جامعة عين شمس
كلية الحقـــوق

رسالة

نظرية إنقاص التصرف القانونى

رسالة دكتوراه مقدمة من / عادل حسن على السيد

لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

٨٧٤٨ / م / الكتير

لجنة الحكم والإشراف على الرسالة

١-الأستاذ الدكتور : منصور مصطفى منصور	: أستاذ القانون المدنى بحقوق عين شمس	:	رئيساً
٢-الأستاذ الدكتور : محمد لبيب شنب	: أستاذ القانون المدنى بحقوق عين شمس		
	المشرف على الرسالة	:	عضواً
٣-الأستاذ الدكتور : إبراهيم الدسوقى أبو الليل	: أستاذ القانون المدنى	:	عضواً

إلى الأستاذ الجليل

الدكتور محمد لبيب شنب

تقديرا لعلمه وإقرارا بفضله

مقـــدمـــة

١ - منذ تحرر علم القانون من قيود الشكل ، بدأ عصر جديد من عصور التطور القانوني . فالإرادة التي ظلت فى القانون المدني الروماني غير ذات أثر فعال وحدها ، اكتسبت لأول مرة في عهد جستنيان قوة ذات معنى حتى تحققت لها السيادة خلال تعاليم المحاشين وفى ظل القانون الكنسي . أما الحرية التي كانت باديء أمرها أساسا فلسفياً ثم ارتفعت في ظل الثورة الفرنسية مطلبا شعبيا وتحققت كحقيقة سياسية ، فقد بسطت سلطانها في نطاق القانون لأول مرة في القرن التاسع عشر ، إذ اعترفت مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ - التى كانت النتيجة القانونية لفلسفة القانون الطبيعى ولهذه الثورة - بسلطان الارادة اساسا لها وهو أساس تقوم عليه كافة النظم القانونية في عصرنا الحاضر .

٢ - ولكن النظام القانونى لايدع الارادة الحرة طليقة دون ان يفرض عليها قيودا تؤدى مجاوزتها إلى أن تفقد هذه الارادة قوتها ، أى تصبح غير ذات أثر قانوني.

فللأفراد - في هذه الحدود - سلطة كاملة فى استخدام الوسائل القانونية لكى يحققوا أغراضهم الاقتصادية والعملية . فإبرام التصرف القانوني وإنتاجه لآثار يخضعان لهذه الإرادة . ولكن ليس للأفراد أن يخالفوا القانون أو يجاوزوا حدود الآداب أو النظام العام ، إذ تقوم هنا الحدود على حرية الإرادة . لأن كل حرية تتقيد بحكم الضرورة بحريات الآخرين إذ أن الحرية غير المقيدة ليست الا فوضى تقضى على حياة المجتمع . ويتعين على النظام القانونى أن يحمل تبعه هذه الحرية بحماية الإرادة من اساءة استعمالها لسلطانها (كما في عقود الاذعان مثلا) ، أو من ضعفها هى نفسها (كما فى عيوب الإرادة) . فإذا كان التصرف الذي أبرمه الأفراد متعارضا مع القانون أو الآداب جرده النظام القانونى من تلك الآثار التى أرادوا به تحقيقها : وهو ما يسمى فى اللغة القانونية الفنية بعدم انتاج التصرف لآثاره أو على وجه أدق بالبطلان . وتنتمى إلى ذلك أيضا

النصوص الخاصة بالشكل ، التى ترمى إلى حماية الثقة والوضوح القانونيين أو الى حماية الإرادة نفسها من آثار تعجلها .

ورغم ذلك فإن هذا البطلان هو جزاء قاسى يحاول المشرع إما تفاديه أو على الأقل التقليل من حالات أو الحد من آثاره ، وذلك عن طريق التصحيح اللاحق أو الإجازة ، أو عن طريق التحول إذا تضمن التصرف الباطل عناصر تصرف آخر صحيح ، أو عن طريق بطلان الجزء المعيب من التصرف بدلا من التصرف كله ، ويظل الجزء السليم صحيحا منتجا لآثاره وهو ما يسمى بإنقاص العقد الباطل وهو موضوع بحثنا .

٣ - خطة البحث .

إن الخطة التى رسمناها لهذا البحث هى أن نقسمه قسمين نسبقهما بفصل تمهيدى : ندرس فى القسم الأول أحكام انقاص العقد الباطل .وندرس فى القسم الثانى تطبيقات لانقاص العقد الباطل بصفة عامة . وندرس بالفصل التمهيدى الانقاص فى التشريعات المختلفة وتعريف البطلان الجزئى .

