاف حول شرط وحدة التصرف في القانونين المصرى والالماني الى الاختلاف في مبدأ الحل الذي اعتنقه كل منهما . أما من حيث النتيجة فالقانونان متحدان فيما يتعلق بشروط الانقاص ذاته ، حيث يتم الانقاص في كل منهما طالما امكن الفصل بين الشقين الباطل والصحيح ، ويرفض اذا تحققت الوحدة بينهما .

وعدم وحدة التصرف القانوني وقابليته للانقسام والتجزئة ، كشرط لاعمال الانقاص ، لم تغب عن ذهن الفقيه سالى عند تعليقه على المادة ١٣٩ المانى ، بل قد وضحه بالفعل بقوله ان الجزء الذي يبطل يجب الا تكون له الا قيمة ثانوية لدى طرفي التصرف ، وأن يكون ثانوي الاهمية لدرجة يمكن معها اعتباره غير موجود في قصد المتعاقدين[١] . بل ان الدكتور جميل الشرقاوى قد ساوره الشك في حقيقة الوحدة بين الجزء الذي يبطل والجزء الذي يبقى من التصرف (القانونى) وهو ما عبر عنه صراحة في رسالته[٢] .

---

(١) مرجعه السابق ص ٣٠٧ ، فقرة رقم ١١ ، ويتأكد هذا الاتجاه لدى سالى بصفة خاصة من جعله فكرة الباعث الدافع الى التعاقد فيصلا ومعيارا لتحديد حالات الانقاص ، انظر ص ٣١١ من نفس المرجع .

(٢) راجع ص ٨٣ ، حيث يقرر « ولكن (سالى) ، وفي اثناء شرحه لنص المادة ١٣٩ نفسها ، أورد عبارات تبيح لنا الشك في حقيقة هذه الوحدة التي يقيمها بين الجزء الذي يبطل والجزء الذي يبقى صحيحا ، وتظهر ان اشتراطه لوحدة التصرف لا يتفق مع المركز الذي يواجهه =

بالاضافة الى ما سبق ففي نفس الموضع الذي طلب فيه سالى شرط وحدة التصرف لاعمال المادة ١٣٩ المانى ، أي لتطبيق البطلان الكامل ، أوضح انه في حالة تخلف هذا الشرط ، فان البطلان الجزئى ـ أي الانقاص ـ هو الذي يجب أن يطبق . حيث لن يؤثر بطلان الشق المستقل من التصرف في بقيته[1] .

وهكذا نخلص الى ان الانقاص الذي تنظمه المادة ١٤٣ مدنى مصرى ، لا يتطلب وحدة التصرف القانونى ، بل العكس من ذلك تماما يتطلب أساسا له ولأعماله تصرفا قابلا للانقسام والتجزئة ، والا تعذر اعماله . ذلك ان الانقاص يقوم على فصل جزء من التصرف القانونى ، وهو الجزء الباطل ، واسقاطه ، مع استمرار التصرف في الشق الباقي الامر الذي يستوجب أن يكون هذا الشق قابلا للوجود الذاتي المستقل عن الشق الباطل ، وهذا يتطلب بدوره ان يكون التصرف قابلا للانقسام ، لذلك فقابلية التصرف للانقسام تعتبر شرطا جوهريا للانقاص. غير ان قابلية التصرف للانقسام والتجزئة كشرط لاعمال الانقاص لها اكثر من وجهة ، فلا يكفي ان يكون التصرف قابلا للانقاص ماديا أو موضوعيا ، بأن لا تحول طبيعة التصرف ماديا وقانونيا دون تجزئته وفصل الشق الباطل عن الشق الصحيح ، بل يتعين كذلك ان يكون التصرف قابلا للانقسام والتجزئة في قصد المتعاقدين ، بان تنصرف نيتهما الى امكان قيام التصرف في شقه الصحيح دون شقه الباطل . واذا كانت قابلية التصرف للانقسام موضوعيا أو ماديا تعد شرطا جوهريا للانقاص بحيث لا يمكن ان يقوم دونه ، فعلى العكس من ذلك ، قد يقوم الانقاص على الرغم من عدم قابلية التصرف للانقسام من الوجهة الشخصية ، أي في نظر المتعاقدين ، ويتم ذلك في حالات استثنائية لاعتبارات تتعلق بالنظام العام

= النص في هذه الحالة ، يؤخذ ذلك من قوله ان الجزء الذي يبطل جزء يفترض ان قصد الطرفين لم يجعل له الا اهمية احتياطية . . . ».

(١) ويتضح ذلك من قوله :

« Si une declaration devait porter, a la fois, sur plusieurs actes juridiques distincts, il va de soi que la nullite des uns serait sans influence sur la validite des autres ».

انظر في ذلك ص ٣٠٣ من مؤلفة اعلان الارادة .

وصالح الجماعة ، وكذلك حماية للطرف الضعيف في التصرف . لذلك فاذا كان الانقاص من الممكن ان يقوم على الرغم من ارادة وقصد طرفي التصرف احيانا ، فان ذلك لا يمثل القاعدة العامة ، بل مجرد استثناء تقتضيه اعتبارات خاصة .

لما سبق فنحن لا نتفق مع استاذنا الدكتور جميل الشرقاوى في قوله ان الانقاص بمعناه الدقيق لا يتحقق الا مع التصرفات التى تشكل وحدة واحدة غير قابلة للانقسام ، بصفة خاصة اذا اخذنا القابلية للانقسام بمعناها المتسع الذي لا يقتصر على الانقسام المادى المحسوس الذي يتحقق باقتطاع شق أو جزء مادى من التصرف واسقاطه نتيجة بطلانه وتعيبه ، بل يشمل ايضا ما يمكن تسميته بالانقسام غير المادى أو غير المحسوس الذي يتحقق بمجرد التعديل الكمي في شق من التصرف مقدرا تقديرا كميا ، كأن يكون مقدرا برقم حسابي ، فمجرد التعديل في هذا الرقم الحسابي ، وبصفة عامة التقدير الكمي ، بالتخفيض في هذا الرقم أو الكم ، يعد تقسيما وتجزئة للتصرف ، فاذا كان سعر الفائدة المتفق عليه ١٠٪ ، فان جعله ٧٪ يعد تجزئة للتصرف حيث يبقى الالتزام بالفائدة حتى ٧٪ ويبطل فيما زاد على ذلك .

٤٠ ـ أما فيما يتعلق بالشق الثاني من رأي الدكتور جميل الشرقاوى والذي يقرر فيه ان الانقاص الذي تنظمه النصوص الخاصة ـ غير المادة ١٤٣ ـ من القانون المدني المصرى هو تعديل قانونى للعقد يتضمن اعادة له في صورة جديدة ، أي أنه استحداث التزامات جديدة مصدرها القانون تحل محل الالتزامات القديمة الباطلة بطلانا كليا نتيجة مخالفتها لأحكام القانون .

فان أول ما يلفت النظر في هذا القول ما جاء به من تكييف الانقاص على انه تعديل قانوني للعقد ، وهنا لنا أن نتساءل ما اذا كان يمكن تصور مثل هذا التعديل القانوني للعقد فعلا . فما نتصوره ان القانون يضع قواعد وقيوداً يتعين على الافراد مراعاتها عند ابرام عقودهم وتصرفاتهم ، فاذا روعيت هذه القواعد والقيود كان العقد شرعيا صحيحا ، وان خولفت كان العقد باطلا لا وجود له في نظر القانون ، غاية ما هنالك ان البطلان قد يرد على شق فقط من العقد أو التصرف القانوني ، وهنا يثار التساؤل عما اذا كان ذلك البطلان يؤثر

على التصرف بأكمله فيبطله برمته ، أم يقتصر البطلان على الشق المعيب ، فينتقص من التصرف هذا الشق ويبقى صحيحا في بقيته . فمسألة الانقاص اذن هي مجرد تحديد لمدى ونطاق البطلان الذي يترتب على عيب جزئى . فاذا اقتصر اثر العيب الجزئى على البطلان الجزئى ، أي اذا ما تحقق الانقاص فنكون في الواقع أمام تصحيح للتصرف في باقيه بعد استبعاد ما بطل منه ، لذلك فالانقاص هو اجراء اقرب الى التصحيح منه الى التعديل .

من ناحية أخرى ، فان القول بان الانقاص تعديل للعقد باحلال التزامات جديدة مصدرها القانون محل الالتزامات القديمة الباطلة يتضمن ـ حسبما نرى ـ تجديدا للالتزام[1] أو على الاقل هذا المعنى ، باعتبار ان التجديد نظام قانونى يعني استحداث واستبدال التزام جديد بالتزام قديم . فاذا كان هذا هو المقصود فعلا فلا يمكن اللجوء اليه في مجال الانقاص ، لأن الانقاص يفترض أن يكون الالتزام القديم باطلا ، أما التجديد فلا يتم الا اذا كان الالتزام القديم صحيحا غير باطل[2] . كما ان التجديد ، باعتباره نظاما قانونيا محددا يترتب عليه انقضاء التزام قديم ونشوء التزام جديد ، لا يتم الا بالاتفاق ، لانه يستند دائما الى ارادة طرفي الالتزام القديم ويشترط توافر نية التجديد لديهما ، ومن ثم فهو لا يكون بحكم القانون مباشرة ، أي لا يكون قانونيا ، وانما اتفاقيا . فاذا لم يكن الانقاص تعديلا قانونيا للعقد عن طريق التجديد ، فهل هناك نظام آخر يمكن ان يتحقق به هذا التعديل القانونى ، بحيث ينسب معه تعديل التصرف الى المشرع مباشرة ؟ ربما تكون الوسيلة الوحيدة التى يمكن تصورها هي وسيلة احلال النص التشريعي الذي يفرضه

---

(١) ويظهر ذلك من قول الدكتور جميل الشرقاوى ان الانقاص يتضمن القضاء على الالتزامات القديمة ـ بابطالها كلية ـ واستحداث التزامات جديدة مصدرها القانون تحل محل الالتزامات القديمة . يظهر ايضا من قوله ان الانقاص يتضمن اعادة للتصرف في صورة جديدة . راجع ص ٨٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٣٥٣ مدنى مصرى ، والمادة ٤١٧ مدنى كويتي وانظر نقض مدنى مصرى ١٩٧٤/١٢/١٨ ، طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٨ ق ، م.م في سنة ٢٥ ص ٣٥٨ .

