جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إنقـــــــــاص العقد

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون عقاري

إعداد الطالب

- بوهـــالي جميلة

إشراف الأستاذة

* الأبيض ليلى

لجنة المناقشة:

1. أ – صـــدارة مـحمـد **رئيسًا**
2. أ – الأبيض ليـــلـــى **مقررًا**
3. أ – جمـال عبد الكريم **مناقشًا**

السنة الجامعية: 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

شكر وتقدير

سوف يلازمني ما حييت الشعور بالعجز أن أوفي أستاذتي الكريمة **الدكتورة الأبيض ليلى** حقها من الشكر والعرفان .. فالله وحده يعلم مدى ما حملتها فوق أعبائها من أعباء ومدى ما استفدت من علمها وصواب توجيهاتها القيمة التي أفادتني بها...

فإلى الله أتوجه أن يمنحها الصحة والعافية وأن يجزيها عني خير الجزاء ...

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذتي الأفاضل الذين نهلت من نبع علمهم طيلة سنوات تكويني كل الشكر والتقدير والاحترام لهم جميعا

إهـــــداء

الى أمي .... تأكدي أني لو كتبت لك كل عبارات الشكر فلا توجد كلمة توفي حقك عليا، ولو جمعت كل القبلات فينبغي أن توضع في مكان واحد فقط وهو رأسك الجليل ..

الى أبي ... هاهو قلمي أنثنى وتّذلل لا يعرف سوى أن يطيش باسمك كيفما كان، تراه يبدي و يعبر، ولكن تخذله الإستعارة أبدا، فيظهر ما في القلبي ضئيلا أمام حبك وحنانك الأعظم ...

السلام على أغلى ما نظرتْ عيناي

لا حرمني الله دفئكما والنظر إليكما

قائمة المختصرات

- **أولا : باللغة العربية**

ق.م.ج = قانون مدني الجزائري

ق.م.م = قانون المدني المصري

ج = جزء

ص = صفحة

- **ثانيا: باللغة الأجنبية**

Op . cit = ouvrage précité

مقدمة

مـــقـــدمة

يعد التقنين المدني الألماني أول تشريع قنّن فكرة إنقاص العقد وخصه بنص خاص في المادة 139، ثم تَبِعه ذلك عدد من التشريعات العربية والأجنبية، من بينها القانون المدني الجزائري الذي تبنى فكرة إنقاص العقد في المادة 104 (ق.م.ج) نقلا عن تقنين الألماني مع إختلاف في الصيغة، وتعد فكرة إنقاص العقد من أدق المشاكل القانون بصفة عامة، والقانون المدني بصفة خاصة .

وفي توضيح لذلك، يعتبر العقد من التصرفات القانونية المهمة في ميدان المعاملات، ودلالة على ذلك أن مختلف التشريعات تولي أهمية كبيرة للعقود، حيث نجد أنها تشترط في العقد جملة من الأركان والشروط يتوقف عليها وجوده، فالعقد عامة لا يرتب آثاره إلاّ إذا كان صحيحا موافقاً للقانون فإن خالفه، سواء في إبرامه أو فيما تضمن من شروط، كان معيباً باطلاً، بحسب الأصل ، كما أن الأنظمة القانونية المعاصرة تتخذ من مبدأ سلطان الإرادة أساسا لها إلا أن تلك النظم لا تدع الإرادة حرة طليقة بل تفرض عليها جملة من القيود يرتب على مخالفتها إنعدام أي أثر لها أي تكون باطلة.

يصبح تدخل القانون هنا واضحاً ملموساً، ويكون تدخله في هيئة جزاء أو على وجه أدق بالبطلان، وهذه نتيجة طبيعية لعدم إتباع الأفراد ما أوجبه القانون من قواعد لتحقيق المصلحة العامة، وأحيانا لتحقيق أحد وجوه المصلحة الخاصة من خلال حماية الإرادة الفردية من إساءة إستعمالها لسلطتها.

فمع البطلان يختفي العقد تماما، ويعاد المتعاقدان على الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ورغم ذلك فإن هذا البطلان هو جزاء قاسي يحاول المشرع إما تفاديه، أو التقليل من حالاته أو الحد من آثاره وذلك عن طريق التصحيح أو الإجازة، أو إقتصار البطلان على الشق أو الجزء المعيب من التصرف بدلا من بطلان العقد كله، إذ يظل الشق أو الجزء الصحيح من العقد قائما، منتجاً لآثاره بعد إسقاط و إستبعاد الشق المعيب منه، وهو ما يعرف بإنقاص العقد و الذي نص عليه المشرع في نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري " **إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما**

كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد بأكمله "، والتي جوهرها إسقاط الشق المعيب في العقد وبقاء الجزء الصحيح منه بدلا من إبطاله كله ، وهنا فرض المشرع قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس، وهي عدم أهمية الشق الباطل في نظر المتعاقدان، فيبطل الشق المعيب للعقد والإبقاء مع ماكان منه صحيحا، أما إذا تبين أهمية الشق وجوهرية الشق الباطل الذي يعتبر دافعا للتعاقد يبطل العقد كله.

وهذا التطبيق لفكرة إنقاص العقد، يعرف لدى الفقه الإسلامي بتفريق الصفقة فيكون بذلك قد سبق الفقه الحديث منذ زمن، بحيث إذا تضمنت الصفقة أو العقد لشرط فاسد أي ماهو حرام، يبطل الشرط وتصح البقية إذ ينتقص الشرط الفاسد لوحده ويظل مابقي من العقد أو صفقة صحيحا، ويكون بذلك يتفادى البطلان الكلي للعقد وهو نفس الذي ينتهجه الفقه الحديث حفاظا على العقد واستقرارا للمعاملات، وعلى هذا النهج سار القانون المدني الجزائري حيث صاغ في نص صريح كقاعدة عامة تطبيق إنقاص العقد في المادة 104(ق.م.ج)، واستثناء تطبيق البطلان .

إن أهمية نظرية إنقاص العقد تكمن في أنها نظام قانوني لا يمكن الإستغناء عنه، بل أنها تكتسب أهمية أكبر في ظل النظم القانونية الحالية، التي تسعى دائما إلى التقليل من حالات البطلان، والإستفادة من العقود بما يؤمن تحقيق غايات العقد الإقتصادية والإجتماعية، فهو يعتبر كوسيلة للحفاظ على العقد ، كما يهدف إلى ضمان إستقرار المعاملات، تحت مبدأ " بطلان العقد كله ليس بأولى من تصحيحه"، فهو يحقق الحماية للأطراف المتعاقدة خاصة الطرف الضعيف ضحية العيب الذي يشوب العقد، كما يساهم في إرتقاء العقد إلى مستوى قانوني أفضل .

قمنا بإعداد هذا الموضوع بهدف إثراء معلوماتنا من خلال دراستنا لمختف جوانب الموضوع و إزلة الغموض عنه، بالإضافة لتبيان دور إنقاص العقد في القانون المدني الجزائري، وهذا على ضوء التقنين المدني وبعض النصوص الخاصة، كما أن هذا الموضوع يحظى بأهمية كبيرة في الحياة العملية وله صلة كبيرة بالواقع الاجتماعي وخاصة بالواقع الاقتصادي.

ولا يخلو هذا البحث من المصاعب التي تواجه كل باحث، والتي تتلخص في مجملها أن المراجع الجزائرية لم تكن ملمة بالشكل التام لهذه النظرية، وكذا عدم تمكننا من الحصول

على القدر الكافي من الكتب المتخصصة في هذا المجال، فلقد كانت أغلب الكتب التي تناولته عامة تحت عنوان النظرية العامة للإلتزام أو النظرية العامة للعقد والتي تناولته بصورة مقتضبة جدا، كما أن هناك قلة كبيرة في الدراسة العلمية في هذا المجال، فأغلب الباحثين في القانون المدني الجزائري تعرضوا لفكرة إنقاص بمناسبة دراسة النظرية العامة للبطلان، بالإضافة إلى ندرة إجتهاد القضاء الجزائري في تطبيقه لنظرية إنقاص العقد على إعتبار أن أي فكرة قانونية يستلزم إظهارها و تأكيدها من خلال تطبيق قضائي والا ضلت فكرة جامدة و مجردة.

وعلى إثر ذلك نطرح الإشكالية الآتية: هل لإنقاص العقد الكفاية والفعالية كوسيلة للحفاظ على العقود، وهل يمكن له أن يحد من حالات البطلان التي تهدم العديد من العقود؟

ويندرج تحت الإشكالية الرئيسية العديد من التساؤلات الفرعية فماهو مفهوم إنقاص العقد؟ وماهو معيار الذي يستند عليه تطبيق إنقاص العقد؟ وفيما تتمثل مجالات وحدود إنقاص العقد؟ وماهي أهم التطبيقات القانونية لإنقاص العقد؟

ولحل الإشكالية المطروحة إعتمدت في هذا البحث على عدد من المناهج العلمية، من بيناها المنهج الوصفي ويتجلى ذلك من خلال عرض مفهوم لإنقاص العقد، كما إعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك من خلال تبسيط وتجزئة النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وسيتخلله المنهج المقارن الذي تقتضيه طبيعة الدراسة بالإشارة إلى قوانين عربية وحتى أجنبية ذات صلة بالموضوع، بالإضافة إلى المنهج الإستدلالي وذلك لتأكيد على بعض المعلومات.

كما قسما البحث إلى فصلين خصصنا الفصل الأول لدراسة النظرية لإنقاص العقد، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم إنقاص العقد وفي المبحث الثاني إلى نطاق إنقاص العقد .أما الفصل الثاني فخصصناه لد راسة أهم تطبيقات إنقاص العقد وذلك بإبراز دور الأطراف المتعاقدة في نقاص العقد في المبحث الأول وسلطة القاضي في إنقاص العقد في المبحث

الثاني.

الفصل الأول

الدراسة النظرية لإنقاص العقد

الفصل الأول: الدراسة النظرية لإنقاص العقد

تعود الجذور الأولى لنظرية إنقاص العقد إلى التقنيات الجرمانية من بينها التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين المدني البولوني بوجه خاص، في حين لم يعرف التقنين المدني المصري ولا الفرنسي النظرية إلا مؤخرا ونقلا عن القانون المدني الألماني، سلك المشرع الجزائري مسلك معظم التشريعات بأخذهم لهذه النظرية[1].

إلا أن الفقهاء المسلمين كذلك عرفوا فكرة إنقاص العقد وذلك من خلال تطبيقهم لها من خلال ما يعرف لديهم بفكرة تفريق الصفقة[2].

من أجل الإحاطة بما تقدم، سنوزع البحث في هذا الفصل على مبحثين: مفهوم إنقاص العقد في **(المبحث الأول)**، ونطاق إنقاص العقد في **(المبحث الثاني)**.

[1] حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المسؤولية المهنية، الجزائر، 2012-2013، ص178.

[2] علي نجيدة ، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2006،ص211.

المبحث الأول :مفهوم إنقاص العقد

الأصل أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، ولا يرتب عليه كقاعدة عامة أي أثر فالنتيجة لفكرة العيب أو البطلان هي عدم نفاذ التصرف وعدم ترتيبه لأية آثار قانونية، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يؤدي الى إهدار التصرفات القانونية بصفة عامة، والعقود بصفة خاصة، فكانت نظرية إنقاص العقد التي تتعارض مع هذه النتيجة، وعليه فإن العديد من التشريعات العربية وحتى الغربية تقر وتعتمد نظرية إنقاص العقد من أجل ضمان استقرار العقود واستمرارها قدر الإمكان[1].