وها هو تفصيل هذا التقسيم : -

فصل تمهيدى :

المبحث الأول : الإنقاص في التشريعات المختلفة .

المبحث الثاني : تعريف للبطلان الجزئى .

القسم الأول : أحكام إنقاص العقد الباطل .

الباب الاول : الطبيعة القانونية للانقاص وتمييزه عما يقاربه من النظم .

الباب الثاني : مجال الانقاص .

الباب الثالث : شروط الانقاص .

الباب الرابع : آثار الانقاص .

القسم الثاني :

تطبيقات على انقاص العقد الباطل .

الباب الأول : الإنقاص فى حالة بطلان العقد بطلانا مطلقا .

الباب الثانى : الإنقاص فى حالة قابلية العقد للإبطال.

الخاتمة .

٤ - تحتل مشكلة العقوبة المقررة لعدم مراعاة قواعد القانون مكاناً هاماً ، في النظرية العامة للتصرفات القانونية ، فالقانون ليس كالطب ، مقصور على كونه علما لمواقف تشخيصية ، بل انه على العكس من ذلك ، مبدأ تنظيم ، فالمواقف العادية والمطابقة للقانون ، مثل العقد الصحيح ، والأسرة المتحدة فى تناسق ، والفرد ذو السلوك السوى ، لاتمثل أى مشكلة لرجل القانون .

ولكن عندما لا تسير الحقيقة وفقا للطريق الذي يحدده القانون ، فإن تدخل هذا القانون يصبح واضحا وملموسا ، ويكون تدخله فى هيئة جزاء ، وفى مجال التصرف القانونى ، تعتبر نظرية البطلان أحد مظاهر هذا التدخل .

ولقد شارك العديد من الفقهاء فى دراسة هذه المشكلة بمبادرات مختلفة، فدرس بعضهم المشكلة في جوهرها ، مكرسين أعمالهم فى أبحاث أو فى رسائل علمية (١)، أى دراسة فردية للنظرية العامة للبطلان .

وقام اخرون بفحص متعمق لبعض حالات البطلان ، كبطلان بنود عدم المسئولية ، أو الشروط المتعلقة بالنقد ، أو شروط التحكيم فى حالات التبرع ... الخ ، ويوحى هذا السعى الفقهى ، بأنه يجوز أن يكون هناك شرط باطل فى تصرف قانونى، مع بقاء التصرف ذاته صحيحا .

---

(١) أنظر رسالة دروجول Drogoul بحث حول النظرية العامة للبطلان باريس ١٩٠٢ ، وجابيو japiot بطلان التصرفات القانونية ديجون Dijon ١٩٠٩ ، أ . جوديميه E . Gaudemet النظرية العامة للإلتزامات التى نشرها ديبوا وجوديميه ١٩٣٧ ص ١٤٠ وص ١٩٩ ، لوتزسكو lutzesco نظرية البطلان باريس ١٩٣٨ .

وأنظر أيضا جميل الشرقاوى رسالته نظرية بطلان التصرف القانونى القاهرة ١٩٥٦ ، ابراهيم [illegible] أبو الليل بحثين فى مفهوم ومجال إنقاص التصرف القانونى الكويت ١٩٨٧ ، عبد العزيز [illegible] رسالته نظرية إنقاص التصرف القانوني عين شمس ١٩٨٩ .

٥ - وقد استخدم عبارة « البطلان الجزئى » عدد قليل من الفقهاء الفرنسيين ، وكذلك القضاء ، ومع ذلك فالأمر لايتعلق بظاهرة قانونية جديدة وغير معروفة فى القانون الفرنسى ، فالعديد من نصوص القانون المدنى الفرنسى والتشريعات اللاحقة تحتوى على تطبيقات للبطلان الجزئى .

ونتناول بالدراسة فى هذا الفصل التمهيدى الانقاص فى التشريعات المختلفة، ثم نتطرق لمحاولة تعريف المقصود بالانقاص .

المبحث الأول : الإنقاص فى التشريعات المختلفة .

المبحث الثاني : تعريف البطلان الجزئى.

المبحث الأول
الانقاص في التشريعات المختلفة

٦ - تفترض نظرية إنقاص التصرف القانونى أن تصرفا قانونيا باطل في جزء منه فقط ، فيثور التساؤل عن أثر بطلان ذلك الجزء على باقى التصرف ، وما إذا كان البطلان يمتد إلى التصرف بأكمله أم يقتصر على الجزء الباطل فقط .

تختلف الحلول التى تأخذ بها الأنظمة القانونية المختلفة ، ويتوقف ذلك على مدى أهمية الجزء الباطل فى قصد المتعاقدين ، ومدى امكان بقاء الجزء الصحيح مستقلا عن الجزء الباطل [١] .