القانون محل الشرط أو الشق غير الصحيح[1] .

غير ان ذلك التعديل لا يتم الا بالنص عليه مقدما حيث يفترض هذا الاحلال وجود نص قانونى واجب الاتباع ، لذلك فهو قاصر على الحالات التى ينظمها المشرع بنصوص خاصة ، كما في حالات تدخل المشرع بتحديد ثمن البيع ، وأجرة المساكن والأراضي الزراعية ، وكذلك عند فرض حد اقصى لمدة بعض التصرفات ، وبالتالى يظل التساؤل قائما بالنسبة للحالات الأخرى التى لا ينظمها المشرع بنصوص خاصة . هذا بالاضافة الى ان الذي يجرى التعديل في هذه الحالات هو القاضي وليس القانون ، حيث يكون هذا الاخير المصدر الذي يستند اليه القاضي لاجراء التعديل . فالقانون يفرض ويملي القواعد المنظمة للتصرفات القانونية ، أما تطبيق هذه القواعد فيتركه للقضاء . وهكذا نرى انه يصعب من الناحية العملية والقانونية ارجاع الانقاص الى فكرة التعديل القانونى التى نتشكك في وجودها . فاذا لم يكن الانقاص تعديلا قانونيا فهل هو تعديل قضائى له ؟ هذا ما نتعرض له الآن .

الانقاص تعديل قضائى للعقد

٤١ ـ فكرة التعديل القضائى كأساس وتكييف للانقاص ، فكرة قديمة ، سبق ان قال بها بعض الشراح، منهم على وجه الخصوص بيران Perrin ، الذى رأى في الانقاص تعديلا قضائيا للتصرف القانوني الذي يرد عليه[2] .

بيد ان هذه الفكرة ، أي فكرة التعديل القضائى ، وجدت تحليلا دقيقا لها لدى الدكتور سمير تناغو في رسالته للدكتوراه في « الالتزام القضائى [3] » الذي ينشئه القاضي عندما يتدخل لتعديل العقد اعمالا لسلطته التقديرية .

---

(١) راجع في هذه الوسيلة : جستان ، القانون المدنى ، الالتزامات ـ العقد ـ باريس ١٩٨٠ ص ٧٧٦ رقم ٩٠٥ .

Dekeuwer — Defossez : les disposition transitoires dans la legislation civile contemporairne. the. lille, 1977, p. 80 no 33

(٢) رسالته سابق الاشارة اليها ، ص ٢٩٢ وبعدها .

(٣) Samair Tanagho : De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la revision du contrat par le juge, Paris, 1965.

فقد رأى الدكتور سمير تناغو ان الانقاص ـ على وجه التحديد انقاص الشرط المغالى فيه ، أهم تطبيقات الانقاص في القانون الفرنسى ـ مجرد تطبيق من تطبيقات الالتزام القضائى ، لذلك ، فهو لا يخرج ـ لديه ـ عن كونه تعديلا قضائيا للعقد ، باعتبار ان الحكم الصادر من القاضي بانقاص العقد ، يجرى تعديلا على هذا العقد ، فحواه القضاء على الالتزام العقدى القديم ، وانشاء التزام جديد بديلا عنه ، مصدره حكم قضائى ، أي القضاء . أما وسيلة هذا التعديل القضائى فهي « التجديد » التجديد الجبرى أو الضرورى للالتزام القديم « novation necessaire » أي استبدال بالالتزام العقدى ، المغالى فيه ، التزام آخر جديد ، هذا الالتزام الجديد مصدره حكم القاضي الذي قام بمراجعة العقد وتعديله . ومن ثم فهو ليس بالتزام تعاقدى ، بل هو التزام قضائى « obligation judiciaire » يستند في وجوده ومصدره الى حكم القاضي .

ونتعرض فيما يلي لكل من فكرة الالتزام القضائى ، باعتباره تعديلا قضائيا للعقد ، ثم لعلاقته بالانقاص .

٤٢ـ ففيما يتعلق بفكرة الالتزام القضائى ذاتها ، التى أظهرها وحللها الدكتور سمير تناغو في رسالته تحليلا دقيقا ، فهي تستند الى ما يجب أن يكون للعقد من دور اجتماعي اخلاقي ، يهدف ويسعى الى تحقيق غرض وهدف القانون وهو العدالة ، فالعقد باعتباره وسيلة قانونية ، يكون بالتالى وسيلة لتحقيق هدف القانون ، أي العدالة ، لذلك فهو ليس الا قرينة على هذه العدالة . فالعقد يعنى العدالة[1] .

وطالما كان العقد كذلك ، أي مجرد وسيلة لتحقيق العدالة بين طرفيه ، فانه يكون بمثابة القانون ، فيعد قانون وشريعة عاقديه ، ومن ثم يكون لازما واجب التنفيذ ، احتراما لارادة عاقديه العادلة . أما اذا انحرف العقد عن تحقيق هدفه ودوره الاخلاقي الأدبي ، أي العدالة ، بان ثبت ان ارادة عاقديه « غير عادلة » تعين التدخل لتصحيح هذه الارادة ـ غير العادلة ـ باستبدالها واحلال وسيلة أخرى أكثر قدرة على تحقيق العدالة محلها . هذه الوسيلة

---

(١) رسالته ، ص ٨٢ .

الجديدة لن تكون ارادية أو تعاقدية ، فقد ثبت عجزها ، وانما هي وسيلة قضائية ، حيث تحل ارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين في تحقيق عدالة العقد ، بمعنى آخر يسقط الالتزام العقدى ويحل محله التزام جديد مصدره ارادة القاضي ، ممثلة في الحكم الذي ينطق به .

فهذا الحكم القضائى يقضي على الالتزام العقدى وينشىء بدلا منه التزاما قضائيا ، لذلك فان حكم القاضي عندئذ يكون حكما منشئا فارضا لالتزام جديد ، هو الالتزام القضائى[1] ومن ثم يكون حكم القاضي ، بتعديله للعقد غير العادل مصدرا للالتزام[2] .

والالتزام القضائى الذي يفرضه القاضي ، بحكمه ، المنشىء لهذا الالتزام ، لا يستند الى ارادة المتعاقدين ، بل ولا يستند الى العقد كلية ، الذى لعجزه عن تحقيق العدالة بين طرفيه يكون قد فقد سبب وجوده[3] ، وتحل محله وسيلة جديدة قادرة على تحقيق العدالة ، وسيلة قضائية ، وليست تعاقدية[4] .

---

(١) وهنا يميز الدكتور سمير تناغو بين الالتزام القضائي L'obligation judiciaire الذي يفرضه حكم القاضي والالتزام الذي يفرضه القضاء بصفته مصدرا من مصادر القانون ، obligation jurisprudentielle وهو التزام قانونى . والفرق بين الالتزامين كما هو واضح فرق في المصدر . فبينما يكون الالتزام الأول قضائيا من حيث المصدر ينشأ بحكم القاضي ، فان الالتزام الثاني منشأة القانون ، لأن القضاء يقرره باعتباره احد مصادر القاعدة القانونية . راجع رسالته ، ص ٣ .

وفي سبيل ايضاح التفرقة السابقة بين الالتزام القضائى والالتزام الذي ينشئه القضاء باعتباره مصدرا للقانون ، يميز الدكتور سمير تناغو بين الحكم jugementالصادر من القاضى ، والقضاء Jurisprudence ففي حالة وجود ثغرة في نصوص القانون فان حكم القاضي يقتصر على تقرير الحل القانوني في النزاع المعروض ، ولا يصل هذا الحل الى مرتبة القاعدة القانونية . وفي وصول القاضي الى هذا الحل فانه يستلهم دائما القواعد القانونية وفقا لنظامه القانوني . بيد ان اضطراد المحاكم على تطبيق نفس الحل وفقا لنفس القاعدة في احكام اخرى يتكون « القضاء » وهكذا تصبح القاعدة بتطبيقها هذا قاعدة قضائية .

(٢) صـ ١٢٧ .

(٣) صـ ١٤٣ .

(٤) لذلك فمسألة تعديل القاضي للعقد ليست مشكلة فنية بحتة ، بل هي مشكلة اخلاقية ترتبط بالقيمة الخلقية للعقد ودور القضاء في تحقيقها .

ولذلك فان القاضي في تعديله للعقد غير العادل واستبداله بالالتزام العقدى الناشيء عنه التزام قضائى جديد ، يستند الى سلطته التقديرية المعترف بها له[1] ، وليس الى عناصر العقد ، لذلك فحكمه هنا يكون منشئا لالتزام جديد .

وهكذا تنتهى نظرية الالتزام القضائى بأن القانون ، في تدخل القاضي لتعديل العقد ، يحل وسيلة ومصدراً جديداً هو حكم القاضي ، محل الوسيلة والمصدر التعاقدى ، فالقانون يكلف القاضي باستبداله بالالتزام التعاقدى غير العادل ، التزام آخر جديد ، التزام قضائى أكثر عدالة ، اعمالا لسلطته التقديرية وتنفيذا لعمله ووظيفته القضائية ، وهي اقرار العدالة واقامة التوازن بين طرفي التعاقد . ويتم ذلك عن طريق الالتزام القضائى الجديد الذي يفرضه القاضي بحكمه[2] : لذلك فنظرية الالتزام القضائى تفترض أساسا لها وجود عقد صحيح ، ولكنه غير عادل ، فيقوم القاضى ، اعمالا لما يملك من سلطة تقديرية ، بتصحيح هذا العقد ، باقرار العدالة ، عن طريق تعديله ، باستبعاد الالتزام غير العادل واحلال التزام جديد عادل بدلا منه . هذا الالتزام الجديد مصدره القاضي وليس العقد .