والبحث في نظرية إنقاص العقد يحتاج إلى تحديد مفهومه وتحديد طبيعته القانونية في **(المطلب الأول)**، ولإعمال هذه النظرية وتطبيقها وجب تبيان شروط خاصة بها دون غيرها نوضح ذلك في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تعريف إنقاص العقد وتحديد طبيعته

بالرغم من أخذ معظم التشريعات بنظرية إنقاص العقد إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل التي ستتضح من خلال التعريفات التي نوردها في **(الفرع الأول)** من هذا المطلب، كما ستتضح بشكل جلي في **(الفرع الثاني)** عند التطرق إلى معيار إنقاص العقد، لذلك فإن تحديد المقصود بإنقاص العقد من المطالب المهمة من هذه الدراسة لنتمكن من تكوين فكرة صحيحة وواضحة عنه.

الفرع الأول: تعريف إنقاص العقد

سنتطرق إلى تعريف إنقاص العقد،(**أولا**)عند فقهاء القانون،(**ثانيا**) في الفقه الإسلامي،(**ثالثا)** في التشريع.

أولا: إنقاص العقد عند فقهاء القانون

ذهب جانب من فقه إلى القول بأن الإنقاص هو بطلان جزئي للعقد، فهناك من يراه مجرد تطبيق من تطبيقات البطلان الجزئي إذا لا يتحقق إنقاص العقد إلاّ إذا كانت مكوناته مغالى فيه،

[1] جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص80.

كمحل العقد أو ثمنه أو مدته فيتم تخفيضــها إلى الحد مقرر قانونا[1]، كما ذهب اتجاه آخر من فقه، إلى اعتبار الإنقاص هو نفســـه بطلان جزئي وليس تطبيقا من تطبيقاته، إذ يرد على العقد فيبطل جزءا من دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحا ومرتبا لكل آثاره.[2]

في الواقع أن هذا الرأي رغم تحقيقه قدرا من الإجماع، إلا أنه لا يخلو من النقد ذلك أنه يتعارض مع جوهر الإنقاص وغايته[3]، فلو فرضـــنا ان الإنقاص يعادل البطلان الجزئي فإن ذلك يعني أن العقد كان صـــحيحا قبل إنقاصـــه فيأتي هذا الأخير فيبطله جزئيا، وهذا يتعارض مع نظام إنقاص العقد، والذي يترتب كأثر للبطلان الجزئي حيث يكون هذا البطلان بالفرض متحققا فيأتي الإنقاص بعد ذلك لتقيد نطاقه والاحتفاظ بالشـــق الصـــحيح، فهو حل يفيد التخفيف من الجزاء المتمثل في البطلان الكلي للعقد الذي كان سيترتب تلقائيا لولا إنقاص[4].

يعرف الأستاذ (Mp Fumstom) إنتقاص العقد بأنه (استبعاد الإلتزام المعيب فيه أو استبعاد العناصر المعيبة لهذا الإلتزام و استبقاء الإلتزامات الصحيحة أو الأجزاء الأخرى الصحيحة من الإلتزام الذي يشكل أساس) إلاّ أن صاحب عبيد فتلاوي يرى أن هذا الكتاب قد أخلط بين تحول العقد و إنقاصه ، وذلك من خلال النص التالي : (ويستخدم الإنتقاص هنا بالنسبة للعقد الباطل في معنيين و لتحقيق غرضين : أولهما أنه يستخدم لإستبعاد الجزء المعيب من العقد ولكن ليس كليا كما في الحالة الأولى ، مثال ذلك الإتفاق الباطل في ميدان التجارة لعدم صحته يحول إلى تعهد صحيح).[5]

يرى البعض الآخر أن المقصود من الإنقاص هو تصحيح العقد، على أن التصحيح بعناه الضيق له فهو يكون بتغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب دون أن يتغير تكييف العقد إلى نوع آخر، إذ يحصل التغيير في مضمون التصرف وليس في طبيعته وتكييفه[6].

---

[1] عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، مذكرة لنيل شهادة الدكتورة، مكتبة زهراء الشرق، 1990، ص54.

[2] المرجع نفسه، ص 35.

[3] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، الكويت، سبتمبر،1987، ص120.

[4] Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Paris, 1968.p10

[5] صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997، ص101.

[6] إيمان طارق ألشكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية كلية القانون، المجلد10، العدد6، العراق، ص1.

كما هناك من يرى بأن إنقاص العقد ما هو إلا صورة خاصة يرتب فيها العقد بعض الآثار الأصلية ، ويقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأن الإنقاص العقد ما هو إلاّ صورة خاصة ، يرتب فيها العقد بعض الاثار الأصلية دون البعض الآخر بالرغم من بطلانه، لأننا بصدد عقد إما يكون باطلا أو قابلا للإبطال في جزء منه صحيحا في الجزء الآخر وهذه الحالة يستبعد الجزء الباطل أما الباقي فيظل صحيحا عندئذ يبطل الباطل ويبقى الآخر سليما وهو بذلك يرتب آثارا أصلية وليست عرضية [1]، كما هو مستقر عليه في الفقه الجزائري ذلك أن الآثار العرضية التي يرتبها العقد الباطل مصدرها القانون وليست إرادة المتعاقدين ، وهذا يتعارض مع طبيعة الإنقاص الذي يستند أساسا إلى إرادة المتعقدين[2].

ثانيا: إنقاص العقد في فقه الإسلامي

إن فكرة إنقاص العقد موجودة ومعلومة لدى الفقهاء المســـلمين وهو ما يعرف عندهم بتفريق الصفقة، وبذلك سبقوا فقهاء هذا العصر في هذا المجال[3]، ويكون الإنقاص في الفقه الإسلام في حالة ما إذا تضمنت الصفقة أو العقد شرطا فاسدا وتصح البقية، إذ ينتقص الشرط الفاسد وحده ويظل ما بقي من العقد والصفقة صحيحا[4]، إلا أن الأخذ بفكرة إنقاص العقد كانت محل اختلاف الفقهاء المسلمين شأنهم شأن فقهاء العصر الحديث بين مجيز لها ومانع لها.

1- إنقاص العقد في المذهب المالكي

إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة وخمر يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن وفي المذهب المالكي، لو باع رجل ملكه ملك غيره في صفقة واحدة فالبيع صح لزمه في ملكه، ووقف في ملك غيره على إجازته.

2- إنقاص العقد في المذهب الشافعي

بالنسبة للشافعية فهم يميزون بين ثلاثة آراء، الأول إذا جمع في الصفقة الواحدة أي غير مجزئة فالصفقة كلها باطلة، لكن إذا مشتري كان جاهلا بالحال فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضـــائه، أما الرأي الثاني فهو عدم جواز الإنقاص إطلاقا أنه جمع بين الحلال والحرام فغلب

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974، ص435.

[2] على فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2008، ص278.

[3] صاحب عبيد فتلاوي، المرجع نفسه، ص105.

[4] عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1994 ، ص256.

التحريم، الرأي ثالث يذهب إلى جواز الإنقاص إذا أمكن القســـمة وبيان العوض فإذا كان مجهول الثمن حينها يبطل العقد بأكمله[1].

3- إنقاص العقد في المذهب الحنبلي

فيجيز إنقاص العقد لكن يشترط أن يكون المشتري غير عالم بقيام سبب عدم الجواز فيما لا يصح بيعه فإذا كان المشتري عالما ببطلان الشق الفاسد فلا خيار بفسخ العقد، أي إذا أمكن تقسيم الثمن على أجزاء العقد فيبقى الصحيح بما يقابله من ثمن ويبطل الباطل بما يقابله[2].

إن الفقه الإسلامي تناول إنقاص على أساس موضوعي، بحيث لم يعر لإرادة المتعاقدين أية أهمية وهذا عكس ما أخذ به التشريع الغربي والذي تأثرت به بعض التشريعات[3].

ثالثا: إنقاص العقد في التشريع

تنص المادة 103 من (ق.م.ج) في فقرتها الأولى مايلي " يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض".

من خلال المادة يبدو واضحا أن العقد متى كان باطل أو قابل للإبطال وتقرر بطلانه، لا يرتب أي أثر قانوني، حيث يزول العقد كليا، ويصبح كأنه لم يكن[4]، إلاّ أن التطبيق الحرفي لهذا المبدأ من شأنه المساس بالإستقرار التعاقدي أو إستقرار المراكز القانونية[5]، لذا إستوجب من وجهة نظر العملية و الاقتصادية، التضييق في تطبيقه وحصره في جزء من أجزاء العقد إذا مس البطلان ذلك الجزء فقط دون أن يمتد إلى الجزء الآخر منه، أي يقتصر البطلان على ما يخالف القانون دون أن يتجاوز ذلك، وهذا هو جوهر الإنقاص حيث يتم إستبعاد الجزء المخالف للقانون فقط مع الإبقاء على ما كان منه صحيحا للقانون بإعتباره عقدا مستقلا[6].

---

[1] المرجع نفسه، ص 257-258.

[2] علي نجيدة، المرجع السابق، ص213.

[3] إسعد سعيدة، الآثار العرضية للعقد الباطل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، عقود ومسؤولية، البويرة، 2013-2014، ص 9.

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة2، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2008، ص77

[5] حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، جامعة الجزائر، 1986، ص340

[6] صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، 2008، ص 111

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحال في المادة 104 (ق.م.ج) والتي تقضي مايلي " **إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغيرالشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله**"[1].

من خلال إستقراء النص العام المنظم لإنقاص العقد، نجد أنه يشير بوضوح في حالة ما إذا إعترى البطلان شق من العقد وليس كله، فإن القاعدة العامة تقضي قصر البطلان على ذلك الشق فقط دون المساس بالشق الآخر، وإذا أثبت المتعاقدان أساسية الشق الباطل بالنسبة للعقد ككل وأن العقد لا يقوم دون الشق الباطل منه، فيفي هذه الحالة يتحقق الإستثناء وهو بطلان العقد كليا، وهذا يعني أن الأصل فيما يتعلق بأثر بطلان شق من العقد على العقد كله هو الإنقاص والاستثناء هو الحكم بالبطلان الكلي[2].

إلاّ أن المادة 139 من القانون المدني الألماني[3] إعتبرت بأن بطلان جزء من التصـــرف يؤدي إلى بطلان التصـــرف كله إلاّ إذا كان الطرفان يعلمان ببطلان هذا الجزء، قد يبرمان التصـــرف بدونه، أي أن الأصل طبقا للقانون المدني الألماني هو بطلان العقد والإستثناء إنقاصه[4].

على غرار المشرع الجزائري الذي ساير الإتجاه الحديث الذي يمثله القانون السويسري، إذ يفضل الإبقاء على العقد ولو بصورة متجزئة بدلا من بطلانه كليا تطبيقا لقاعدة "إعمال الكلام أولى من إهداره "وقاعدة "تصحيح العقد قدر الإمكان"[5].

يقرر نص المادة 104(ق.م.ج) مبدئيا الإنقاص وذلك بإحترام إرادة المتعاقدين مالم تتبين نية الطرفين قد إنصرفت إستبعاده، وبعبارة أخرى لا داعي لمن إتجهت إرادته إلى الإبقاء على العقد أن يثبت إمكانية قيام العقد دون الشق الباطل منه، إذا أن قرينة عدم جوهرية الشق في نية المتعاقدين

---

[1] النص باللغة الفرنسية :

" lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable ,cette partie est seule frappé de nullité ,a moins qu'il ne soit établi que le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie qui est nulle ou annullable ,auquel cas le contrat est nul pour le tout ."