فالقانون الألمانى يجعل البطلان الكلى هو الأصل الواجب الإعمال ، أما الانقاص فلا يكون إلا استثناء ، وفى ذلك تقرر المادة ١٣٩ من القانونى المدنى الألمانى B. G. B إنه « إذا كان أحد أجزاء التصرف القانونى باطلا ، بطل التصرف كله ، إلا إذا ثبت أن التصرف كان سيبرم دون الجزء الباطل منه ، ويقع إثبات ذلك علي طالب الإبقاء علي العقد المبتور منه الجزء المعيب » . وقريب من ذلك نص المادة ٤١٩ /١ من القانون المدنى الإيطالى التى تقرر أن « بطلان الشرط يستوجب بطلان العقد كله إذا تبين أن المتعاقدين ما كانا يبرماه دون الشق الباطل منه » .

أما الحل العكسى فهو وارد فى المادة ٢٠ فقرة ٢ من قانون الإلتزامات السويسرى التي تنص على انه « إذا لم يكن العقد معيبا إلا بالنسبة لبعض شروطه ، فإن هذه الشروط وحدها التى تبطل ، ما لم يتبين أن العقد لم يكن ليبرم دونها » ، وعلى ذلك يجعل القانون السويسرى الإنقاص هو الأصل الواجب الإعمال ، اما البطلان الكلى فلا يكون الا استثناء .

---

(١) أنظر ابراهيم الدسوقي أبو الليل المفهوم القانونى لانقاص التصرفات القانونية الكويت ١٩٨٧ فقرة ٥ ص ٦٤ ، عبد العزيز المرسي رسالته ص ٢٩١ .

كذلك تنص المادة ٥١ إلتزامات من مشروع القانون المدنى لمقاطعة كويبك فى كندا على أن « بطلان أحد الشروط لايستتبع بطلان العقد ما لم يتبين من طبيعته أو من إرادة الأطراف أنه لم يكن ليبرم دونها » . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل فقرر في المادة ١٤٣ من القانون المدنى « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله » .

أما القانون الفرنسي فلم يعتنق نظرية عامة للإنقاص ، ولكنه يتضمن العديد من النصوص المتفرقة التي تأخذ بفكرة الإنقاص ، وهناك مادتان تتعلقان مباشرة به ، المادة ٩٠٠ الخاصة بالتصرفات المجانية ، والمادة ١١٧٢ الخاصة بالتصرفات بمقابل .

وقبل الكلام عن الإنقاص في التشريعات الوضعية وبصفة خاصة التشريعين المصري والفرنسي ، أجد من المناسب تتبع فكرة الإنقاص في الفقه الاسلامي . وبناء على ذلك يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : الإنقاص فى الفقه الاسلامى .
المطلب الثانى : الإنقاص فى القانون المصرى .
المطلب الثالث : الإنقاص فى القانون الفرنسى .

المطلب الأول
الإنقاص فى الفقه الإسلامى

٧ - يعرف الفقه الاسلامى فكرة الإنقاص فى حالة ما إذا اقترن العقد بشرط فاسد ، والشروط الفاسدة فى الفقه الاسلامى تختلف ضيقا وسعة بحسب المبادىء التى تفسر بها النصوص الشرعية وبحسب هذه المبادىء تضيق حرية الإرادة وتتسع ، وأضيق المذاهب فى قبول الشروط هو المذهب الحنفى ، وأوسعها هو المذهب الحنبلى [١] .

كما يعرف الفقه الاسلامي فكرة الإنقاص فى حالة ما إذا تعدد محل العقد وكان أحد هذه المحال باطلا [٢] .

ونعرض لكل حالة من هاتين الحالتين على النحو التالى :

الفرع الأول : بطلان الشروط المقترنة بالعقد

الفرع الثاني : بطلان شق فى العقد ليس شرطا .

الفرع الأول
بطلان الشروط المقترنه بالعقد

أولا فى المذهب الحنفى :

يجب التمييز فى المذهب الحنفى بين حالتين .[١] حالة فيها الشرط الفاسد يلغو دون أن يفسد العقد ، فيسقط ويبقى العقد . [٢] حالة فيها الشرط الفاسد يفسد العقد .

---

(١) راجع ذكي الدين شعبان رسالته في نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون طبعة ١٩٦٨ ص١١ ، حسن الشاذلى فى نظرية الشرط فى الفقه الاسلامى ١٩٦٨ ص ١٨٨ وما بعدها .

(٢) أنظر إبراهيم الدسوقى المرجع السابق ص ٨٦ .