٤٣ـ ما سبق كان توضيحا لفكرة الالتزام القضائى وما تقوم عليه من تجديد جبرى استنادا الى السلطة التقديرية للقاضى ، أما عن علاقة الانقاص بالالتزام القضائى فتظهر من قول الدكتور سمير تناغو ان انقاص العقد يتحلل الى تجديد جبرى أو ضرورى ، اذ بقيام القاضي بتعديل العقد وانقاصه يكون حكمه ـ هنا أيضا ـ مصدرا لالتزام جديد مصدره القضاء[3] . فانقاص العقد

---

(١) والتى تخول له اما بنص تشريعي ، واما طبقا لما استقر عليه القضاء باعتباره مصدرا للقانون .

(٢) من تطبيقات فكرة الالتزام القضائى الذي يترتب اثر تدخل القاضي لتعديل العقد ، تعديل القاضي الالتزام القابل للابطال بسبب الاستغلال والغبن ، وكذلك تعديل الشرط الجزائى وتعديل اجر الوكيل وغيره من المهنيين مثل المحامي والمهندس والطبيب .

من ذلك أيضا تعديل عقود الاذعان ، وتدخل القاضي في حالة الظروف الطارئة .

ففي الحالات السابقة يقوم القاضي باحلال التزام قضائى جديد عادل اعمالا لسلطته التقديرية ـ محل الالتزام التعاقدى القديم غير العادل .

(٣) المرجع السابق ص ٧

اذن هو تعديل قضائى له ، يتم اعمالا للسلطة التقديرية للقاضى ، أما وسيلة هذا التعديل فهي نفس وسيلة الالتزام القضائى ، أي تجديد الالتزام .

غير ان انقاص العقد وان كان ـ لدى الدكتور سمير تناغو ـ مجرد تعديل قضائى له تطبيقا لفكرة الالتزام القضائى ، الا انه تطبيق خاص ، متميز لهذه الفكرة له خصائصه المميزة له . لذلك لم يغفل الدكتور سمير تناغو التمييز والمقارنة بين انقاص العقد وتعديله . وفي صدد ذلك قرر انه اذا كان كل من الانقاص والتعديل يعد مصدرا لالتزام قضائى جديد ، فان الانقاص يتميز عن تعديل العقد بانه لا يرد ـ أساسا ـ الا على عقد أو تصرف قانونى باطل بطلانا جزئيا ، أي باطل في شق منه فقط ، بينما التعديل يرد على عقد صحيح ولكنه غير عادل . ومن ناحية أخرى ، فبينما الانقاص هو استثناء من مبدأ عدم قابلية العقد للانقسام والتجزئة ، فان التعديل استثناء من مبدأ عدم قابلية العقد للنقض والمخالفة . وأخيرا ، وهذا هو الفارق الهام بين النظامين ، فان انقاص العقد يقوم أساسا على نية وارادة طرفي التعاقد ، بعكس تعديله الذي يتم ضد ارادتيهما[1] ، وبسبب عدم عدالته .

تقدير اعتبار الانقاص تعديلا قضائيا

٤٤ـ تقوم نظرية الدكتور سمير تناغو ، التى تجعل من الانقاص تعديلا قضائيا للعقد ، على فكرة أساسية مفادها ان في تدخل القاضي وانقاصه للعقد يقوم بالقضاء على العقد وما يفرضه من التزامات تعاقدية غير عادلة ويفرض بدلا منها التزامات جديدة عادلة ، ومعنى ذلك ان مع الانقاص تتغير طبيعة الالتزامات الجديدة فتصبح التزامات قضائية بعد ان كانت اتفاقية . وهنا ينصب العيب الاساسي في تطبيق نظرية الالتزام القضائى على الانقاص ، فمن المسلم به ان مع الانقاص لا يخرج القاضي عن ارادة المتعاقدين ورغبتهما ، كقاعدة عامة ، بل هو يجرى الانقاص استنادا الى هذه الارادة ، وهذا ما لم ينكره الدكتور سمير تناغو[2] ـ ومفاد ذلك ان تستمر الالتزامات القديمة على طبيعتها التعاقدية دون أن يعتريها تغيير من هذه الزاوية ، أما نظرية

(١) المرجع السابق ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) راجع رسالته ص ١٣٣ وبعدها .

التعديل القضائى فتستوجب تغيير طبيعة الالتزامات الجديدة التى تترتب اثر انقاص العقد لتصبح قضائية بعد ان كانت اتفاقية . وسنرى لاحقا ان ما يميز انقاص العقد عن غيره من الانظمة القانونية الاخرى ، كتحول العقد ، هو ان مع الانقاص يبقى العقد كما هو دون تغيير في طبيعته ولا في تكييفه ، فالجزء أو الشق الصحيح يبقى بعد الانقاص كما هو دون أن يعتريه أي تغيير .

من ناحية أخرى ، فان فكرة الالتزام القضائى تضيق من مجال الانقاص الى حد كبير ، اذ لا يمكن اعمالها الا بالنسبة لانقاص الالتزامات المغالى فيها لمخالفتها الحدود والقيود القانونية وبالقدر الذي يملك فيه القاضي سلطة تقديرية ازاء هذه الالتزامات ، أما بالنسبة لانقاص العقد لبطلان شرط أو شق فيه فيتعذر معه تطبيق نظرية الالتزام القضائى وما تقوم عليه من تعديل قضائى للعقد ، اذ كل ما يجريه القاضي في هذه الحالة هو مجرد اسقاط واستنزال جزء من العقد دون مساس بباقيه الذي يظل كما هو صحيحا دون أي تعديل عليه لا قضائى ولا غير قضائى . هذا بالاضافة الى ان نظرية التعديل القضائى يقتصر مجالها على العقود الصحيحة ولا تمتد الى العقود الباطلة كما سبق أن وضحنا .

من ناحية ثالثة ، فان نظرية التعديل القضائى تقوم ـ كسابقتها نظرية التعديل القانونى ـ على فكرة تجديد الالتزام ، وقد سبق أن وضحنا أن التجديد ، بالاضافة الى انه لا يقع الا بالاتفاق ، لاستناده اساسا على نية التجديد ، فانه لا يرد على الالتزامات أو العقود الباطلة[1] . أخيرا يقرر الدكتور سمير تناغو ان التجديد يكون حتما واجباريا دائما ، وهذا ما لا يمكن

---

(١) يلاحظ كذلك ان التجديد يقضي على الالتزام القديم كلية بضماناته ودفوعه ، وينشأ بدلا منه التزام جديد دون هذه الضمانات والدفوع حيث انه يستند الى سلطة القاضي وليس ارادة الطرفين ، وهذا ما لا يمكن قبوله مع نظرية الانقاص حيث لا يملك القاضي معها المساس بما يلحق الالتزام من ضمانات أو يتبعه من دفوع.

راجع في هذا النقد وانتقادات أخرى لنظرية سمير تناغو ، مصطفى الجمال

Mostapha M. El Gammal

L'adaptation du contrat aux circonstances economique, Etude de droit civil Francais et de droit civil de la Republique Arabe unie.

the. paris 1967 L. G. D. J. NO. 523, 524 P. 295 et s.

راجع كذلك سمليه، رسالته سابق الاشارة اليها.

قبوله مع الانقاص الذي يتطلب لاعماله ـ شروطا محددة ـ يأتى في مقدمتها قابلية العقد للانقسام والتجزئة .

الانقاص تصحيح للعقد

٤٥ـ اذا كنا قد رفضنا اعتبار الانقاص تعديلا للعقد ، على الوجه السابق عرضه ، فان اعتراضنا ينصب أساسا على تعميم ذلك الحكم ، بجعل الانقاص في جميع حالاته وتطبيقاته تعديلا للعقد على الرغم من وجود الكثير من حالاته لا يتحقق فيها هذا التعديل ، أو على الأقل يأتى التعديل في مرتبة ثانية فيما يتعلق بالآثار التى تترتب على انقاص العقد ، وحيث يظهر الأثر الاساسى في اسقاط شق منه بقصد الابقاء على الشق الآخر صحيحا نافذا ، الأمر الذي يوضح أن جوهر الانقاص يكمن في تصحيحه للعقد وبصفة عامة التصرف القانوني الذي يرد عليه ، بما يستوجبه ذلك التصحيح من اسقاط لشق من العقد في بعض الحالات ، أو تخفيض لبعض شروطه في حالات أخرى . وهذا الاجراء الاخير ـ بصفة خاصة ـ وان كان يتضمن التعديل في العقد ، فانه ليس مقصودا لذاته ، وانما بقصد تحقيق هدف الانقاص الاساسى ، وهو تصحيح العقد . وهكذا ، اذا كان الانقاص يتضمن التعديل ـ على الأقل في بعض حالاته ـ فان هذا التعديل لا يظهر الا باعتباره وسيلة لتحقيق ما يصبو اليه الانقاص وهو تصحيح العقد ، وهذا ما أغفلت ايضاحه نظريات التعديل المختلفة .

ومن ناحية أخرى ، فان نظريات التعديل التى قيلت ، سواء التعديل القانونى ، أو التعديل القضائى ، لا تقتصر في حقيقتها وجوهرها على التعديل ، بل تتضمن في الواقع الغاء للعقد باعدامه كلية واستبدال آخر جديد به يحل محله ، لذلك فهذه النظريات تنتهى حقيقة بالاستبدال والتجديد وليس فقط بالتعديل ، وهذا لا يملكه القاضي مع نظام الانقاص الذي يتعين معه أن يبقى على جوهر العقد وتكييفه ، اضافة الى انه ليس بحاجة الى هذا الاستبدال .

٤٦ـ وفي الواقع ان ما يعيب نظريات التعديل انها ركزت ، في تكييفها للانقاص على وسيلته بينما اغفلت هدفه وجوهره ، رغم ما للوسيلة من دور

ثانوى الاهمية بالنسبة للهدف جوهر وحقيقة الانقاص . هذا بالاضافة الى انها لجأت الى أنظمة قانونية لا حاجة للانقاص لها . لذلك فاننا نرى في الانقاص نظاما قانونيا مستقلا له خصائصه المميزة له ، والتى تفرده عن غيره من الانظمة القانونية القريبة والشبيهة به هذا النظام يستقل بمجاله ونطاق أعماله الخاص ، وهو البطلان الجزئى ، أي بطلان التصرف القانونى في شق منه فقط مع بقاء شقه الآخر صحيحا ، وقابلا للوجود الذاتي المستقل دون الشق الباطل .