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 319.

[3] نص الأصلي القانون المدني الألماني للمادة 139: " إذا كان أحد أجزاء التصرف القانوني، باطلا، بطل التصرف كله، إلا إذا ثبت أن التصرف كان سيبرم دون الجزء الباطل منه، ويقع إثبات ذلك على طالب الإبقاء على العقد المبتور منه الجزء المعيب"

[4] صاحب عبيد فتلاوي، المرجع السابق، ص 102.

[5] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة5 ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص18

هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس[1]، مفاد ذلك أنه يقع عبئ الإثبات على من يدعي البطلان أن يقيم الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن العقد، حيث يثبت أن العقد ما كان ليبرم دون الشق الباطل وأن الإرادة إتجهت إلى البطلان الكلي وليس إنقاصه ولقد قضت محكمة النقض المصرية على أن عدم قيام الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال من العقد، إقتصار البطلان على هذا الشق وحده [2].

وفي توضيح ذلك فإن القاضي عند إعمال الإنقاص يتعين عليه إحترام إرادة المتعاقدين إذا إنصرفت إلى الإبقاء على العقد في شقه الصحيح، وإمكانية قيام العقد دون الشق الباطل منه، حكم بإنقاص العقد، أما إذا تعذر على القاضي الكشف عن إرادة المتعاقدين نظرا لتناقض الحجج المقدمة من الطرفين فيعجز القاضي ترجيح أحدهما، فهنا يتولى نص المادة 104 (ق.م.ج) بحسم المسألة بتطبيق القاعدة العامة وهي الإنقاص[3]، من ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بصدد عقد القرض الإستهلاكي بأنه " من المقرر قانونا أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يقع باطلا كل نص يخالف ذلك طبقا للمادة 454 من (ق.م.ج)" ولما كان ثابت في قضية الحال، أن الاتفاق على تحديد فائدة أو أجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل .فإن التعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين، يبقى قائما بين الطرفين وينبغي تنفيذه لوحده[4]، كما قضت في قرار آخر لها تطبيقا لنص المادة 104 من (ق.م.ج) بصدد عقد الهبة ما يلي " يجوز بطلان شق من العقد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال"، حيث ورد فيه " وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه، نجد أن المرحوم (م.ع) وهب إبنتيه (م.و) و(م.ف) القطع الأرضية التي أصبح يملكها بموجب عقد الشهرة المؤرخ في 1991/02/26 في حين توصل المطعون عليه إلى إبطال عقد الشهرة المذكور أعلاه ، على اعتبار أن القطع الأرضية محل عقد الشهرة يملكها مع الواهب في الشيوع ، وبالتالي لا ينفذ عقد الهبة إلا في نصيبه ، ويبقى نافذا في حصة الواهب، حيث أن قضاة الموضوع عندما أبطلوا عقد الهبة ، قد أخطئوا في تطبيق أحكام المادة 104 من القانون المدني بل كان يتعين عليهم أن

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء 1، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1956 ، ص500.

[2] أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر،2004، ص233.

[3] Philippe Simler , op, cit, N°350, p 427.

[4] قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1994/04/20، ملف رقم 106745، المجلة القضائية،العدد2، سنة 1994 ص 22.

يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون عليه (م.ش) في الشيوع مع الواهب ويبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في القطع مما يعرض قضاءهم للنقض[1] .

تجدر الإشارة ونحن في معرض الحديث عن التقنينات الآخذة بنظرية إنقاص العقد، القانون الفرنسي لم يعتنق نظرية إنقاص العقد في نص عام كما فعل المشرع الجزائري، لكن هذا لا يعني على الإطلاق غياب دور النظرية، إذ توجد العديد من التطبيقات التشريعات والقضائية التي تؤكد وجود هذه الفكرة، الأمر الذي دفع بعض الفقه في فرنسا إلى توجيه إنتقادات شديدة للقضاء الفرنسي عند حكمه بإنقاص العقد بغير نص قانوني يستند إليه، فهذا يشكل إنتهاكا صارخا لمبدأ سلطان الإرادة، فالقاضي ليس له الحق أن يحل محل الأطراف لإبرام العقد إذّ يقتصر دوره فقط إما لحكم بالبطلان أو الحكم بالتنفيذ، لذا يكون لجوؤه لإنقاص مسلك غير صحيح[2]، وبذلك يصح القول أن المشرع الجزائري قد تفوق على المشرع الفرنسي في هذا المجال، حيث أعطى حصانة قانونية للقاضي بتمكينه صراحة في نص المادة 104(ق.م.ج) بأن يتدخل لإنقاص متى تحققت شروط الإعماله[3].

الفرع الثاني: تحديد طبيعة إنقاص العقد

نتناول في هذا الفرع الطبيعة القانونية لإنقاص العقد وسنعرض، **(أولا)** المعيار الذاتي كأساس إعتمده المشرع في النص العام المنظم لإنقاص العقد، **(ثانيا)** المعيار الموضوعي والذي إعتمدها المشرع في نصوص متناثرة من القانون المدني التي تمثل توجه الموضوعي لإنقاص العقد.

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2006/01/18، ملف رقم 324515، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول سنة 2006، ص217.

[2] Henri Capitant, de la cause des obligations, thèse, paris,1923 ,N°98, p 145.

[3] حبار محمد، المرجع السابق، ص 371.

- **أولا: المعيار الذاتي**

يقصد بالمعيار الذاتي لإنقاص العقد إحترام إرادة المتعاقدين و إنقاذ ما يمكن إنقاذه من هذه الإرادة ولا تتجه إلى مخالفتها الأساس الذي يستند فيه القاضي إلى مبدأ سلطان الإرادة[1] ، والذي يعني أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وهي التي تقوم بتحديد شروطه وآثاره ، فإذا شكل الشرط الباطل السبب الباعث للعقد فإن بطلان الشرط يحول دون إنتاج العقد أثرا فمادام قد بتر منه هذا الشرط فيتعين اعتباره باطلا برمته ، ويكون ذلك إذا ثبت أن الإرادة ما كانت لتتصرف إلى العقد بغير هذا الجزء الذي وقع باطل، لأن القول ببقاء العقد برغم ابطال هذا الجزء وحده يخالف في هذه الحالة إرادة المتعاقدين، لذلك يميل القضاء الفرنسي إلى الإجهاز على العقد إذا تبين أن إنقاص العقد يتعارض مع ما قصدت إليه إرادة المتعاقدين[2].

يعتمد المعيار الذاتي أساسا على إحترام إرادة المتعاقدين ليس فحسب فيما يخص مسألة تنفيذ العقد، فعلى القاضي عندما يحكم بالبطلان الجزئي عليه مراعاة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين [3]،لما لها من دور في تكوين أو إنهاء أو تعديل التصرفات القانونية فقد نصت المادة 106 (ق.م.ج) على ذلك " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون"[4] ، ولقد أخذ التشريع الجزائري بالمعيار الذاتي الذي يظهر من خلال نص المادة 104 والتي تقابلها المادة 143 من القانون المدني المصري " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد بأكمله "[5].

لذلك فالحكم الوارد في هذه المادة حكم غير آمر فهو نص تفسيري أو تكميلي يفسر ويكمل إرادة المتعاقدين، ففي حالة ما إذا نص الطرفان صراحة على عدم جواز إنقاص العقد تعين إتباع النص

[1] يعتد القاضي بموجبه بنفسية المتعاقد فيكون لسلوكه الشخصي اعتبار لمعرفة حسن أو سوء نيته، وهذا ليس إلا أحد مقومات المعيار الذاتي أو الشخصي، محمد بن عمارة، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة الفقه و القانون، العدد 6 ، افريل 2013، ص 26.

[2] صاحب عبيد فتلاوي، المرجع السابق، ص 105.

[3] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 622.

[4] قرار المحكمة العليا، الصادر سنة1992 ، ملف رقم 78387 ، المجلة القضائية ، العدد الأول، 1994 ، ص31 .

[5] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص640 .

التعاقدي وتجاهل النص القانوني، ولكن إذا سكت الطرفان عن تحديد الحكم في هذه الحالة يفترض ضمنا أن إرادتهما قد إتجهت لإعمال المادة[1].

ثانيا: المعيار الموضوعي

يرى التقنين المدني الأردني متأثرا بالفقه الإسلامي أن إنقاص العقد ليس مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين بل يكون الإنقاص وفقا للمعيار الموضوعي وهو بيان العوض لكل شطر أو شق ، أي بأن تكون حصة كل شق معينة وهذا ما نستشفه من المادة 169 من القانون المدني الأردني[2] و المأخوذ من الفقه الإسلامي، وعليه لا تتم عملية إنقاص العقد لدى الفقهاء المسلمين على النحو الذي تتم به لدى الفقه الغربي إذ يختلف معيار إنقاص العقد هذا الأخير الذي يعتمد المعيار الذاتي في إعمال نظرية إنقاص العقد ، و البحث في نية المتعاقدين للتعرف على ما إذا كان يريدان إتمام العقد بغير الشق الباطل[3]، كما أن الاتجاه الفقهي الحديث غير كذلك من طبيعة إنقاص العقد و الذي يذهب إلى عدم الإعتداد بقصد المتعاقدين ، في الحالات التي يتجاوز فيها الطرفان حدا معينا يحتم القانون الوقوف عنده ، ففي هذه الحالات يتعين إنقاص العقد بالنزول إلى الحد القانوني لأن بطلان العقد بأكمله يترتب عليه إهدار الهدف المقصود من القاعدة القانونية التي تقرر البطلان جزاءا للإخلال بها إذ يقوم هذا الإتجاه على التوفيق بين العقد الباطل جزئيا و اعتبارات النظام العام التي تستند اليها القاعدة القانونية [4].

إن جوهر المعيار الموضوعي لإنقاص العقد السعي لتحقيق المتطلبات الأساسية المرتبطة بإبرام التصرفات القانونية كالمنفعة الاقتصادية، والاجتماعية، واحترام العدالة التعاقدية[5]، إذا العبرة فيه

---

[1] عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص641 .

[2] (1-إذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي
-2وإذا كان العقد في شق منه موقوفا، توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجيز نفذ العقد كله وان لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ في بحصته).

[3] ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، سنة2002 ، ص 179.

[4] إن البطلان الجزئي يقتصر الأمر فيه على استبعاد الشرط الغير المشروع، أما إخضاع العقد لهذه المتطلبات فإنه أعم من ذلك لأنه يؤدي إلى إحلال الحكم الصحيح محل الشرط غير المشروع كما يؤدي إلى إدخال ما أغفله العقد من أحكام قانونية فالأمر يتعلق بالنظام العام الاقتصادي للدولة مما يتعين معه عدم الاعتداء بإرادة المتعاقدين .صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 103

[5] عرف الفقه الإسلامي إنقاص العقد على أساس موضوعي، بعيدا عن إرادة المتعاقدين إذ ينتقص العقد المقترن بالشرط إذا كان مخالفا لما يقتضه، أو كان لا يحقق منفعة لأحد المتعاقدان، لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد (دراسة مقارنة)، ماجستير، جامعة الجزائر، 1996/1995، ص 186 وما يليها.

تتجسد بحقيقة الأمر وليس بما يدور في خلد وجدان المتعاقدين وهو ما يصطلح عليه " إنقاص بقوة القانون "[1].