(أ) شرط فاسد لايفسد العقد

٨ - الشرط الفاسد هو الشرط الذى لايقتضيه العقد ، ولم يجربه التعامل، ولا منفعه فيه لأحد . ومن الأمثلة على هذا الشرط التى وردت فى النصوص[١] : أن يبيع شخص ثوباً أو دابة أو حيوانا غير الرقيق ويشترط على المشترى ألا يبيع أو ألايهب ما اشتراه ، أو أن يشترط أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه من المزارعة - أو أن يبيع شخص طعاما ويشترط على المشترى ألا يأكله ولايبيعه - أو أن يبيع ثوبا ويشترط على المشترى أن يحرقه ، أو أن يبيع دارا ويشترط على المشترى أن يخربها.

ففى هذه الأمثلة يذهب الفقه الحنفى إلى أن الشرط المقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد[٢] ، ولما كان الشرط لا يقتضيه العقد ، ولا هو يلائم مقتضى العقد ، ولم يجربه التعامل فليس ثمة ما يبرر تصحيحه ، ومن ثم كان فاسدا فيسقط .

على أن الشرط الفاسدَ الذى لا منفعه فيه لأحد ، لما لم يكن له مطالب لانعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجد بالمنفعه ، فهو شرط لم يتمكن من صلب العقد حتى يسرى فساده إلى العقد ، ومن ثم يبقى العقد صحيحا بالرغم من سقوط الشرط . فالشرط من حيث أنه فاسد يسقط ، ومن حيث انه لا منفعة فيه لأحد يستبقى العقد صحيحا ، وهذا هو الظاهر فى المذهب الحنفى [٣] ، وبذلك يتحقق الإنقاص .

---

(١) أنظر المبسوط للسرخسى (ج ١٣ ص ١٥) ، فتح القدير لأبن الهمام (ج ٥ ص ٢١٥) ، البدائع (ج ٥ ص ١٧٠) .

(٢) أنظر عبد الله الجليلى الشرط المخالف للنظام العام أو للآداب فى القانون المدنى بحث مقارن جامعة القاهرة ١٩٥٨ ص ٩١ ، السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جـ١ : جـ٣ ص ١٣٢ هامش رقم (١) بيروت - لبنان .

(٣) ويذهب أبو يوسف ، فى رواية عنه ، أن اشتراط المزارع على المزارع الآخر ألا يبيع أو يهب نصيبه يفسد المزارعة ، ولعله نظر فى ذلك الى أن الشرط وان كان لايلائم مقتضى العقد ولا جرى به التعامل ، ففيه منفعة ، ومن ثم يكون مفسدا للعقد كما فى سائر الشرائط المفسدة - راجع السنهورى المرجع السابق ص ١٣٣ جـ ٣ هامش رقم (١)

ويذكر الحنفية لهذا الحكم علتين : (العلة الأولى) أن الشرط الذى يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة فى العقد لايقابلها عوض ، إذ هو شرط فيه منفعة ، فكان فى ذلك ربا أو شبهة الربا ، والربا وشبهته يفسدان العقد، أما الشرط الذى نحن بصدده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له ، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التى لايقابلها عوض ، فانعدمت فيه شبهة الربا ، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد ، فيبقى العقد صحيحا ، مع سقوط الشرط لفساده .(والعلة الثانية) أن الشرط الذى يفسد العقد إنما أفسده من جهة أخرى ، لأن فيه منفعة لها مطالب، فكان صفقه فى صفقه أو عقدا تضمنه عقد آخر ، وهذا لايجوز ، أما الشرط الذى لامنفعة فيه لأحد وليس له مطالب ، فهو ليس بصفقه أو عقد ، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة فى صفقة أو عقدا فى (عقد) ، فأرتفع سبب الفساد عن البيع ، فبقى على صحته ، مع سقوط الشرط لفساده .

٩ - والشرط الفاسد سواء كانت فيه منفعة لأحد أو انعدمت فيه المنفعة ، يسقط أو يلغو ولكنه لايفسد التصرفات التى يقترن بها إذا كانت هذه التصرفات ليست مبادلة مال بمال ، وبذلك يتحقق الإنقاص . فإن كانت التصرفات مبادلة مال بمال ، فإنها تفسد بإقترانها بشرط فيه منفعة ، وفى جميع الأحوال سواء فسد العقد أو لم يفسد ، يسقط الشرط الفاسد ذاته ، سواء تضمن منفعة أو لم يتضمن.

(٢) شرط فاسد يفسد العقد

١٠ - يمكن القول بوجه عام أن الشرط الفاسد الذى يفسد العقد ، هو الذى فيه منفعة لها صاحب يطالب بها ، وهذه المنفعة إما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقاً، أو للبائع ، أو للمشترى ، أو لأجنبى غير المتعاقدين .