ومن هنا فالانقاص يستقل بهدفه وغرضه أيضا ، وهو تصحيح التصرف القانوني المعيب جزئيا فيما تبقى منه صحيحا والحيلولة دون مد هذا العيب الى التصرف بأكمله .

أخيراً فان وسيلته هي قصر نطاق العيب على ما أصاب من التصرف القانوني، بقصر البطلان على الشق المعيب فقط .

كل ذلك يوضح لنا ان الانقاص ليس في حقيقته سوى وسيلة قانونية، قائمة بذاتها، ومستقلة عن غيرها من الانظمة، حتى القريبة منها، يملك القاضي بمقتضاها تصحيح العقد الذي شابه عيب جزئي، وبتعبير أدق الابقاء على ماتبقى من العقد صحيحاً، سواء تم ذلك ببتر الشق المعيب واسقاطه من التصرف القانوني فدية الصحيح منه، أو برفع المغالاة عن شرط أو شق فيه. فالانقاص اذن تصحيح للعقد، وبالتحديد تجنب وتفادي بطلان ما تبقى صحيحاً منه، بعدم مد البطلان اليه .

واذا كان الانقاص، بالمعنى السابق، يقوم به القاضي، فان قيامه به واعماله له يتم استنادا الى النصوص القانونية التي تنظمه وتجعله اجراء شرعيا .

وهكذا ننتهي الى ان الانقاص هو تصحيح قضائي للعقد المعيب جزئيا ليصبح موافقا للقانون فيما تبقى منه بعد استبعاد شقه المعيب، ومايترتب على ذلك من تفادي بطلان الشق الصحيح .

٤٧ ـ واذ انتهينا الى ان الانقاص هو تصحيح للعقد الباطل جزئيا فاننا لا نأخذ التصحيح هنا بذلك المعنى المتسع الذي يتحقق لدى بعض الفقه

بادخال عنصر جديد على العقد يؤدي قانونا الى جعله صحيحاً [1] ، ذلك المعنى الذي يتحقق بكل تغيير في عنصر من عناصر العقد، سواء تم هذا التغيير بابدال عنصر جديد بالعنصر القديم، كما في ابدال الشيء المتفق عليه ـ الاثري ممثلا ـ بالشيء المبيع ـ غير الاثري ـ غير المتفق عليه، أم تم التغيير بالزيادة في العنصر القديم، كعرض الطرف المستغل في حالة الاستغلال او الغبن مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن فيتوقى بذلك دعوى الابطال ويتصحح العقد نهائيا، وكذلك في تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل في بيع عقار ناقص الأهلية. وفي اكمال نصيب المتقاسم المغبون في عقد القسمة. أم تم التغيير أخيرا بانتقاص العنصر القديم، كما في حالة تخفيض الفوائد الاتفاقية التي تزيد عن الحد القانوني لتصل الى هذا الحد، وكذلك تخفيض الأجل الاتفاقي للبقاء في الشيوع الى الأجل المحدد قانونا وهو خمس سنين .

فكمايتضح لنا من الامثلة السابقة يتسع التصحيح بهذا المعنى ليشمل حالات تخرج عن نطاق تصحيح العقد المترتب على انقاصه [2] . اما التصحيح الذي نقصده، والذي يترتب اثر انقاص العقد، فيقتصر على التصحيح بمعناه الأخير، أي المترتب اثر انتقاص العنصر القديم للعقد، على أن يأخذ هذا الانتقاص للعنصر القديم معنى متسعا، لا يقتصر على رفع الغلو في عنصر من عناصر العقد، بل يمتد ليشمل ابطال واسقاط شق منه. ومن ثم فلا يمتد انقاص العقد ليشمل تصحيحه اثر ابدال عنصر جديد بعنصر قديم ـ ما لم يقتصر العنصر الجديد على مجرد الانتقاص من العنصر القديم ـ ولا يمتد كذلك الى الزيادة في أحد عناصر العقد .

كما لا يشمل تصحيح العقد المترتب على الانتقاص منه، تصحيح العقد اثر اجازته أو اقراره، فكما سنرى مع هذين الاجرائين الأخيرين لا يطرأ على العقد أي تغيير بالزيادة ولا بالنقصان اما التصحيح الذي نقصده فقاصر على التصحيح بالنقصان فقط .

---

(١) انظر في هذا المعنى السنهوري، الوسيط، جـ ١، ص ٥٥ هامش رقم (١) .

(٢) كما انه يضيق، من ناحية اخري، فلا يشمل كل حالات تصحيح العقد اثر انقاصه، ويتحقق ذلك بصفة خاصة اذا ما أخذنا انتقاص عنصر العقد بمعنى استنزال جزء منه بالتخفيض وليس بالاسقاط، وهو المعنى الذي يتحقق مع الامثلة التي ضربناها بالمتن .

٤٨ ـ كما يتعين علينا التمييز ـ أيضا ـ بين التصحيح المترتب على انقاص العقد، والتصحيح بمعناه الضيق والذي يترتب نتيجة تصحيح العيب الذي يلحق التصرف القانوني، دون أن يعترى التصرف نفسه تعديل أو تغيير، وهو الذي تطلق عليه تسمية regularisation [١] . فهذا التصحيح الأخير يتحقق بازالة العيب نفسه، دون مساس بالعقد أو بشق منه [٢] ، على عكس ما يحدث مع الانقاص حيث يتم التصحيح بازالة واستبعاد الشق المعيب. فاذا كان كل من التصحيحين يفترض تصرفا قانونيا معيبا، وكان كلاهما يهدف الى تجنب البطلان التام للتصرف، فانهما يختلفان بعد ذلك من حيث أن التصحيح الأول، أي المترتب اثر انتقاص العقد يتقرر نتيجة اسقاط شرط أو شق في التصرف القانوني. أما التصحيح الثاني المترتب اثر تفادي عيب في التصرف القانوني، فلا يتطلب ذلك الاسقاط. هذا بالاضافة الى أن هذا التصحيح الأخير لا يرد الا على التصرفات المعيبة كلية وليس جزئيا فقط، لذلك يتحول معه التصرف من تصرف باطل كلية الى تصرف صحيح **كلية**[٣].

مما سبق يتبين لنا أنه اذا كان التصحيح المترتب اثر انقاص العقد يفترض اقتطاع واسقاط شق أو جزء من التصرف، فان التصحيح بتفادي العيب الذي لحق التصرف، يتطلب اضافة عنصر جديد للتصرف المعيب، وليس اقتطاعا منه، اضافة يترتب عليها اكتساب التصرف الصحة والفاعلية بعد أن كان يفتقدها[٤] ، بعكس ما يحدث مع تصحيح الانقاص حيث يكون العقد أو

---

(١) انظر في هذا التصحيح كريستيان دي بيرو

Christian Dupeyron: La regularisation des actes nuls, Paris, 1973.

(٢) ومن أمثلة هذا التصحيح عرض المشتري تكملة الثمن في عقد بيع عقار ناقص الأهلية، وتملك البائع لملك الغير الشئ المباع بعد ابرام العقد، حيث يترتب على ذلك تصحيح عقد البيع .

(٣) انظر في تفصيل ذلك دي بيرون المرجع السابق رقم ٢٦ .

(٤) ويتميز تصحيح العقد عن طريق تفادي العيب الذي يتضمنه دون مساس بالعقد نفسه، عن غيره من طرق التصحيح الأخرى التي تتضمن نفس المعنى كاجازة العقد القابل للابطال، واقرار البيع الصادر من الغير، في ان التصحيح الاول يتمتع بصفة موضوعية بحتة، أما الاجازة والاقرار فتظهر فيهما الصفة الشخصية ممثلة في شخص وارادة المجيز أو =

التصرف صحيحا منذ البداية في شق منه ومعيباً في شق آخر، فيترتب على الانقاص استقرار الصحة في الشق الأول مقابل اقتطاع الشق الثاني. لذلك فاذا كان الانقاص وسيلة سلبية لتصحيح التصرفات القانونية، فان تفادي العيب وازالته يعد وسيلةايجابية للتصحيح لما يترتب عليه من اكتساب التصرف عنصر الصلاحية والفاعلية[1] .

وهكذا ننتهي الى أن انقاص التصرفات القانونية ما هو الا وسيلة قضائية لتصحيح التصرف الباطل في شق منه فقط، يترتب ذلك التصحيح اثر تدخل القاضي واسقاطه للشق المعيب والابقاء على الشق الصحيح. لذلك فان التصحيح مع الانقاص يتمثل في تفادي وتجنب مد البطلان من الشق المعيب في التصرف الى شقه الصحيح، والذي كان يترتب تلقائيا في حالة عدم اعمال الانقاص .

وايضاحا لهذه الوسيلة من وسائل تصحيح التصرف القانوني المعيب نقوم في المبحث التالي بالتمييز بينها وبين وسائل التصحيح الاخرى، وغيرها من الانظمة القانونية المشابهة .

= المقر للتصرف. كما يتميز تصحيح العقد عن طريق تفادي العيب اي «اصلاحه» عن بعض طرق التصحيح الاخرى التي يترتب عليها اختفاء البطلان دون اختفاء العيب نفسه كما في حالة التقادم والتنازل اذ بينما لا يزول العيب حقيقة وواقعيا في الحالات الأخيرة، فانه يختفي في التصحيح الأول .

(١) لذلك يمكن القول ان تصحيح العقد اثر ازالة العيب وتفاديه هو تصحيح للعقد نفسه، بينما تصحيح العقد اثر انقاصه يتعلق بانتاج العقد لاثاره، أي بجعله نافذا مرتبا لاثاره بعد أن كان غير نافذ .

المبحث الثاني
تمييز الانقاص عن غيره من الانظمة

٤٩ ـ استكمالا لتحديد ماهية الانقاص وطبيعته القانونية. نقوم فيما يلي بالتمييز بينه وبين بعض الأنظمة القانونية القريبة والمشابهة، تمهيدا لاستخلاص الخصائص المميزة لهذا النظام.

الانقاص والبطلان الجزئي : ـ

٥٠ ـ سبق أن وضحنا ان الاتجاه الغالب في الفقه يشبه انقاص العقد ببطلانه بطلانا جزئيا، ويجعل الأول ـ الانقاص ـ مجرد تطبيق من تطبيقات الثاني[١].