وقد تضمن التقنين المدني الجزائري العديد من النصوص التشريعية المتناثرة و التي تمثل التوجه الموضوعي لإنقاص العقد ، دون أن يكون لإرادة المتعاقدين إعتبارا ، نذكر على سبيل المثال المادة 722 (ق.م.ج) و الذي تنص إذا اتفق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد عن خمس سنوات إنتقصت هذه المدة إلى خمس سنوات ، فإعمال الإنقاص هنا هو موضوعي تقتضيه حماية النظام العام الاقتصادي ، فالشيوع لا يسمح بإستثمار الملكية[2] ، كما نرى المادة 137 من القانون المتعلق بالعمل والتي تنص على أنه يقع باطلا كل إتفاق من شأنه الإنقاص في حق من حقوق المقررة [3].

ليس فيما تقدم إلاّ أمثلة يتوضح فيها تطبيق الإنقاص بموجب نصوص صريحة، تستند إلى إعتبارات النظام العام بصورتيه (التوجيهي، والحمائي)، على أنه كثيرا ما يتوقف الأساس على أنه كثيرا ما يتوقف المعيار الموضوعي على هذه الاعتبارات دون وجود حكم صريح يقضي بذلك، وإنما يستشف ذلك ضمنيا بالرجوع إلى الغاية التي هدف المشرع إلى تحقيقها من خلال القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها[4].

نذكر منها على سبيل المثال ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج والتي تتعلق بإنقاص الإلتزام المرهق في حالة الظروف الطارئة، جعلت القواعد التي تحكمها من النظام العام، واي اتفاق على خلافها يعد باطلا، يتعن قصر البطلان على الشرط المخالف للنظام العام فقط، وانتقاصه من العقد مع الإبقاء على العقد صحيحا، حتى ولو كان هذا الشرط دافعا إلى التعاقد في نظر الدائن[5].

وجاءت بالحكم نفسه المادة 110 (ق.م.ج) والتي تقضي ببطلان الإتفاق على عدم جواز القاضي من تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، فإذا اتفق المتعاقدين في العقد على منع القاضي لإعفاء الطرف المذعَن من الشروط التعسفية لا سيما في مجال الاستهلاك، فإن البطلان يقتصر

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 283.

[2] حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، درا الفكر الجامعي ،2006، ص 213-214.

[3] القانون رقم 11/90 يتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أفريل 1990 ، عدد17، بالجريدة الرسمية، ص 562.

[4] Philippe Simler, op, cit, N°336, p 409.

[5] محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، النظرية العامة للإلتزام، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، 2007، ص290

على هذا الشرط فقط، حتى ولو تمسك الطرف المذعِن بالبطلان الكلي، لجوهرية الشروط التعسفية في نظره .فالإنقاص هنا يساهم في إرساء حماية فعالة للمستهلك[1].

ومن إستقراء كل ما تقدم يبدو لنا أن تطور القانون هو الذي أظهر المعيار الموضوعي الذي يجب أن يعتمد لإنقاص العقد بهدف إنقاذه من مصير البطلان، وهو مسلك إنتهجه المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية الخاصة بعد أن تبني المعيار الذاتي في النص العام والمنظم لإنقاص العقد، كما أن إعمال الإنقاص يستند إلى كلا المعيارين: المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي ولا يغنى أحدهما عن الأخر[2].

المطلب الثاني: شروط إنقاص العقد

لإعمال نظرية إنقاص العقد وتطبيقها وجب توفر شروط خاصة بها دون غيرها هذا ما نستخلصه من خلال نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري ومن عدة تقنينات أخرى.

بطلان شق من العقد(**الفرع الأول**)، قابلية العقد للتجزئة(**الفرع الثاني**)، عدم جوهرية الشق الباطل أو القابل للإبطال(**الفرع الثاني.**)

الفرع الأول: بطلان شق من العقد

يعتبر بطلان شق من العقد شرطا أساسيا لإعمال نظرية إنقاص العقد هذا ما قضت به المادة 104 من ق.م.ج **(إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فهذا الشق وحده الذي يبطل)**. فقد يشمل البطلان كل العقد كما قد يكون في جزء منه دون سائر أجزاء العقد، وللحفاظ على الجزء الصحيح منه يتم إعمال إنقاص العقد[3].

لا يعتد بالإنقاص إلا إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو جزء من أجزاءه، ويحدث هذا الوضع إذا تضمن العقد شرطا أو شقا مخالفا للقانون أو بعض الشروط المخالفة للقانون، كالشرط الذي

[1] محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومة، الجزائر 2007، ص 51وما يليها.

[2] إسعد سعيدة، المرجع السابق، ص 11.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 281.

يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان وفقا لما قضت به المادة 556 من ق.م.ج (يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه)[1].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للتشريع المصري بشأن المادة 143 من (ق.م.م)أنه يكون تطبيق إنقاص العقد إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا في شق منه فقط، كالهبة التي اقترنت بشرط غير مشروع، وبيعا ورد على عدة أشياء ووقع العاقد في غلط جوهري بشأن شيء منها، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو نسبي إلا الشق الذي قام بسببه البطلان، لذلك لا يمس البطلان إلا الشرط الغير المشروع ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه فإذا اقتصر البطلان على شق من العقد طبقت نظرية إنقاص العقد فلو كانت الهبة باطلة كلها لما تمكنا من تطبيقها[2].

الفرع الثاني: قابلية العقد للتجزئة

وتعني قابلية العقد للتجزئة إمكانية الفصل بين الشق الباطل والشق الصحيح، ذلك أن الهدف من الإنقاص تطهير العقد من شائبة البطلان إذا أمكن ذلك أما إذا تبين أن العقد وحدة لا تتجزأ بالنسبة للطرفين عندئذ يبطل العقد كله، ويكون محلا للتحول وليس لإنقاص، وعلى إثر ذلك لا يمكن تطبيق إنقاص العقد إلا إذا كان العقد قابلا للتجزئة أو قابلا للانقسام إلى أجزاء مستقلة موضوعيا[3].

قد ترجع عدم قابلية العقد للانقسام من الناحية الموضوعية لطبيعة محل الالتزام كما قد ترجع إلى الطبيعة القانونية للتصرف بحيث لا يجوز تنفيذه في جزء منه، وذلك بحسب الغرض منه[4].

لقد بينت المادة 336 من ق.م.ج متى يكون الالتزام لا يقبل الانقسام، ويكون الالتزام غير قابلا للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته بحيث لو بطل جزء منه يبطل بأكمله لأن المحل لا يمكن تقسيمه ولا يمكن فصل جزء منه عن الجزء الأخر، فهو جزء لا يتجزأ منه بالإضافة إلى ذلك لا يكون العقد قابلا للانقسام إذا تبين من نية المتعاقدين أن تنفيذ الالتزام لا يقبل الانقسام أو أنهما استهدفا ذلك، فلو كان كذلك لبطل العقد بأكمله[5].

---

[1] أنور طلبة، المرجع السابق، ص 231.

[2] جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص82 .

[3] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص631 .

[4] همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزامات، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004 ، ص206 .

[5] حنان زغاري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائر، سنة2008، ص 46 .

يرى على فيلالي أن العقد يكون قابلا للتجزئة إذا كان سقوط الشق الباطل منه لا ينال من تكييف العقد فلا يغير من طبيعته القانونية، كإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له من التعويض والذي قضت به المادة 622 من (ق.م.ج) فهذا الشرط يغير من الطبيعة القانونية لهذا العقد، كذلك ما قضت به المادة 426 من (ق.م.ج) وهو الشرط الذي يتفق فيه على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في الخسار، فمثل هذا الشرط ينال من طبيعة عقد الشركة الذي يقضي بتقسيم الأرباح والخسارة، ففي مثل هذه الأمثلة لا يتم إعمال إنقاص العقد بل يجب أن يبقى العقد الأصلي كما هو[1].

ولقد أشار المشرع الجزائري في المادة 466 من (ق.م.ج)، والمتعلقة ببطلان الصلح فإذا شاب جزء من عقد الصلح سبب من أسباب البطلان المطلق لعدم مشروعية المحل أو أي سبب من أسباب البطلان النسبي كعيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فعندئذ وفقا للفقرة الأولى من المادة السابقة التي تقضي أن الصلح لا يتجزأ فإن بطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله، فيكون العقد باطلا بجميع أجزائه ونكون أمام تطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد والحكم بالبطلان الكلي للصلح وعندئذ لا يمكن تقسيم الصلح ولا يمكن إعمال نظرية إنقاص العقد، ولكن ورد استثناء على هذا الحكم بحيث لا يسري إلا إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض أي تعدد الصفقة فهنا يمكن إعمال هذه النظرية فالأجزاء العقد مستقلة ويمكن تجزئتها[2].

الفرع الثالث: عدم جوهرية الشق الباطل أو القابل للإبطال

يقصد بعدم جوهرية الشق الباطل أو القابل للإبطال بأن لا يكون هذا الشق هو الدافع إلى التعاقد[3]، بمعنى آخر يبقى العقد قائما في شقه الصحيح ولكن بشرط عدم تعارض بقاء العقد صحيحا مع

---

[1] على فيلالي، المرجع السابق، ص283 .

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 190.

[3] ترجع فكرة الشرط الدافع إلى التعاقد إلى القضاء الفرنسي، بمناسبة التخفيف من شدة الحلول التي قررتها المادة900 و 1172من التقنين المدني الفرنسي، حيث قضت المادة 900 أنه إذا اقترنت الهبة أو الوصية بشرط مستحيل أو مخالف للنظام للآداب أو غير مشروع، فإن الشرط يعد كأن لم يكن، فيبطل الشرط ويصح العقد .بينما قضت المادة 1172 على أن كل شرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يقترن بعقود المعاوضة باطل وفي نفس الوقت مبطلا للاتفاق الذي يعتمد عليه، إلا أن القضاء الفرنسي اتجه إلى توحيد الحكم في التبرعات والمعاوضات رغم اختلاف الحلول المعتمدة تشريعا بمقتضى المادتين 900 و1772 فاخذ بمبدأ واحد يقضي بانه إذا كان الشرط هو السبب الباعث والدافع سواء كان في عقود التبرع وعقود المعاوضات، يبطل العقد برمته، عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 105

المتعاقدين، فتطبيق إنقاص العقد في مجال البطلان يكون مقيدا بقيد ألا يكون الجزء الباطل أو القابل للإبطال هو الدافع إلى التعاقد[1].

هذا ما تبنته صراحة العديد من التشريعات منها التشريع الجزائري بقوله في نهاية نص المادة 104من (ق.م.ج)"...إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله". فإذا تبين أن إرادة العاقدين ما كانت لتتجه إلى إبرام العقد بدون وجود الشق الباطل أو القابل للإبطال من هذا العقد، يبطل العقد في جميع أجزائه، ولا يجوز إنقاصه، لأن الإبقاء على العقد بعد إبطال هذا الشق يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب إحترامها[2].

كذلك التقنين الألماني الذي يأخذ بهذا الشرط صراحة ويتضح من خلال نص المادة139 منه أنه يأخذ بهذا الشرط فهي لا تبيح إنقاص العقد إلا إذا كان التصرف يتم بغير الجزء الذي يوجد باطلا، يقابله كذلك نص المادة 143 من(ق.م.م)فكل هذه النصوص تكشف عن فكرة الباعث الدافع أي إرادة المتعاقدين[3].