فمثل المنفعة التى تكون للمبيع إذا كان رقيقا : أن يشترى عبدا على ألا يبيعه أو يهبه أو يخرجه من ملكه بحال ، أو عل أن يبيعه من فلان دون غيره ، أو على ألا يخرجه من بلد معين ، أو على أن يدبره أو يكاتبه ، أو

على أن يعتقه ، أو يشترى أمة على أن يستولدها .

والمنفعة التى تكون للبائع إما أن تكون منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع ، فمثل المنفعة التى تتعلق بالمبيع أن يبيع عبدا ويشترط على المشترى أن يبقى فى خدمته وقتا من الزمن ، ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط البائع على المشترى أن يقرضه قرضا ، أو أن يهب له هبة .

والمنفعة التى تكون للمشترى هى أيضا إما منفعة تتعلق بالبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن البيع ، فمثل المنفعة التى تتعلق بالمبيع أن يشترى حنطة ويشترط على البائع أن يطحنها ، ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط المشترى على البائع أن يقرضه قرضا ، أو أن يهب له هبة .

وقد تكون المنفعة لأجنبى غير المتعاقدين ، كما إذا باع ساحة على أن يبنى المشترى فيها مسجدا ، أو باع طعاما على أن يتصدق به المشترى .

١١ - والأسباب التى دعت المذهب الحنفى إلى القول بفساد الشرط والعقد فى الصور السابقة ترجع إلى علتين :(العلة الأولى) أن الشرط ، ويتضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، يكون زيادة منفعة مشروطة فى عقد البيع، وهى زيادة لايقابلها عوض ، فهى ربا أو فيها شبهة ربا ، والبيع الذى فيه الربا أو شبهة الربا فاسد ، (والعلة الثانية) أن الشرط لايقتضيه العقد حتى يصح استحسانا ، وقد تضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، فصار فى ذاته عقدا آخر - إجازة أو اعارة أو بيعا أو قرضا أو هبة أو غير ذلك - تضمنه عقد البيع وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف وعن بيعتين فى بيعة واحدة ، وعن صفقتين فى صفقة واحدة ... ومهما يكن من شأن صحة بعض هذه الأحاديث فقد أخذ بها المذهب الحنفى . وفى كل الصور السابقة يمتد الشرط الفاسد إلى العقد ويفسده معها ، ومن ثم فلا يتحقق الإنقاص .

١٢ - أما ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال ، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض ، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبى من التجارة ، أو من الاسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها ، أو من الاطلاقات كالإذن للصبى بالتجارة ، وكذلك الاقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والايصاء والوصية ، ففى هذه التصرفات كلها إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد ، صح العقد ولغا الشرط [١] ، وهنا يتحقق الإنقاص .

ويتضح مما تقدم أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل فى صلبه فأفسده معه . والسبب فى ذلك أن الشرط لما كان فاسدا فقد سقط ، ولما كان العاقد قد رضى بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط ، وقد فات عليه ، فيكون غير راض بالمبادلة فيفسد العقد ، ولايتحقق الإنقاص ، وفى هذا يقول صاحب المبسوط « لأن الشرط باطل فى نفسه ، والمنتفع به غير راض بدونه »

وهذا السبب لايقوم فى التصرفات الأخرى[٢] وفى ثم يسقط الشـــرط لأنه فاسد، ولكن يبقى العقد على صحته ، ويتحقق الإنقاص .

ثانيا المذهب الشافعى :

١٣ - الشرط الفاسد لدى الشافعية هو الذى يخالف مقتضى العقد ، ولايتضمن منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهم ، لذلك يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا[٣] وبذلك يتحقق الإنقاص .

---

(١) أنظر المواد ٣٢٤ - ٣٢٦ من مرشد الحيران .

وراجع السنهورى المرجع السابق ص ١٣٠ .

(٢) لايقوم هذا السبب فى التبرعات والتقييدات والاسقاطات والاطلاقات والتوثيقات والوكالة والاقالة ، أما الايصاء والوصية فلأنها تصرفات بعد الموت فيحترز من اسقاطها ، وأما النكاح والخلع على مال فلأنها تصرفات خطيرة يحسن استيقاؤها ما أمكن ذلك .

(٣) أنظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى جـ٣ ص٤٤٣ الذى جاء به ..(أو) شرط (مالا غرض فيه) أى عرفا بغرض العاقدين .. كشرط ألا يأكل أو يلبس إلا كذا ولو حريرا صح العقد ولغا الشرط .