والواقع أنه وان كان كل من الانقاص والبطلان الجزئي يؤدي الى نتيجة واحدة، وهي بتر واسقاط شق من العقد او التصرف القانوني لمخالفته لأحكام القانون، الا اننا نرى مع ذلك ان هناك فارقا بينهما يتمثل أساسا في ان الانقاص يترتب نتيجة البطلان الجزئي، لذلك فهو ـ اي ـ الانقاص ـ يتطلب ويفترض أساسا له تحقق البطلان الجزئي، اي تعيب التصرف في شق منه فقط، فيأتي الانقاص، ليس لمجرد تقرير واعمال البطلان الجزئي، وانما للاحتفاظ بالشق الصحيح من التصرف، فالهدف من الانقاص هو التصحيح وليس الهدم، الذي يكون متحققا بالفعل قبل عمل الانقاص. واجراء هذا هدفه لا يمكن اعتباره بطلانا جزئيا، حيث بالفرض يكون البطلان الجزئي متحققاً بالفعل. اما اذا اعتبرنا الانقاص بطلانا جزئيا فذلك يفترض أن يكون التصرف قبل الانقاص صحيحا، فيأتي هذا الاخير ليبطله جزئيا، وليس هذا بالقطع ما يحدث مع الانقاص.

لهذا، فنحن لا نؤيد ذلك الاتجاه الفقهي الذي يجعل من الانقاص مجرد وسيلة للبطلان الجزئي[٢]، بل نرى أن العكس هو الصحيح، اي ان

(١) راجع ما سبق فقرة رقم ٣٣ وبعدها.

(٢) راجع في هذا الاتجاه ـ بصفة خاصة ـ سمليه، رسالته سابق الاشارة اليها، رقم ٣٥١.

الانقاص هو نتيجة البطلان الجزئي، الامر الذي يجعل البطلان الجزئي وسيلة من سائل الانقاص[1] .

وعدم اعتبار الانقاص بطلانا جزئيا يتمشى بصفة خاصة مع ذلك الاتجاه الفقهي الذي ينكر كلية وجود البطلان الجزئي ولا يعترف الا بنوع واحد من البطلان، هو البطلان الكامل للتصرف[2] .

وعلى الرغم من تمييزنا السابق بين الانقاص والبطلان الجزئي، الا أنه يمكن، مع التجاوز عن الدقة في التعبير، استعمال تسمية البطلان الجزئي للتعبير عن الانقاص، باعتبار أنه يحدث في بعض الحالات التعبير عن نتيجة العمل او الاجراء القانوني بالوسيلة التي أحدثت هذه النتيجة، عندئذ، وعندئذ فقط، اي مع مراعاة التحفظ المشار اليه، يمكن التعبير عن البطلان الجزئي بالانقاص[3] .

الانقاص والجزاء : ـ

٥١ ـ ميزنا في الفقرة السابقة بين الانقاص والبطلان الجزئي ووضحنا أنه لا يمكن اعتبار الاول مرادفا للثاني، كما لا يمكن اعتباره مجرد وسيلة له، بل هو نتيجته، لذلك فلا نرى في الانقاص نوعا من الجزاء الخاص بالبطلان الجزئي يحل محل عدم نفاذ التصرف المترتب على البطلان الكلي. وفي تقريرنا هذا لانستند الى أن ذلك يتعارض مع اعتبار البطلان وصفا يلحق التصرف المعيب ـ كما ذهب بعض الفقهاء[4] ـ على أساس أن البطلان باعتباره وصفا لا يقبل التجزئة، فاعتباره كائنا قانونيا يحتم أن يمتد عيبه اليه كله ويبطله بأكمله، ومن ثم لا يتصور، وفقا لهذا الرأي، أن يقال بعيب التصرف في جزء

---

(١) سنرى لاحقا ان الانقاص ـ او على الاقل معناه ـ يتحقق في غير حالات البطلان الجزئي، مثل حالات الفسخ الجزئي للعقد، وحالات عدم نفاذ العقد جزئيا .

(٢) انظر في هذا الاتجاه، جميل الشرقاوي، رسالته، ص ٨٥ ، ٢٧٥ .

(٣) واذا كان الانقاص يتميز عن البطلان الجزئي، على الوجه السابق التعرض له بالمتن، فانه يتميز من باب اولى عن البطلان الكلي او التام للتصرف القانوني، حيث يفترض الانقاص أساسا له وجود تصرف قانوني صحيح في شق منه، فيتقرر الانقاص حفاظا على هذه الصحة .

(٤) انظر جميل الشرقاوي، رسالته السابق الاشارة اليها، فقرة رقم ٣٠ ص ٨٠ .

منه فقط فيكون باطلا في هذا الجزء وصحيحا في الجزء الاخر، وانما سندنا في عدم اعتبار الانقاص نوعا من الجزاء يرجع الى أن الانقاص لا يتقرر الا بعد وصف التصرف بأنه باطل في شق منه فيأتي الانقاص لتحجيم وتقييد نطاق هذا البطلان وقصره على شقه المعيب فقط دون الشق الاخر الصحيح لذلك فالانقاص نقيض للجزاء، لان فيه تصحيح للعقد، بعدم مد البطلان الى شقه الصحيح، ومن ثم فهو ليس بجزاء، وانما هو اجراء أو حل يفيد التصحيح للشق المتبقي من العقد أو التصرف، اذ لو لم يتم الانقاص بطل التصرف بأكمله فاجراء يكون هذا هدفه، أي تجنب وتفادي مد البطلان الى الشق الصحيح من التصرف لا يكون جزاء.

الانقاص وعدم النفاذ : ـ

٥٢ ـ يقصد بعدم النفاذ عدم الاحتجاج بالتصرف القانوني في حق غير عاقديه[١] ، مع بقائه صحيحا بينهما، أي بين عاقديه. ويترتب عدم النفاذ أثر مخالفة بعض أحكام القانون التي لا يصل جزاء مخالفتها إلى انعدام التصرف القانوني كلية، بل يقوم هذا التصرف صحيحا نافذا بين طرفيه، ولكنه لا ينفذ في حق غيرهما. لذلك يعرف عدم النفاذ بأنه انعدام نسبي لفاعلية العقد أو التصرف القانوني[٢]

ومن تطبيقات عدم النفاذ، ابرام تصرف قانوني دون مراعاة اجراءات الشهر وغيرها من القواعد والاجراءات الشكلية التي يفرضها القانون حماية للغير، كعدم قيد الرهن الوارد على عقار، كذلك يتحقق عدم النفاذ بالنسبة

---

(١) يلاحظ أن المقصود بالغير مع عدم النفاذ ليس كل أجنبي عن العقد أو التصرف، وانما المقصود به الخلف الخاص، الذي كان من المفروض أن يسري التصرف في مواجهته لولا مخالفة التصرف للاجراء المطلوب ومن ثم فلا يدخل ضمن الغير الاجنبي عن العقد الذي لا يسري العقد في حقه اعمالا للقاعدة العامة في نسبية أثر العقد.

أنظر في ذلك باستيان Bastian: Theorie generale de l'inopposabilite du contart, Paris, 1929, P. 4.

(٢) بلانيول وريبير واسمان، جـ ٦ رقم ٢٨٠ ـ مارتي ورينو، جـ ١ رقم ١٦٢ ص ٢٧١ .

لأوراق الضد والتصرفات الأخرى التي تقوم على الغش كما في حالات الدعوى البوليصية[1] .

ويظهر التشابه والتقارب بين عدم التفاذ والانقاص لدى بعض الفقهاء من زاوية الاثار التي يحدثها كل منهما في التصرف القانوني الذي يرد عليه فعدم النفاذ يحول دون نفاذ آثار التصرف في مواجهة الغير فلا يحتج به عليه، والانقاص يسقط بعض آثار التصرف القانوني، ليس فقط بالنسبة للغير، بل أيضا بين عاقديه .

لذلك شبه هذا الاتجاه الفقهي بين الانقاص وعدم النفاذ بجعل كل منهما مجرد صورة أو تطبيق للبطلان، وبالتحديد للبطلان الجزئي، فالانقاص بطلان جزئي فيما يتعلق بمدى آثار التصرف التي يرتبها تجاه المتعاقدين . وعدم النفاذ هو ايضا بطلان جزئي ـ نسبي ـ بالنسبة للغير، اي بطلان للتصرف القانوني في مواجهة الغير فقط[2] .

وهكذا يرى الاتجاه السابق ان عدم النفاذ والانقاص لهما طبيعة واحدة، ويتحدان في الاثار التي تترتب عليهما، باعتبار ان كليهما يترتب عليه عدم ترتيب التصرف لاثاره جزئيا، الاول تجاه الغير، والثاني بالنسبة لشق منه، اي من التصرف .

---

(١) أنظر في تطبيقات عدم النفاذ في القانونين المدنين المصري والكويتي : الدعوى البولصية او دعوى عدم النفاذ، المادة ٢٣٧ مدني مصري، والمادة ٣١٠ مدني كويتي وما بعدها، الصورية، المادة ٢٥٤ مدني مصري والمادة ٢٠٠ مدني كويتي، حوالة الحق المادة ٣٠٥ مدني مصري، والمادة ٣٦٦ مدني كويتي، الايجار الصادر من الراهن، المادة ١٠٥٤ مدني مصري المادة ٩٨٥ مدني كويتي، رهن ملك الغير المادة ٩٧٤ مدني كويتي والمادة ١٠٥٣ مدني مصري .

(٢) انظر في هذا الاتجاه جابيو Japiot:

Des nullites en matieres d'actes juridiques, Dijon, 1909, P. 28.

الذي يرى أن عدم نفاذ التصرف يتعلق باثاره وليس ببطلانه، اذ المقصود به حماية الغير من النتائج المالية للتصرف الذي لا يكون طرفا فيه. وأنظر كذلك سمليه، رسالته رقم ١٤ ص ١٣ الذي يقرر أن التشابه بين الانقاص (البطلان الجزئي) وعدم النفاذ يأتي من وجهة أن التصرف الصحيح بين طرفيه يمكن أخذه على أنه باطل بالنسبة للغير فقط .