إلاّ أنه لابد أن نميز بين نوعين من العقود، العقود الملزمة للجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين، ففيما يخص النوع الأول، أي العقود الملزمة لجانب واحد، فلا تثار هذه المسألة لأن العقد يرتب فيها إلتزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر، ومن ثم تكون العبرة بإرادة الملتزم فقط ، أما النوع الثاني المتمثل في العقود الملزمة للجانبين والذي يرتب إلتزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، فإن نص المادة 104 لا يوحي بإجابة لهذا بعبارة " بأن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال " ، لكن بالرجوع إلى بعض التطبيقات التشريعية لفكرة الشق الدافع بعيدا عن مجال الإنقاص كثيرا ما يعتد المشرع بالإرادة الفردية أي بإرادة أحد المتعاقدين فقط [4].

من ذلك نص المادة 370 من (ق.م.ج) " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن ". أيضا ما قضت به المادة 1/376 " في حالة نزع اليد الجزئي

[1] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد (دراسة مقارنة القانون الجزائري و فقه الإسلامي)، مذكرة لنيل شهادة الدكتورة ، تخصص شريعة وقانون، باتنة، 2011-2012 ، ص87.

[2] محمد حسنين منصور، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر،2000 ، ص262

[3] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 202

[4] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 115 ومايليها

عن المبيع، أو حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه "، وهذا الحل تفرضه طبيعة الأمور ولا مانع من تطبيقه في مجال الإنقاص، خاصة وأن ما يحدث عملا هو أن الشق الباطل يحقق فائدة لأحد المتعاقدين دون الآخر، فيكون دافعا للمتعاقد الذي اشترطه، بينما يكون عبئا على المتعاقد الملتزم بتحقيقه[1].

وهنا تجدر الإشارة على أن التشريعات قد إختلفت في مسألة عبئ إثبات جوهرية الشق الباطل من عدمه، فذهبت القانون الألماني إلى إلقاء عبئ الإثبات من يتمسك بإنقاص العقد إثبات عدم جوهرية الشق الباطل، وهذا يعني أنه يلقي الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما تبقى من أجزاء العقد صحيحا[2].

بينما إفترضت بعض القوانين منها القانون المدني المصري، على أنه يقع عبئ الإثبات على من يدعي البطلان الكلي وذلك بإثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال شق جوهري ولولاه لما إنعقد العقد، ولقد ساير المشرع الجزائري في هذا الإتجاه حيث يلقي عبئ الإثبات على من يدعي البطلان الكلي[3].

وبما أن مسألة معرفة مدى أهمية الشق الباطل في نظر المتعاقدان من المسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، دون أن يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا متى أقام حكمه على أسباب صائغة وذلك في الحالات التي لا يعبر المتعاقدان لما يدور بأذهانهم وتبيان أهمية الشق الجوهري، فله في سبيل الكشف عن ذلك أن يستهدي بالظروف السابقة أو المعاصرة أو اللاحقة للتعاقد، طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين[4].

لكن في حالات التي قد يعبر المتعاقدان عن أهمية الشق الباطل فيتفقا صراحة على عدم جواز إنقاص العقد سواء تم ذلك باللفظ أو بعبارة واضحة تفيد عدم جواز الإنقاص، ففي هذه الحالة يتعين

[1] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 319-320.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 79- 80.

[3] فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطة، طبعة 2004 ، ص425 .

[4] أحمد شوقي عبد الرحمان، العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص157

على القاضي إتباع النص التعاقدي، ولا يجوز عليه الإنحراف عنه[1]، على أنه استثناءا لا يحترم القاضي اتفاق المتعاقدين على عدم جواز إنقاص العقد، إذا كان ينطوي على غش نحو القانون، ويشكل وجها من وجوه التعسف في استعمال الحق، مع الأخذ بعين الاعتبار ما قد يكون محددا بنص القانون في هذا الشأن[2].

وفي الختام نسير أن القاضي لا يملك سلطة تقديرية واسعة إزاء الفصل في مراعاة شروط الإنقاص، وهذا يعني أنه إذا توافرت شروط إعمال الإنقاص فإن واجب القاضي هو إجتزاء العقد وإبقائه نافذا بعد إنقاصه، فالأمر ليس مجرد رخصة وإنما واجب عليه، أي أنه يقوم بواجبه القانوني، باعتباره من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا[3].

المبحث الثاني: نطاق إنقاص العقد

إن النتيجة الطبيعية للبطلان هي هدم نفاذ التصرفات القانونية وإنهيارها، إلا أن هذا الأمر يهدد ويزعزع إستقرار جميع العقود و التصرفات، وعليه سعت جل التشريعات للبحث على ما يضمن هذا الإستمرار و الاستقرار، فأخذو بنظرية إنقاص العقد التي تقتضي بطلان جزء أو شق من العقد وإستمرار هذا العقد بالشق الذي بقي صحيحا، ونظرا لما تحظى به هذه النظرية كان علينا في هذا المبحث تحديد نطاق الإنقاص وفي ذلك تقضي المادة 104 في عبارتها الأولى " إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ... " ، وعلى ذلك يتحدد نطاق الإنقاص بالعقد الباطل في شق منه (**المطلب1**)، و العقد القابل للإبطال في شق منه (**المطلب2**).

المطلب الأول: إنقاص العقد الباطل في شق منه

يتـحقق البطلان المطلق عند تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط هذه الأركان، وعند وجود نص في القانون يقضي به، يتمسك به كل ذي مصلحة وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام والمصلحة العامة، لا تلحقه الإجازة ولا يسقط بالتقادم[4].

[1] عبد الحكم فؤده، المرجع السابق، 640.

[2] صاحب عبيد فتلاوي، المرجع السابق، ص 104.

[3] فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص441 .

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 270.

سنتطرق في هذا المطلب، بطلان الشروط الثانوية في العقد **(الفرع الأول)**، بطلان الشروط الجوهرية في العقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: بطلان الشروط الثانوية في العقد

يقصد بالشرط الثانوي في العقد ليس سوى أمرٍ مضاف الى حق مكتمل العناصر، أي انه لا يساهم إبتداءً في تكوين الحق، ولا يمثل عنصراً من عناصره الأصلية، بل يضاف الى الحق بعد إستكمال الحق لعناصره، فيكون وصفاً فيه[1]، وعلى هذا الأساس سنتعرض الى الشرط بمعناه الفني أولا، ثم الى الشرط المقترن بالعقد.

أولا – الشرط بالمفهوم الفني: يقصد بالشرط بمعناه الواسع والذي يتحقق مع كل صياغة شرطية يطلق على عدة معان : فقد يكون مقصودا به العنصر الجوهري الذي يتطلبه القانون في التصرف لإنعقاده صحيحا أو لترتيب آثاره القانونية، فيكون الشرط هنا شرط إنعقاد [2]وهو الذي سنتعرض له في الفرع الثاني من دراستنا الحالية .

وقد يكون المقصود بالشرط الأمر عرضي المستقبل ممكن الوقوع يعلق عليه وجود الإلتزام أو زواله، وهو شرط يقف عند حد كونه وصفا للالتزام وهذا هو الشرط بمعناه الدقيق الذي يفيد التعليق، ويتبين من نص203 (ق.م.ج) [3]أن شرط التعليق قد يكون شرطا واقفا وقد يكون شرطا فاسخا، والشرط حتى يرتب أثره سواء كان شرطا واقفا أو فاسخا، فلابد أن يكون ممكنا ومشروعا أي غير مخالفا للنظام العام والآداب العامة، والا كان شرط التعليق باطلا ويختلف أثر بطلانه بحسب ما إذا كان شرطا واقفا أم فاسخا[4]

إذ تنص المادة 204 (ق.م.ج) " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه

---

[1] علي حسن الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دار كنوز، اشبيليا، طبعة 2009، ص 10.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية (دراسة تحليلية وتطبيقية لنظرية الإنقاص)، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 119.

[3] تنص المادة203 (ق.م.ج) ما يلي "يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه ."غير أن ما يؤخذ على هذا النص، هو أنه قد أغفل أهم صفة يتميز بها شرط التعليق، وهي كونه أمر عارض، حيث تعد هذه الصفة المعيار الفاصل في حسم العديد من المشكلات التي تثور بمناسبة الخلط القائم بين شرط التعليق وباقي الأنواع الأخرى من الشروط لا سيما شرط التقييد، محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة،1980 ، ص 150.

[4] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 139.

الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الإلتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب العامة أو النظام العام " وتضيف المادة 205 بأنه " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم ".

يبدو واضحا من خلال نص المادتين 204 و205، أن المشرع الجزائري قد جعل الحكم في تحديد مصير العقد، يتوقف على نوع الشرط فيما إذا كان واقفا أم فاسخ ولم يميز في ذلك بين تبرع والمعاوضة[1].

فالشرط الواقف المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب يبطل ويبطل معه التصرف، سواء كان تبرعا أو معاوضة وبذلك لا يتحقق الإنقاص ذلك أن الشرط الواقف وقد علق عليه وجود الإلتزام يختلط بالباعث الدافع، كذلك إذا كان الشرط الواقف إراديا محضاً منوطا بإرادة المدين فإن التصرف لن يقوم، نظراً لتوقف التصرف على محض الإرادة والمشيئة، ومن ثم فلا يثار الإنقاص في هذه الحالة أيضا[2].

والقاعدة هي بطلان التصرف إذا كان الباعث عليه غير مشروع ومادام التصرف باطلا فلا ينشأ الإلتزام[3]، وبعبارة أخرى، يبطل العقد لجوهرية الشرط الواقف الباطل في نظر المتعاقد، على أن هذه الجوهرية مفترضة لا تقبل إثبات العكس وفقا لنص المادة(204) ، ومن ثم لا مجال لإنقاص العقد، إذ يبطل العقد في جميع الحالات دون البحث عن قصد المتعاقدين ذلك أن المشرع أفترض أن الشرط الواقف هو دائما شرطاً دافعا للتعاقد ولا شك أن هذا الحكم محل نظر، لأنه يصح فقط في الحالة يكون فيها الشرط الواقف دافعا إلى التعاقد، أما إذا تبين أن الشرط الواقف غير دافع إلى التعاقد، فإنه لا مبرر لتقرير بطلانه، لذلك يكون من الأفضل تطبيق المادة (104) في هذا المجال، والاستناد إلى المعيار الحقيقي المتمثل في إرادة المتعاقدين بدلا من التمسك بمعيار إفتراضي يطبق في جميع الحالات دون الاعتداد بالواقع [4].

---

[1] المشرع الفرنسي لم يفرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ بل سوى بينهما في الحكم وإنما جعل الاختلاف في الحكم فيما إذا كان التصرف تبرعا أو معاوضة، عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 217.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 140.

[3] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 215.

[4] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 58- 59.

إذا كان الشرط الفاسخ باطلا لإستحالته، ماديا أو قانونيا، فلن يؤثر هذا البطلان على التصرف المعلق عليه، فالشرط الفاسخ هو الذي يبطل ويسقط وبالأدق يعد غير موجود لإستحالته وهذا ما أشارة إليه المادة 204 (ق.م.ج)[1]، أما التصرف نفسه فيبقى ويستمر صحيحاً نافذا، أما إذا كان شرط التعليق الفاسخ باطلا لعدم مشروعيته أي لمخالفته للنظام العام و الآداب، فقد ميزت المادة 204 في فقرتها الثانية بين فرضين: الفرض الأول يكون فيه الشرط الفاسخ غير مشروع دافعا للتعاقد وعندئذ لا يقتصر البطلان على الشرط بل يمتد إلى العقد كله ، أما الفرض الثاني يكون فيه الشرط الفاسخ غير المشروع غير دافع إلى التعاقد ، ومن ثم يبطل الشرط وحدة و يبقى العقد صحيحا نافذاً[2].

يظهر مما سبق، أن المشرع استبعد الشرط الواقف من مجال إنقاص العقد، حيث جعل بطلان العقد هو الحل الدائم في كل الحالات التي يكون فيها الشرط الواقف مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب، أو كان متوقفا على محض إرادة المدين، بينما جعل من الشرط الفاسخ مجالا خصبا لإنقاص العقد، على أنه يفرض بقوة القانون ودون الاعتداد بإرادة المتعاقدين في الحالة التي يكون فيها الشرط الفاسخ مستحيلا، أما إذا كان الشرط الفاسخ غير مشروعا، تحقق معه الإنقاص المنصوص عليه في المادة 104 من (ق.م.ج) والذي يستند أساسا إلى إرادة المتعاقدين لتقريره، وهذا التبيان في الأحكام غير مبرر ، لأن كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ يسعى إلى نفس الغاية وهي تعليق تحققه إما لوجود العقد أو لزواله[3]، وهذا المبدأ إستقر عليه القضاء الفرنسي لم يفرق بين الشرط الفاسخ و الشرط الواقف بل سوى بينهما في الحكم بحيث متى كان الشرط مستحيل أو مخالفا للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد بطل الشرط والعقد معاً، أما إذا الشرط ليس دافع للتعاقد يبطل الشرط وحده[4].

[1] لم تستثني الفقرة الثانية من المادة (204) إلا الشرط المخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هو السبب الدافع إلى التعاقد، أما الشرط المستحيل، يعد العقد باتا غير معلق حتى ولو كان الشرط المستحيل هو الدافع إلى التعاقد، عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف الحوالة الانقضاء، الجزء 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1958، ص 31 ، هامش رقم (3).

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي والتصرفات القانونية ، المرجع السابق ، ص 142.

[3] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص59

[4] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص216 .

ثانيا – الشرط المقترن بالعقد[1]: ويقصد به " ذلك الشرط الذي يدرجه المتعاقدان في عقدهما بغية تحقيق أغراض ومصالح اجتماعية واقتصادية ومالية وغيرها خارجة عن مقتضى العقد ذاته، فيزيدا بواسطته الإلتزامات الواردة في العقد "والشرط بهذا المعنى قد يطلق عليه بلفظ العبء، أو التكليف، أو البند، فكلها ألفاظ تعبر عن نفس المعنى[2].

إن القاعدة العامة في الشروط هي الجواز، حيث يكون للمتعاقدين الحرية التامة في إدراج الشروط التي يريانها مناسبة في العقد لتحقيق مصالحهم، ما لم يكن ذلك مخالفا للنظام العام والآداب، وبعبارة أخرى، لأجل أن يكون الشرط صحيحا لابد أن يكون مشروع[3]، والضابط الرئيسي في التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، هو ضابط النظام العام والآداب، فقد يتدخل المشرع بموجب نصوص القانونية تقضي صراحة بأنها تتعلق بالنظام العام وذلك بعبارة" لا يمكن الاتفاق على مخالفتها"[4]، أو يمنع الاتفاق على مخالفتها إلا ما كان منها لصالح الطرف الضعيف[5].

لكن المشرع أحيانا قد يغفل عن تكييف القاعدة القانونية فيذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية الإشتراط على مخالفته أم لا، فهنا يتولى القاضي تكييف النص ويعتمد في ذلك على الغرض من الحكم، فإذا تعلق بالمصلحة العامة، يكيفه من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته و إلا كان باطلا لانتفاء مشروعيته، ونشير هنا إلى أنه يوجد إلى جانب عدم المشروعية، أسباب أخرى يبطل معها الشرط ، فإذا كان الشرط غير ممكنا وقت إقترانه بالعقد، أو كان لا يقتضيه العقد، أو منفايا لمقتضاه، وليس بملائم للعقد ولا مما يؤكده، ولم يجري به التعامل بين الناس إعتُبر الشرط باطلا، ولتطبيق الإنقاص في مجال الشرط الباطل المقترن بالعقد، في الواقع لم ينص المشرع الجزائري على أي حكم في شأن ذلك[6].

---

[1] لا بوجد تنظيم تشريعي محدد للشرط في القانون المدني الجزائري، مثله مثل القانون المدني المصري على عكس بعض التشريعات العربية، حيث تطرقت له بموجب نصوص صريحة، كالقانون المدني العراقي المادة1/131، القانون المدني الكويتي 2/132، القانون المدني الأردني 164.

[2] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص87 .

[3] إذا كان الشرط المقترن بالعقد أمرا زائدا على أصل التصرف وبإدارجه في العقد يصبح جزءًا من مضمون العقد، فإنه يجب أن يتسم بالمشروعية، لأن المشروعية تلتقي دائما مع الغايات أي مع الشروط التي تعد بندا من بنود العقد أو أجزائه، لا أمرا خارجا عنها، وهذا المعنى لا ينطبق إلا على الشرط المقترن بالعقد .محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 211.

[4] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 166 .

[5] على سبيل المثال :المادة 625 من(ق.م.ج) " يكون باطلا كل إتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد "

[6] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص283 .

إلا أن أغلب الفقه يميل إلى أن المبدأ في أثر بطلان الشرط على العقد المقترن به، هو قصر البطلان على الشرط وحده دون العقد إذ يعد وكأنه لم يكن، أما العقد المقترن به يبقى قائما مرتبا لجميع آثاره ، ما لم يكن للشرط أهمية في نظر المتعاقدين أي لم يكن دافعا إلى التعاقد، ففي هذه الحالة يبطل الشرط والعقد معاً، والعلّة في تقرير البطلان الكلي للعقد هنا، ترجع إلى تخلف رضا المشترط، إذ لولا هذا الشرط لما أقدم على التعاقد[1]، وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن الشرط المقترن قد يصلح لأن يكون مجالا لإنقاص العقد إذا توافرت شروط إعماله، بل أكثر من ذلك، فقد يتم إنقاص العقد المقترن بشرط باطل دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين، إذا تعلق الأمر باعتبارات النظام العام و ما تقتضيه من حماية لبعض الفئات كمن يشترط في العقد، التنازل عن حق تعديل الشروط التعسفية من قبل القاضي، فالبطلان الكلي للعقد في هذه الحالة يخدم مصالح الطرف القوي وهو المذعِن، فتنتفي بالمقابل الغاية من وجود قواعد النظام العام، لذا فإن حماية الطرف الضعيف وهو المذعَن، تقتضي إنقاص الشرط الباطل، مع الإبقاء على العقد قائما حتى ولو كان الشرط الباطل المقترن بالعقد دافعا إلى التعاقد[2].

الفرع الثاني: بطلان الشروط الجوهرية في العقد

يقصد بالشروط الجوهرية تلك الشروط اللازمة لإبرام العقد، وهي ما اتفق الفقهاء على تسميتها بأركان العقد، وتشمل التراضي والمحل والسبب، ومن ثم يكون من الطبيعي بطلان أيٌ من هذه الشروط بطلان العقد بطلانا مطلقا، إلا أن هذا الأثر مرهون بأن يكون البطلان قد مس الشرط الجوهري بأكمله، أما إذا مس البطلان جزءًا منه فقط، فإن غالبية الفقه يجيز تطبيق نظام إنقاص العقد في هذه الحالة إذا توافرت شروط إعماله[3]، إذ يقتضي دائما أن يكون البطلان الكلي هو الحل الأخير وذلك حرصا على استقرار المعاملات والتشديد على ضرورة حماية العقد بسبب منفعته الاقتصادية و الاجتماعية .وتفاديا للابتعاد عما يفيد صلب الدراسة لإنقاص الشروط الجوهرية في العقد[4]، يتم الاكتفاء فقط باستعراض الأسباب التي تبطل هذه الشروط بطلانا مطلقا، وحالات إنقاصها فيما يلي :

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 39-40.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 134 وما يليها.

[3] المرجع نفسه، ص 107.

[4] عادل حسن علي السيد المرجع السابق، ص 143 وما يليها.

أولا – التراضي: يعد التراضي الركن الركين لوجود العقد وقيامه، ويراد به إتفاق وتطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني، والإرادة كعنصر جوهري في التراضي، لابد أن تكون موجودة لدى المتعاقد، بحيث تتجه إلى إحداث أثر قانوني من خلال التعبير عنها سواء صراحة أو ضمنيا[1]، فإذا كانت الإرادة غير موجودة ومنعدمة، كأن يكون المتعاقد عديم التمييز أو معتوها أو مجنونا[2]، ترتب البطلان الكلي للعقد، إلا أنه توجد حالات خاصة يستبعد فيها هذا الحكم، ويطبق معها نظام الإنقاص[3].

تثور هذه الحالات في الأوضاع التي يتعدد فيها أطراف العقد، كعقد الشركة مثلا، إذا انعدمت فيه إرادة أحد الشركاء، حيث يبطل عقد الشركة بالنسبة له فقط، ويبقى قائما بالنسبة لباقي الشركاء إذا تبين أن وجود المتعاقد الذي بطل العقد إزاءه غير جوهري وكان من الممكن التعاقد بدونه، وتحقق هذا بصورة أكثر في مجال شركات الأموال، حيث لا يكون للإعتبار الشخصي أهمية، فينتقص العقد اتجاه بعض أطرافه دون البعض الآخر[4]، أما إذا كانت الشركة تقوم على اعتبار شخصي بحيث يكون مناطها الثقة المتبادلة بين الشركاء وثقة الغير في التعامل معهم ، فإن تصدع هذا الاعتبار بسبب أي خلل قانوني يعتري شريكا أو أكثر يؤدي إلى بطلان الشركة ككل لتخلف شرط من شروط تطبيق الإنقاص وهو شرط "عدم جوهرية الشق الباطل"، حيث يفترض أن وجود الشريك في هذا النوع من الشركات له أهمية في قيامها، لكن هذا الفرض يقبل إثبات العكس، فإذا أثبت أحد الشركاء أنه كان من الممكن تأسيس الشركة دونه وأن وجوده غير جوهري في العقد، حكم القاضي بإنقاص عقد الشركة و إبقائه صحيح ورتب جميع آثاره في مواجهة باقي الشركاء وفي مواجهة الغير[5].

ثانيا – المحل: يقصد بالمحل ما يتعهد به المتعاقد، من إلتزام بمنح، أو عمل شيء، أو امتناع عن عمل شيء ما، ولأجل أن يكون المحل صحيحا، يشترط به القانون أن يكون موجودًا وقت إبرام العقد أو ممكن الوجود مستقبلا، وأن يكون ممكنا وليس مستحيلا، ومعينا أو قابلا للتعيين، كما يشترط

[1] انظر المادة 60 من (ق.م.ج).

[2] انظر المادة 1/42 من (ق.م.ج)

[3] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 108-109.

[4] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 110.

[5] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص 119.

أن يكون مما يجوز التعامل فيه وغير مخالف للنظام العام والآداب، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا[1].