٥٣ ـ ولكننا لا نتفق مع ما ذهب اليه الرأي السابق، وذلك من وجهتين: الوجهة الاولى، من حيث اعتبار عدم نفاذ التصرف مجرد تطبيق من تطبيقات البطلان الجزئي، ذلك أن البطلان يعدم قيام التصرف ذاته، فمعه لا يقوم التصرف بين عاقديه ولا بالنسبة للغير، بل يعدمه بالنسب للكافة. اما عدم النفاذ فلا يتعلق بقيام التصرف وابرامه، وانما هو يقتصر على ترتيب التصرف لآثاره، ومعه تكون اثار التصرف قائمة وصحيحة ولكنها نافذة فقط بين طرفيه، اما بالنسبة للغير فلا تنفذ[1] كما قد تكون الاثار نافذة بالنسبة لاحد طرفي التصرف دون الطرف الآخر، كما في حالة العقد القابل للابطال، قبل أن يتقرر ابطاله او تجاز صحته.

اما الوجهة الثانية التي نخالف فيها الرأي السابق فهي اعتباره الانقاص تطبيقا او صورة للبطلان الجزئي، فقد سبق أن وضحنا ان الانقاص ليس بطلانا وانما تصحيح للتصرف. اما عن الشق الباطل والذي يسقط مع الانقاص، فبالاضافة الى ان سقوطه يكون بالنسبة للكافة وليس فقط بين المتعاقدين، كما هو الحال في اثر عدم النفاذ، فان هذا السقوط يتقرر قبل عمل الانقاص، لأن هذا الاخير يفترض ذلك السقوط، اي البطلان لشق من التصرف القانوني.

وهكذا ينعدم التشابه بين عدم النفاذ، وأثره عدم ترتيب التصرف لاثاره في حق الغير، والانقاص، وأثره صحة العقد وترتيب اثاره بالنسبة للكافة. ومما يؤكد وجهة نظرنا ان الانقاص يرد في بعض الحالات على عدم النفاذ ذاته. ومن أمثلة ذلك تأجير العين أكثر من تسع سنوات وكذلك تحرير مخالصة بأكثر من ثلاث سنوات مقدما، فاذا لم تسجل هذه التصرفات، يكون لمشتري العين الذي سجل حقه انقاص الاجارة الى تسع سنوات، وانقاص المخالصة الى ثلاث سنوات بعدم اعتماد ما دفع مقدما زائدا عن ذلك[2].

---

(١) انظر في نفس المعنى ايضا باستيان، رسالته سابق الاشارة اليها ص ٢٨٢.

(٢) راجع المادة الثانية من قانون التسجيل العقاري المصري، والمادة ١١ من قانون التسجيل العقاري الكويتي. الصادر بالمرسوم رقم ٥ لعام ١٩٥٩.

الانقاص وترتيب التصرف الباطل لبعض الاثار

٥٤ ـ نظرا لما هو مسلم به من امكان ترتيب العقد او التصرف الباطل لبعض الاثار القانونية، كما هو الحال في عقد الزواج غير الصحيح وشركات الواقع، فقد يثور التساؤل عما اذا كانت تلك الاثار مجرد تطبيق لفكرة الانقاص .

وهذا ما قرره البعض بالفعل فقد اكد Piedelievre [1] ان هذه الاثار لا تترتب على التصرف الباطل نفسه، وانما يرتبها ما تبقى صحيحا من التصرف، فهو اذن قد لجأ في قبوله لهذه الاثار الى فكرة انقاص العقد، او البطلان الجزئي كما اسماها. وهو بذلك يكمل ويعمق ما خلص اليه جابيو قبله بقوله ان البطلان لا يكون كاملا عندما لا تكون كل اثار التصرف قد ابطلت اذ لا يترتب على بطلان العقد الغاء كل اثاره في جميع الحـالات[2].

ولكننا لا نسلم بالرأي السابق، وننكر اي اشتراك او تماثل بين فكرة الانقاص والاثار التي تترتب على التصرف الباطل، ففي هذه الحالة الاخيرة نكون في الواقع امام بطلان كامل للتصرف القانوني، معه يختفي هذا التصرف، ولكن، ولاسباب مختلفة، لا يرتب القانون على هذا البطلان كل نتائجه، بل يبقى على بعض اثار التصرف. لذلك فان هذه الاثار المحتفظ بها لا تكون عادة الا اثاراً قانونية، اي يرتبها القانون وليس التصرف الباطل .

اما مع الانقاص فان التصرف المعيب جزئيا يبقى مع ذلك صحيح في شقه الاخر، صحيح في عناصره الجوهرية الرئيسية، فقط يختفي ويسقط شقه الباطل. لذلك نكون في النهاية امام تصرف صحيح منتج لاثار صحيحة ذاتية .

وهكذا يتمثل الفارق بين الانقاص والاثار التي تترتب على التصرف الباطل، في اننا نواجه في الحالة الاولى، اى مع الانقاص، تصرفا قانونيا

---

(١) راجع رسالته : Des effets produits par les acts nulles these, Paris, 1905, P. 464.

(٢) رسالته سابق الاشارة اليها، ص ٢٣ .

صحيحا، بينما نواجه في الحالة الثانية مجرد اثر صحيح لتصرف قانوني باطل[1] .

انقاص التصرف واعادته من جديد

٥٥ ـ المقصود باعادة التصرف الباطل "refection" اعادة طرفي التصرف الباطل ابرامه باتفاق جديد متفادين العيب الذي لحق التصرف الاول الباطل[2] . لذلك فان هذا التصرف يحتاج لارادة جديدة من طرفي التعاقد يتكون منها تصرف جديد، فهو اتفاق جديد وليس مجرد تجديد للاتفاق او التصرف السابق .

ولان اعادة التصرف يترتب عليها تصحيح التصرف القديم باعادة ابرامه، في صورته الجديدة اي انه تصحيح اتفاقي للعقد الباطل، فقد يثار الخلط بينه وبين الانقاص، لما يترتب على ذلك الاجراء الاخير من تصحيح للعقد ايضا، على الوجه السابق لنا ايضاحه .

بيد ان هذا الخلط سرعان ما يزول اذا ما عرفنا اننا نتواجد مع اعادة التصرف امام تصرف قانوني جديد، حيث ينطوي الامر على بطلان للتصرف القديم اولا، ثم اعادة له من جديد، لذلك ففاعلية التصرف تأتي من هذا التصرف الجديد الموافق للقانون. اما مع الانقاص، فنبقى دائما مع التصرف القديم، فلا تجديد ولا تغيير له سوى بتر واسقاط الشق المعيب منه .

---

(١) ومع ذلك فقد رأى البعض ان هذا الاختلاف بين الانقاص والاثار التي تترتب على التصرف الباطل هو اختلاف شكلي بحت لا يعني لديه اختلافا في الطبيعة، لذلك فهذا الاتجاه يرى ان الحالات الاستثنائية التي يرتب فيها التصرف الباطل بعض الاثار تعد حالات للانقاص ـ البطلان الجزئي ـ ومع ذلك فهو لا يرى ان ذلك التشبيه يكون ممكناً الا اذا لم يكن الاثر الباقي من التصرف بعيدا عن كل عيب، اي لم يلحقه البطلان الذي أبطل التصرف نفسه، بالاضافة الى ضرورة ان يجد هذا الابقاء للاثر مصدره الوحيد في ارادة طرفي التصرف. راجع في هذا الاتجاه سمليه، رسالته، رقم ١٩ ص ٢٠ .

(٢) في هذا المعنى سالي، الاعلان عن الارادة، المرجع السابق، ذكره، ص ٣٣٥، جودميه، النظرية العامة للالتزامات، ص ١٧١ ـ بودري لاكانتنيري وبارد، جـ ٣ ص ٧٠٥ بيبفنوار، الملكية والعقد ص ٧٠٥ .

انقاص العقد وتحوله

٥٦ ـ يعني تحول العقد استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، فالتصرف القانوني الباطل او القابل للابطال يمكن أن يتحول الى تصرف آخر صحيح اذا توافرت اركان هذا التصرف الصحيح في التصرف الباطل، وكانت نية طرفي التصرف تتصرف الى ابرام هذا العقد.

فالكمبيالة باعتبارها تصرفاً قانونياً يشترط لها القانون شكلا خاصا بها، فاذا لم يتوافر هذا الشكل تكون باطلة. ولكنها يمكن أن تتحول الى سند او تصرف مدني صحيح.

ويظهر التشابه بين الانقاص والتحول في ان كليهما يفترض تصرفا قانونيا يشوبه عيب، الامر الذي يستوجب تدخل القاضي لازالة هذا العيب، فكلاهما ينتهي بالتصحيح. ولكنهما يختلفان بعد ذلك من عدة وجوه:

فانقاص العقد يختلف ـ اولا ـ عن تحوله من حيث دور ارادة المتعاقدين في كل منهما: فبينما لا يخرج انقاص العقد عن كونه مجرد تفسير لارادة المتعاقدين، الامر الذي يجعله محض تطبيق واعمال للقواعد العامة[1] ، فان تحول العقد ليس تفسيراً محضاً لارادة المتعاقدين، بل الواقع ان القاضي يقوم معه بدور ارادة المتعاقدين، فيحل محلهما ويقوم بابدال عقد جديد بعقدهما القديم. ومع ذلك فلا يمكننا، مع تحول العقد، انكار دور ارادة المتعاقدين كلية، اذ يبقى دائما ان ينسب اليهما هذا العقد الجديد، وان كانت ارادة المتعاقدين عندئذ لا تكون حقيقة بل ارادة محتملة. لذلك فالعبرة مع تحول العقد بالغاية العملية التي قصد اليها المتعاقدان volonte teleologique والتي ارادا تحقيقها بالعقد الذي ابرماه، وليس بالارادة القانونية التي عبرا عنها بهذا العقد الباطل. وبمعنى آخر التحول ليس الا مجرد الكشف عن مقاصد المتعاقدين مأخوذة من التعبير عن إرادتهم[2].