ولما كانت القاعدة العامة في تخلف شرط المحل تقضي بالبطلان الكلي للعقد، إلا أنه من المتصور جدًا استبعاد هذا الحكم والإبقاء على العقد قائما ومرتبا لجميع آثاره، إذا قام سبب البطلان في شق من المحل وليس كله، ففي هذا الفرض يُستبعد البطلان الكلي للعقد، ويقع إنقاص العقد إذا توافرت شروط إعماله إستنادا للنص المادة 104 (ق.م.ج)، والأمثلة عديدة، فقد يقع الإنقاص إذا تمثل محل العقد في عدة أشياء، وكان بعضها لا يجوز التعامل فيه، كالأسلحة والمخدرات، أو كان بعضها قد هلك قبل إبرام العقد، أو كان غير معين بذاته ولا بنوعه ومقداره، ويتعذر تعيينه مستقبلا بعد التعاقد[2].

كما يقع الإنقاص إذا تمثل محل العقد في القيام بأعمال معينة وكان جزء منها مخالفا للنظام العام وغير مشروع، وهو ما يحدث عملا في عقد الشركة المتعددة النشاطات، فإذا كان أحد نشاطاتها مستحيلا أو غير مشروعا، صح عقد الشركة في حدود نشاطاتها الممكنة أو المشروعة، مع بطلانها في باقي النشاطات الأخرى في مواجهة الشركاء والغير، مالم يتبين أن نشاطها المستحيل أو غير المشروع يشكِل النشاط الرئيسي الذي دفع أحد الشركاء أو جميعهم إلى تأسيس الشركة وأنه ما كان ليتم انعقادها بدونه، وإلا تعين القضاء ببطلان الكلي لعقد الشركة[3].

الأمر ذاته يقال في حالة العقد الوارد على عدة أشياء، مثل البيع الوارد على عدة أشياء وكان بعضها مملوكا للبائع والبعض الآخر مملوكا للغير، فلو قام شخص ببيع قطع أرضية وكان جزء منها ملكا خالصا له، والجزء الآخر أموال موقوفة أو أملاك تابعة للدولة[4]، يبقى البيع قائما صحيحا في حدود ما هو قابل للتعامل، ويبطل في جزئه الآخر غير المشروع، كما يتحقق ذلك الفرض بصفة خاصة في حالة الملكية على الشيوع فإذا باع المالك أكثر مما يملك كان البيع غير نافذ أو قابلا للإبطال فيما جاوز ملكيته فقط فينتقص ذلك القدر من البيع ليبقى العقد صحيحا في حدود ما يملك البائع [5].

---

[1] أنظر المواد 92- 93 – 94 من (ق.م.ج).

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 112.

[3] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 366-367.

[4] قرار المحكمة العليا، صادر عن الغرفة العقارية، بتأريخ 10/ 03/ 2011، ملف رقم 636028، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني،2011، ص156.

[5] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 112.

علاوة على كل ذلك، فقد توجد حالات أخرى يقع معها إنقاص العقد لبطلان شق من المحل دون حاجة إلى الكشف عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، فبمجرد وجود شق باطل من المحل يحكم بإنقاصه، حتى ولو تبين أن الشق الباطل كان جوهريا ودافعا إلى التعاقد، وذلك حين يتولى المشرع وضع حدًا معينا للمقابل باعتباره محلا للعقد (كالثمن في العقد، و الأجرة في عقد الإيجار، و القسط في عقد التأمين، و الأجر في عقد العمل)مما يتعين عدم تجاوزه، ومثال ذلك تحديد الأسعار لبعض السلع الضرورية في عقد البيع، فإن أي تجاوز لهذا التحديد يعد باطلا، حيث تبطل هذه الزيادة بطلانا مطلقا، ويبقى العقد قائما[1].

ففي كل هذه الحالات يحق للقاضي تطبيق إنقاص العقد، بإسقاط الشق الباطل من المحل والإبقاء على العقد قائما ومنتجا لجميع آثاره في حدود شقه الصحيح، متى تبين له أن الشق الباطل من المحل لم يكن جوهريا في نظر المتعاقدين وأن العقد قابل للتجزئة، أما إذا ثبت عكس ذلك وقام الدليل على أن الشق الباطل من المحل ما كان ليبرم العقد بدونه، أو كان العقد مما لا يقبل تجزئته، فإن البطلان يمتد ليشمل الشق الصحيح، فيبطل العقد بأكمله تطبيقا لنص المادة 104 (ق.م.ج)[2].

ثالثا – السبب: يقصد بالسبب وفقا للنظرية التقليدية ذلك الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول إليه من وراء تعاقده، لا يختلف باختلاف العقود بل هو ثابت في النوع الواحد منها، ويشترط لتحققه الوجود، والصحة، والمشروعية .أما النظرية الحديثة والتي هي من صنع القضاء الفرنسي، تنظر إلى السبب نظرة أوسع فتعتد بكل من القصد المباشر للإلتزام والغرض غير المباشر أي الباعث الدافع إلى التعاقد، والذي يختلف من عقد لآخر ومن شخص لآخر، ونظرا لكون البواعث كثيرة ومتنوعة، فإنه لا يؤخذ بنظر الاعتبار إلا الباعث الذي لعب الدور الرئيسي في حمل المتعاقد على التعاقد ويشترط لتحقيقه المشروعية فقط[3].

أما عن موقف المشرع الجزائري إزاء النظريتين من خلال إستقراء المادتين 97 و98 من (ق.م.ج) يتبين لنا أنه أخذ بالمفهوم المزدوج للسبب، إذ يشترط لتحققه أن يكون موجودا وهو شرط يتعلق

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 113-116.

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، 366-367.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1 ، المرجع السابق، ص 436- 470.

بالسبب المباشر فقط، وأن يكون مشروعا وهو شرط يتعلق بالسبب المباشر وبالباعث غير المباشر، فإذا انعدم السبب أو كان الباعث مخالفا للنظام العام أو الآداب بطل العقد بأكمله[1].

يميل أغلب الفقه والقضاء إلى تطبيق نظرية الإنقاص إذا كان السبب غير موجودا في شق منه، أو كان الباعث إلى التعاقد غير مشروعا في شق منه، وذلك بقصر البطلان على الشق المخالف للقانون فقط والإبقاء على العقد في شقه المتبقي بما يتفق مع القانون وإرادة الأطراف المتعاقدة إسهاما في إستقرار المعاملات[2].

فإذا وجد سبب لشق فقط من الالتزام وانعدم بالنسبة لشقه الآخر، أو كان الباعث إلى الإلتزام مشروعًا بالنسبة لشق فقط من الإلتزام، ولكنه غير مشروع بالنسبة لشقه الباقي، فإن البطلان لا ينصب في هذه الحالة إلا على الشق الذي انعدم سبب الإلتزام به، أو الشق الذي ثبت عدم مشروعية الباعث إليه فيبطل هذا الشق الباطل، و ينتقص من العقد، وهذا ما يتحقق في العديد من الحالات من ذلك: إنقاص أجر الوكيل إلى الحد المعقول إذا بالغ في تحديد الأجر الذي يطالب به؛ إذ لا يكون للجزء الزائد عما يستحقه الوكيل سبب للإلتزام الموكل به، كذلك في حالة الزيادة في نسبة الفائدة المستحقة عن النسبة المقرر قانونا، فهنا أيضا ينعدم سبب الالتزام بهذه الزيادة، ومن ثم يبطل العقد في الحالتين في حدود الزيادة التي تضمنها[3].

المطلب الثاني: إنقاص العقد القابل للإبطال في شق منه

يكون العقد قابلا للإبطال إذا وجدت كل أركانه وتوافرت شروط هذه الأركان، ولكن ركن الرضا أختل بأن صدر الرضا غير صحيح من ناقص أهلية أو إذا شابه غلط أو التدليس أو إكراه، فالنقص في الأهلية والعيب في الرضا هما إذن الفرضان اللذان يكون فيهما العقد قابلا للإبطال[4].

[1] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، قصر الكتاب، 2006 ، ص 109.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص30 .

[3] إبراهيم دسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 111.

[4] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص221.

والعقد القابل للإبطال عقد صحيح فهو على عكس البطلان تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم، ما لم يتمسك المتعاقد ناقص الأهلية أو المتعاقد الذي لحق إرادته عيب بحقه في طلب الإبطال، وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[1]،

نتناول في هذا المطلب، الإنقاص لعيوب الرضا **(الفرع الأول)**، الإنقاص لنقص الأهلية **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول: الإنقاص لعيوب الرضا

إن الإنقاص لعيوب الرضا يبدو غريبا لأن الإرادة إما أن تكون معيبة أو غير معيبه، إلا أنه أمر وارد من الناحية العملية، يكفي أن نفكر في الغلط في القيمة لكي ندرك أن فكرة الإنقاص قد تطرح حيث لجأ القضاء إلى هذا الأسلوب قبل أن يقدم المشرع الحل لبعض المسائل التي كان على القضاء أن يحلها، أو أنه لم يجد الأساس الصحيح للإنقاص في بعض الحالات[2]، وهنا علينا أن ندرس الإنقاص كجزاء لعيوب الإرادة :

الغلط :هو"وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد "، لا يعتد به إلا إذا كان جوهريا مؤثرا أي دافعا إلى التعاقد، وكان المتعاقد الآخر على علم به أو من السهل العلم به[3].

التدليس :هو" استعمال طرق احتيالية بغية إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يحمله على التعاقد"[4]، والتدليس لا يكون معيبا للإرادة إلا إذا توافر فيه ثلاث شروط، وهي إستعمال الطرق الإحتيالية، بصورة مؤثرة بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد، وأن تصدر الطرق الإحتيالية من المتعاقد الآخر أو من الغير طالما كان المتعاقد الآخر عالما بها أو كان من السهل العلم بها[5].

الإكراه :هو "ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، لا يعتد بالإكراه إلا إذا كانت وسائل الضغط غير مشروعة،

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 321 .

[2] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 222.

[3] أنظر المادة 81 و82 من (ق.م.ج)، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2008/04/23، ملف رقم4064 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 113.

[4] حبار محمد، المرجع السابق، ص268 .

[5] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998، ص 6.

تولدت عنها خوف حمَل المتعاقد على إبرام العقد بحيث لولاه لأمتنع عن التعاقد، وأن يكون المتعاقد الآخر عالما به أو من السهل العلم به[1].

الاستغلال :هو" الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه الإلتزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو غير عوض"، يقوم الإستغلال على عنصرين عنصر نفسي، يتمثل في الطيش والهوا الجامح الذي يعتري المتعاقد، يستغله المتعاقد معه، والذي لولاه لما تعاقد المستغَل، أي لولا وقوع المستغَل في طيش أو هوى واستغلاله من قبل المتعاقد الآخر لما أقدم على إبرام العقد، وعنصر المادي يقوم على إختلال التعادل في الإلتزامات[2].

من خلال ما سبق، إذا وقع المتعاقد في عيب من العيوب الثلاثة الأولى، نشأ العقد صحيحا لكنه قابلا للإبطال لمصلحة من تعيب رضاه، أما العيب الرابع وهو الاستغلال، فإن المادة 90 (ق.م.ج) أجازت صراحة للمتعاقد الخيار بين أن يسلك دعوى الإبطال أو يعمد إلى دعوى إنقاص الإلتزامات المتفاوتة إلى الحد المعقول، فالقاعدة العامة تقضي بقابلية إبطال كل العقد إذا شابه إحدى عيوب الرضا[3]، لكن ما مصير العقد لو أن عيب من العيوب نال جزء من الرضا فقط وليس كله؟.