---

(١) الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جـ ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) سالي، التعبير عن الارادة، ص ٣١٤، جميل الشرقاوي، الالتزامات ص ٢٥٥، وراجع في المزيد من التفصيل احمد يسري في تحول التصرفات القانونية، القاهرة ١٩٥٨. وانظر نقض مدني مصري ١٩٧٠/١/٢٩ طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ ق ، م . م . ف سنة ٢١ ص

من ناحية أخرى، فمع التحول تبقى عناصر التصرف القديم كما هى دون تغيير، ودون أن تدخل عليها عناصر جديدة، ويقتصر دور القاضي على تغيير التكييف القانوني للتصرف، من ذلك التصرف الذي اختاره المتعاقدان الى تصرف آخر صحيح. لذلك فمع التحول يتغير ويتحول التصرف القديم الباطل الى تصرف آخر صحيح.

اما مع الانقاص فيبقى التكييف القانوني للتصرف كما هو دون تغيير حتى ولو طرأ تعديل في بعض عناصره غير الجوهرية. فالتصرف هنا يبقى من حيث تكييفه كما هو دون تغيير.

اخيرا فان التحول يفترض عقدا او تصرفا قانونيا باطلا بأكمله. اما الانقاص فلا يعمل الا مع التصرفات القانونية الباطلة جزئيا فقط. فاذا كان كل من التحول والانقاص يتعلق بفكرة البطلان، فان ارتباط الاول بها يكون في المجال الوصفي الكيفي، اما الثاني فيكون ارتباطه بها في المجال الكمي حيث لا يعمل الا مع البطلان الجزئي.

الانقاص واجازة العقد

٥٧ ـ الاجازة "Confirmation" وهي تصرف قانوني يتم بارادة منفردة، خاصة بالتصرفات القانونية المعيبة بالنسبة لاحد طرفيها فقط، دون الطرف الاخر، اي التصرفات القانونية القابلة للبطلان، والتي يترتب عليها عدم نفاذ التصرف في مواجهة من له حق التمسك بابطالها.

فتأتي الاجازة من هذا الاخير على ذلك النوع من التصرفات لتفيد تنازله عن حقه في التمسك بالعيب الذي شاب التصرف، اي تعني تنازله عن تمسكه بالبطلان.

وكان الفقه القديم يرى في الاجازة تصحيحاً للتصرف الذي ترد عليه، لما يترتب عليها من ازالة للعيب الذي انتاب التصرف[1]. اما الاتجاه السائد

٣٩٦، الذي جاء به «تحول العقد الباطل انما يكون في حالة بطلان العقد مع اشتماله على عناصر عقد اخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت إلى قبوله دون ادخل عنصر جديد اليه».

(١) راجع في عرض هذا الاتجاه، وفي الطبيعة القانونية للاجازة، بصفة عامة، كوتيرييه Gerard COUTURIER: La confirmation des actes nuls, Paris, 1972, P. 7 et S.

حاليا، والذي ننضم اليه، فيرى فيها نزولا عن حق التمسك بالبطلان[1] .

وايا كان التكييف القانوني للاجازة، فلا خلاف على أن الاثر المترتب عليها، هو استكمال نفاذ التصرف القانوني الذي ترد عليه بحيث يصبح نافذا في مواجهة الجميع وهذا ما يعنينا في هذا المقام، فالاجازة يترتب عليها «تصحيح» التصرف من العيب الذي يلحقه، ولذلك فلا ترد على التصرفات القانونية الباطلة بطلانا مطلقا[2] وانما يقتصر مجالها على التصرفات القانونية الباطلة بطلانا نسبيا، او القابلة للابطال كما تسمى .

وفي التقرير السابق بشقيه، اي اعتبار الاجازة تصحيحاً للتصرف القانوني بالمعنى السابق ايضاحه، وانها لا ترد الا على التصرفات الباطلة بطلانا نسبيا يتحقق التشابه بينها وبين الانقاص، فكلاهما يرد على تصرفات قانونية معيبة جزئيا او نسبيا، فالاجازة مجالها التصرفات القانونية الباطلة فقط بالنسبة لاحد طرفيها بينما تكون صحيحة بالنسبة للطرف الثاني. والانقاص مجاله التصرفات القانونية الباطلة في شق منها فقط، بينما يكون شقها الاخر

---

(١) انظر مع ذلك الدكتور جميل الشرقاوي الذي يرى في الاجازة « وسيلة لعدم ظهور البطلان القانوني، اي لمنع وجود دعوى به واثرها لذلك ليس اسقاط دعوى البطلان، بل وضع حائل دون وجودها فهى انكار لوجود سبب البطلان ولا تفترض وجودا له او وجود دعوى به حتى تعتبر تنازلا عنها (ص ٣٨٧ من رسالته). ورغم تعريفه للاجازة بانها، اسقاط لحق التمسك بالعيب الذي يلحق التصرف كسبب لبطلان هذا التصرف ـ (مصادر الالتزام ١٩٧٦، ص ٢٣٩) الا انه يعيد تأكيد رأيه السابق، بانها اي الاجازة وسيلة لمنع نشوء دعوى البطلان وليست اسقاط دعوى قائمة، فهى ليست نزولا عن دعوى البطلان، راجع نفس المرجع ص ٣٤٠ .

اما محكمة النقض المصرية، فقد رأت في الاجازة ازالة لمانع عدم نفاذ التصرف في مواجهة المجيز. راجع نقض مدني مصري ١٩٥٧/٢/٧ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، رقم ٤٢٠ .

(٢) وهذا وفقا للاتجاه السائد الذي يرى ان البطلان المطلق لا ترد عليه الاجازة، فمهما اتسعت دائرة التنازل عن التمسك بهذا البطلان فلن يفيد ذلك اجازته، اذ يبقى دائما للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. ومع ذلك فهناك من رأى امكان ورود الاجازة على البطلان المطلق. انظر في هذا المعنى اوبري ورو، جـ ٤ فقرة رقم ٣٣٧ ـ بلانيول وريبير واسمان، جـ ٦ فقرة رقم ٣٠٣ ـ جابيو، رسالته سابق الاشارة اليها ص ٧٢٧. وراجع في عرض ذلك، جميل الشرقاوي رسالته ص ٣٨٥ .

صحيحا، ويترتب على كلا الاجرائين، الاجازة والانقاص، تصحيح التصرف القانوني ليصبح نافذا في مواجهة الجميع بالنسبة للاجازة، وتجنب بطلان الشق غير الباطل بالنسبة للانقاص، فيترتب على كل منهما اعمال التصرف لاثاره .

كما تتفق اجازة العقد مع انقاصه في ان كلا منهما يبقى العقد او التصرف على تكييفه القانوني دون تغيير .

٥٨ ـ بيد ان التشابه السابق لا يعني خلط انقاص التصرف باجازته فلا يمكن اعتبار انقاص التصرف اجازة له، لما بينهما من اختلاف جوهري يظهر في العديد من النواحي :

ففيما يتعلق باعتبار كل منهما تصحيحاً للعقد، فهذا لا يعنى التشابه التام في عملية التصحيح مع كل منهما. اذ الانقاص يتضمن تصحيح التصرف عن طريق اختفاء سبب البطلان الذي كان يتهدده وهو العيب الذي شاب الشق الذي انتقص منه. اما الاجازة فلا يترتب عليها تصحيح التصرف ذاته، وانما يقتصر اثرها على تنازل المجيز عن حقه في التمسك بالعيب المبطل للتصرف، فالتصحيح مع الاجازة يقتصر معناه على ازالة المانع الذي كان يحول دون ترتيب التصرف لاثاره، لذلك فهو يتم فقط في مواجهة من كان له حق التمسك بالبطلان ويأتي عن طريق التنازل عن هذا الحق وليس عن طريق ازالة العيب ذاته الذي لحق التصرف[1] . لذلك فلا يترتب عن الاجازة تغيير او تعديل في مضمون التصرف، بل يبقى كما هو فقط مع سقوط الحق في

(١) ومما يدل على ان اجازة العقد ليست تصحيحا له بالمعنى الدقيق ان التنازل عن الطعن بالغبن في البيع يترتب عليه نفاذ البيع في مواجهة من صدر منه التنازل، على الرغم من بقاء العقد كما هو، اي رغم عدم ازالة الغبن. راجع في ذلك جودميه، الالتزامات، جـ ١٧٣. وراجع في حقيقة الاثر المترتب على اجازة التصرف القابل للابطال كوتيريه، رسالته سابق الاشارة اليها، بصفة خاصة فقرة رقم ١٦. وراجع الدكتور جميل الشرقاوي، الذي يرى ان الاجازة لا يترتب عليها تصحيح العقد، وانما هى فقط تكشف عن هذه الصحة وتؤكد سبق وجودها اذ يقتصر اثرها لديه على بيان ان صحة التصرف القائمة يجب الا تكون موضع شك ويصبح التصرف في نفوذ اثاره كأي تصرف لم يقم حوله شك منذ البداية. رسالته ص ٣٨٨، انظر كذلك مصادر الالتزام، ص ٢٤٠ حيث يوضح ان معنى الاجازة لابد ان يكون نفي وقوع عيب في ارادة المجيز وبالتالي عدم وجود اي بطلان. وينتهي بانها تأكيد لصحة التصرف منذ ابرامه .

الابطال، اما مع الانقاص فيحدث تعديل وتغيير في التصرف الذي يرد عليه، يتمثل في اسقاط شقه المعيب للابقاء على شقه الآخر صحيحا .

واخيرا فهناك اختلاف بين الانقاص والاجازة يتعلق بدور الارادة في كل منهما. فبينما نجد الاجازة تصرفاً ارادياً بحتا، يتم بارادة منفردة ويتسم بالشخصية، نرى ان الانقاص، وان كان يستند الى ارادة المتعاقدين، الا ان هذه الارادة لا يكون لها وجود حقيقي في الكثير من الحالات الامر الذي يبعد الانقاص عن الارادة الحقيقة للمتعاقدين في الكثير من الحالات. هذا بالاضافة الى أن الذي يجري الانقاص هو القاضي، وليس احد المتعاقدين الامر الذي يبعدنا اكثر عن الصفة الشخصية التي تتمتع بها الاجازة. فالارادة مع هذه الاخيرة تكفي وحدها «لتصحيح» التصرف ونفاذه في مواجهة المجيز، اما ارادة احد المتعاقدين وحدها فلا تكفي لانقاص التصرف[1] .

الانقاص واقرار التصرف

٥٩ ـ اقرار Ratification التصرف القانوني او العقد هو تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو «المقر»، وهو دائما من الغير، اي من غير طرفي التصرف المراد اقراره [2] ، وينحصر اثر الاقرار في الاحتجاج في مواجهة المقر بالتصرف القانوني الذي لم يكن طرفا فيه، اي جعل هذا التصرف ساريا في

---

(١) وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية : «يشترط لابطال العقد في شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدني مع بقائه قائما في باقي اجزائه الا يتعارض هذا الانقاص مع قصد المتعاقدين بحيث اذا تبين ان ايا منهما ما كان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب، فان البطلان او الابطال لابد ان يمتد الى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده» . طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق ـ جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ م . م .ف سنة ٢٤ جـ ٦٤٩ .
بيد انه يلاحظ من ناحية أخرى، انه اذا كان الانقاص لا يحتاج لارادة جديدة للمتعاقدين، اكتفاء بالارادة القديمة، فان الاجازة لابد معها من اعلان ارادة جديدة، سواء تم ذلك صراحة او ضمنا .

(٢) بعكس الاجازة التي لا تصدر الا من احد المتعاقدين، على ما مر بنا بالمتن، انظر فقرة رقم ٥٧ .
ويلاحظ ان الاجازة تتسع في فقه الشريعة الاسلامية لتشمل الاقرار ايضا، راجع منصور مصطفى منصور، خلاصة دروس المصادر الارادية للالتزام الكويت ١٩٨٣ ـ ١٩٨٤ مذكرات غير مطبوعة، ص ١٤٥، هامش (١).

حقه بعد ان كان لا يسري، لذلك يعرف الاقرار بأنه «التصرف القانوني الذي يصدر من شخص ليس طرفا في العقد وبه يضيف اثار العقد الى نفسه»[1] ، وهو ما يحدث في اقرار المالك للبيع الصادر من الغير على ملكه، وكذلك في اقرار الموكل لتصرف اجراه الوكيل بالتجاوز لحدود وكالته[2] .

ويختلف الانقاص عن الاقرار في أن الاول لا يرد الا على التصرفات القانونية الباطلة جزئيا، اي الباطلة في شق منها فقط دون شقها الباقي الذي يكون صحيحا، فيأتي الانقاص للابقاء على الصحة فيما ترد عليه اصلا. اما الاقرار فيتعلق بتصرفات صحيحة بين عاقديها، وان كانت ليست كذلك بالنسبة للغير، حيث تكون غير نافذة في حقه، فيأتي الاقرار لجعلها نافذة ليس فقط بالنسبة للمتعاقدين، وانما بالنسبة للمقر ايضا .

واذا كان يترتب على الانقاص تغيير في مضمون التصرف باسقاط شق منه، فان الاقرار لا تأثير له على مضمون التصرف، وذلك على الوجه السابق ايضاحه بالنسبة للاجازة [3] .

اخيرا فان الذي يجري الانقاص هو القاضي، ومن ثم فلا يحتاج الامر معه الى اعلان ارادة جديدة من طرفي التصرف ولا من احدهما، اكتفاء بارادتيهما القديمة. اما الاقرار، ولكونه يصدر من غير المتعاقدين، فلا بد معه من اعلان للارادة، من جانب المقر [4] .

الخلاصة في ماهية الانقاص

٦٠ ـ نخلص من عرضنا السابق الى ان الانقاص ـ باعتباره نظاما قانونيا ـ ما هو الا وسيلة قانونية يملك القاضي بمقتضاها تفادي وتجنب مد البطلان، الذي يشوب التصرف القانوني في شق منه فقط، ليشمل كل التصرف، ويتم ذلك عن طريق تقييد نطاق البطلان وقصره على ما تعيب من التصرف، اما ما تبقى منه صحيحا فيظل كذلك، ولا يبطل تبعا لبطلان الشق المعيب .

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع والاشارة السابقتان .

(٢) السنهوري، جـ ١ ص ٥٦٥ هامش (٤) .

(٣) راجع ما سبق فقرة رقم ٥٨ .

(٤) يتميز الاقرار ـ ايضا ـ شأنه في ذلك شأن الاجازة بالصفة الشخصية البحتة، لاعتماده كلية على ارادة المقر. راجع في ذلك، دي بيرون، مرجعه السابق، رقم ٥٥ ص ٣٧

ومن هنا فان الانقاص يتضمن تصحيحا للتصرفات القانونية الباطلة جزئيا فقط في شقها غير المعيب، عن طريق بتر واسقاط الشق المعيب بما تضمن من عيب، فيبقى الشق الصحيح بعيدا عن كل عيب. ويتميز التصحيح الذي يترتب على الانقاص بأنه لا يرد على كل التصرف، وانما ينصب فقط على الشق الصحيح منه بتأكيد هذه الصحة وزوال ما يهدد استمرارها. لذلك فلا يترتب على الانقاص تصحيح العيب نفسه الذي يشوب التصرف. وانما بتر الشق المعيب ومعه العيب[1]

والانقاص باعتباره وسيلة لتصحيح التصرفات القانونية الباطلة بطلانا جزئيا، في الحدود السابق توضيحها، يتميز عن غيره من الانظمة القانونية القريبة والمشابهة له، بصفة خاصة تلك التي يترتب عليها تصحيح التصرفات القانونية، فهو نظام مستقل، له نطاقه الخاص، ووسيلته الذاتية وخصائصه المميزة له عن غيره، لذلك فهو وان شارك او تشابه مع بعض الانظمة في عامل او اكثر، فانه يظل متميزا عنها في غيرها من العوامل التي تحقق له ذاتيته .

فالانقاص باعتباره تصحيحا للتصرف يستقل بمجال اعماله الخاص وهو التصرفات القانونية الباطلة بطلانا جزئيا فقط، وهو الاجراء التصحيحي الوحيد الذي يرد على هذه التصرفات .

ويستقل الانقاص بالهدف منه، وهو تقييد نطاق البطلان الجزئي وعدم مد اثره للشق الصحيح من التصرف .

ولأن الانقاص مجرد وسيلة او اجراء تصحيحي للتصرف الباطل جزئيا، فهو ليس بجزاء، بل هو على العكس من ذلك يهدف الى الحد من الجزاء المترتب على بطلان التصرف في شق منه، بتقييد نطاقه وعدم مده الى ما تبقى صحيحا من التصرف .

ولكون الانقاص ليس بجزاء فلا يتصور ان يكون هو ذاته بطلانا جزئيا، وانما هو يفترض هذا البطلان الجزئي اساسا له، ومنطلقا لاعماله، ليحول دون

(١) وقد تتحقق بعض الحالات التي يختلط فيها الاجراءان معا، كما في حالة تخفيض الالتزام المغالى فيه، اذ مع التخفيض يبتر ويسقط الشق المعيب، ومعه يختفي ويزول سبب البطلان، اي العيب الذي لحق التصرف .

جعله بطلانا تاما لكل التصرف .

لنفس السبب السابق ـ ايضا ـ اي لكون الانقاص ليس بجزاء، فلا يمكن تكييفه على أنه عدم نفاذ، جزئي او نسبي للتصرف الذي يرد عليه ذلك ان عدم النفاذ هو اثر او جزاء لمخالفة التصرف لاحكام القانون، اما الانقاص فليس جزاء، وانما هو تصحيح للتصرف الباطل في شق منه. وحتى لو اخذنا عدم النفاذ هنا باعتباره اثرا يترتب على الشق الباطل فقط لمخالفته للقانون، فهنا ايضا لا يمكن تمثيل ذلك الاثر، اي عدم النفاذ المترتب على بطلان الشق المعيب من التصرف، بالاثر المترتب على عدم النفاذ بمعناه الدقيق والخاص بعدم ترتيب العقد لاثاره تجاه احد المتعاقدين، او غيرهما، اي عدم الاحتجاج به عليهم، والذي يتقرر مع العقد الصحيح من حيث الانعقاد، غير النافذ من حيث الاثار، وهذا الاثر لا يترتب مع الشق الباطل من التصرف القانوني الذي يكون محلا للانقاص، اذ في هذه الحالة الاخيرة نواجه تصرفاً باطلا من حيث الانعقاد، وليس فقط غير نافذ من حيث الاثار، هذا بالاضافة الى ان هذا الاثر لا يترتب اثر الانقاص، بل يترتب نتيجة البطلان الذي لحق الشق المعيب من التصرف .

واذا كان في انقاص التصرف القانوني تصحيح له وترتيب لاثاره في شقه المتبقي، فان ذلك لا يكون اعمالا لما هو مسلم به من امكان ترتيب التصرف الباطل لبعض الاثار القانونية، اذ مع الحالة الاولى ـ اي الانقاص نتواجد، بعد اعماله، امام عقد صحيح مرتباً لاثاره الصحيحة، اما مع الحالة الثانية فنواجه اثاراً صحيحة، ترتبت، لاعتبارات خاصة، على عقد باطل .

وليس في تصحيح التصرف الباطل جزئيا وترتيبه لاثاره، اثر انقاصه، اعادة ابرام له من جديد، بل نبقى دائما مع نفس التصرف فقط مع اسقاط شقه الباطل .

وليس في انقاص التصرف الباطل جزئيا تحولا له، بل هو نظام مستقل يتميز عن التحول في أنه لا يترتب عليه تغيير في التكييف القانوني للتصرف الذي يرد عليه، بل يبقي هذا التصرف كما هو من حيث الطبيعة القانونية اما

التحول فيتغير معه التكييف القانوني للتصرف ويتحول الى تصرف آخر جديد .

وليس في انقاص التصرف القانوني الباطل جزئيا اجازة او اقرار له لان الاجازة والاقرار اجراءان يتعلقان بمجالات عدم نفاذ التصرف وليس ابرامه، لذلك يكون التصرف معها صحيحا من حيث الانعقاد ولكنه غير نافذ في حق احد طرفيه او في حق الغير اما الانقاص فهو اجراء خاص بالتصرفات الباطلة في شق منها، فهو يتعلق بابرام وانعقاد التصرف وليس فقط عدم نفاذه .