يرى جانب من الفقه أنه إذا تمسك المتعاقد بحقه في طلب الإبطال بسبب تعيب رضاه على نحو جزئي، فلا يسع للقاضي هنا إلا الحكم بإبطال العقد كليا، ويستند هذا الاتجاه في تبرير ذلك إلى طبيعة عيوب الرضا، وما تقتضيه من جوهرية إذ لا يعتد بالغلط أو التدليس أو الإكراه إلا إذا كان مؤثرا أي دافعا إلى التعاقد للحكم بإبطال العقد وطالما هذا الشق جوهريا بحيث لم يكن المتعاقد ليرتضي العقد على النحو الذي أبرمه لولا وقوعه في عيب من عيوب الرضا، كان الحل الدائم هو الإبطال الكلي للعقد ومن ثم لا مجال لتطبيق الإنقاص[4]، والإنقاص في نظر هذا الاتجاه لا يتحقق في مجال عيوب الرضا إلا في حالة واحدة، وهي حالة تعدد الأطراف في العقد و شاب العيب رضاء أحد المتعاقدين دون الآخرين، فيكون العقد قابلا للإبطال في مواجهته فقط دون الآخرين، كما يرى أصحاب هذا الإتجاه بخصوص عيب الاستغلال فإن المشرع أجاز صراحة للمتعاقد الخيار بين

---

[1] محمود جمعة أبو بكره، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع القانون المدني والقوانين العربية الأخرى، ماجستير، الجزائر، 1975، ص 20.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص203 .

[3] عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الإلتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، العقود والمسؤولية، الجزائر، 2002- 2003، ص 31.

[4] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 398-401

إبطال للعقد، وإنقاص الإلتزامات المتفاوتة، والإنقاص هنا ليس تطبيقا لنص المادة من104 (ق.م.ج) وإنما يعتبر صورة لتعديل العقدعلى ضوء إعتبارات النظام العام وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[1].

وهناك جانب آخر من الفقه وهو الغالب، والذي أخذ بإمكانية إنقاذ العقد من خطر البطلان الذي يهدده، مع إزالة العيب الذي شاب العقد، إعمالا لقاعدة" ما لا يدرك كله لا يصح أن يترك كله"، فأقر إنقاص العقد إذا لحق الرضا عيب في شق منه بينما شقه الآخر ظل صحيحا[2].

حيث يقتصر الإبطال على ما تعيب من الرضا فقط، مما يتعين إنقاصه من العقد، ويظل العقد صحيحا فيما تبقى دون أن يمتد إليه الإبطال، فإذا ورد عقد البيع على عدة أشياء ووقع المتعاقد في غلط بالنسبة لبعضها، فإن العقد يكون قابلا للإبطال بالنسبة للشيء الذي وقع الغلط فيه، ويظل صحيحا بالنسبة للشيء الآخر[3]، ما لم يثبت أن العقد ما كان ليتم دون الشق المعيب، فيبطل العقد كله، فإذا تمسك المتعاقد الذي لحقه الغلط بإبطال العقد، أبطل العقد بالنسبة للشيء الذي وقع فيه الغلط، وقام صحيحا بالنسبة للآخر، من ذلك أيضا وقوع المتعاقد في غلط في قيمة الشيء سواء كان ثمنا في عقد البيع أو أجرة في عقد العمل وعقد الإيجار، حيث يجوز إنقاص الإلتزام المقابل لهذه القيمة ليتلاءم مع القيمة الحقيقية لمحل العقد، الحكم ذاته ينطبق في حالة الإكراه و التدليس طالما كان العيب جزئيا[4].

أما بخصوص عيب الإستغلال، وفي تقدير الرأي السابق مع ما توصل إليه من اعتبار الإنقاص لعيب الإستغلال تعديل للعقد، أن هذا النوع من النظام أي تعديل العقد لا ينصب إلا على عقد صحيح، أما العقد الذي شابه عيب الاستغلال فهو عقد قابل للإبطال، مما يصلح أن يكون مجالا لإنقاص العقد، وليس لنظرية تعديل العقد.على أن الإنقاص في هذه الصورة أساسه القانون فرضه المشرع صراحة لإعتبارات النظام العام و مقتضيات حماية الطرف الضعيف المستغّل، فيكون للقاضي الحكم به دون الإعتداد بنوايا المتعاقد، بل أكثر من ذلك، يحق للقاضي على ضوء ملابسات القضية أن يحكم بإنقاص العقد حتى ولو طلب المتعاقد المستغّل إبطال العقد، إذا رأى ذلك مصلحة،

[1] عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 23 وما يليها .

[2] حبار محمد، المرجع السابق، ص262 .

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص189 .

[4] عادل حسن علي السيد، 224 وما يليها.

وقد يتحقق الإنقاص أيضا في حالة التعيب الكلي للرضا وليس في جزء منها، إذا تعدد أطراف العقد، وتمسك المتعاقد الذي تعيب رضاه إبطال العقد، إذ يبطل العقد بالنسبة له فقط، ويصح بالنسبة لباقي الأطراف[1].

الفرع الثاني: الإنقاص لنقص الأهلية

ليس المقصود هنا بنقص أهلية الوجوب الأهلية التي تهمنا هنا أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به القانون، لكن بشروط وقيود محددة سواء من حيث مقابل التصرف، أو مدته، أو محله، وغير ذلك من عناصر التصرف الجوهرية إذا صح تصرفه وإذا خالفها أو جاوزها بطل التصرف فيما جاوز هذه الحدود والقيود، وبقي صحيحا في حدود ما ثبت للشخص من أهلية[2].

تذهب الكثير من القوانين المدنية إلى النص على مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية، مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون كاملا للأهلية مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 78 من (ق.م.ج) والتي جاء فيها " كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"، وحتى تكون إرادة المتعاقد معتبرة ومنتجة للأثر التي هدفت إلى إحداثه، يتعين أن يصدر الإيجاب و القبول مما هو أهل للتعاقد، إذ يلزم أن تتوافر لدى المتعاقد أهلية كاملة، وذلك بأن بكون بالغاً راشدا[3]، ولم يطرأ عليه أي عارضٍ من عوارض الأهلية ولا مانعٍ من موانعها[4]، فتنشأ تصرفاته صحيحة مما لا يدع مجالا لإنقاصها، أما إذا المتعاقد صبيا مميزا، وهو كل من بلغ سن 13 ولم يبلغ 19 سنة أو كان سفيها أو ذا غفلة، فإن التقنين المدني الجزائري لم يتعرض لحكم تصرفاته، بل اكتفى بموجب المادة 43 من (ق.م.ج) على وصفه ناقص أهلية فقط، و بهذا الوصف يجري على تصرفاته أحكام المادة 101 من (ق.م.ج) و التي جعلت من نقص الأهلية سببا من أسباب قابلية العقد للإبطال[5].

---

[1] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000 ، ص213 .

[2] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 264.

[3] تقضي المادة 2/40من (ق.م.ج) مايلي " :وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة."

[4] عوارض الأهلية كحالة الجنون، العته، السفه والغفلة.وموانع الأهلية بسبب ظروف قانونية كالمحكوم عليه بعقوبة أو بسبب ظروف مادية كالمفقود والغائب، أو بسبب ظروف جسمانية كالعاهة المزدوجة.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 49-50 .

بينا فيما سبق أن الأهلية قد تثبت للشخص ولكن بقيود وحدود معينة، فإذا أراد الشخص أن يكون تصرفه صحيحا فيجب عليه الإلتزام بهذه القيود والحدود، فإن خالفها أو جاوزها فإن التصرف لا يبطل كله كقاعدة عامة، وإنما يبطل فقط ما جاوز هذه القيود والحدود، مما يتعين إنقاصه طبقا لما وردة في المادة 104 من (ق.م.ج)[1].

ومن هذه الحالات، ما جاءت به المادة 84 من (ق.م.ج) والتي تقضي بمايلي " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناءًا على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت له ما يبرر ذلك "، حيث أجاز القانون للقاضي أن يحكم بترشيد القاصر في جزء من أمواله أو كلها[2]، عموما، إذا حصل القاصر على إذن من المحكمة بالتصرف في كل أمواله فإن كل التصرفات التي يجريها تقع صحيحة سواء كانت بيعا أو رهنا أو إيجارا، ومن ثم لا يوجد هناك مجالا لإنقاصها، أما إذا كان الإذن بالتصرف هناك يشمل جزء من أمواله فقط وليس كلها، يحق له إجراء التصرفات في حدود ما يخص هذا الجزء فقط، وما زاد عن هذه الحدود من الأموال يكون قابلا للإبطال لمصلحته[3]، وهذا يعني أن التصرف ليس قابلا للإبطال بأكمله، وإنما في شق من العقد مما يتعين إنقاصه إلى الحد الذي شمله الإذن طبقا للأحكام الواردة في المادة 104 من (ق.م.ج).

للقاصر أيضا الحق في مزاولة التجارة وفقا للمادة 5 من (ق.م.ج)[4]، يتضح من خلال هذا النص أن ترشيد القاصر في القانون التجاري منوط ببلوغ سن 18سنة، وهو بذلك يختلف عن ترشيد القاصر الذي أشارة إليه المادة 84 (ق.أ.ج) وهو سن 13 سنة ومادام سن الرشد 19 سنة، فإن الترشيد لمزاولة التجارة لا يكون إلا لمدة سنة واحدة، إذا ثبت للقاصر أهلية كاملة بخصوص كل الأعمال التجارية التي يقوم بها خلال هذه المدة فتنشأ تصرفاته صحيحة في حدود ما أذن له القيام به، وقابلة للإبطال فيما جاوز حدود الإذن[5].

---

[1] عادل حسن علي سيد، المرجع السابق، ص 264.

[2] يعاب عليه بخصوص سن الترشيد الذي حددها بسن 13 سنة، أنها سن جد مبكرة، فكيف يصبح عديم رشدا دون أن يمر على مرحلة التمييز يكتسب فيها نوعا من الخبرة اللازمة لمباشرة أمواله ! و يعاب عليه أيضا فيما يخص الحق الذي ينصرف إليه الإذن، أنه حكم خطير إذ معظم التشريعات العربية لا تسمح للمرشد إلا بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص51 .

[3] محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، مطبوعة لطلبة السنة الثالثة، معهد الحقوق، بن عكنون، السنة الدراسية 1999-2000، ص 58.

[4] المادة 5 من القانون التجاري الجزائري تنص" لايجوز للقاصر المرشد ذكر أم أنثى، البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة..."

[5] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص ، تلمسان ، 2014-2015، ص 168.

قد يكون العقد قابلا للإبطال في شق منه أيضا مما يترك معه مجالا لتطبيق الإنقاص، في الحالة التي يتجاوز فيها ناقص الأهلية الحدود التي تتعلق بمدة تصرفه، حيث تقضي المادة 468 من (ق.م.ج) " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ترد المدة إلى ثلاث سنوات كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"، وأعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي لا تتجاوز مدتها 3 سنوات، والتي تهدف إلى الانتفاع بالعقار واستثماره[1]،ولما كان للقاصر أو المحجور عليه لسفه أو لغفلة المأذون له الحق فإنه يجوز له أن يعقد إيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، ويعد قابلا للإبطال ما يزيد عن هذه المدة لكونه أصبح من التصرفات الدائرة بين النفع و الضر[2]، ومن ثم أمكن تطبيق الإنقاص عن طريق تخفيض المدة المتفق عليها إلى المدة القانونية المقررة في نص المادة 468 من (ق.م.ج).

وقد يتحقق الإنقاص أيضا، إذا تعدد أطراف العقد كتعدد المشترون أو البائعون أو الشركاء في عقد الشركة وكان أحد المتعاقدين ناقصا للأهلية، إما لصغر سنه، أو لسفه، أو لغفلة، ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد ناقص الأهلية وحده الحق في طلب الإبطال دون المتعاقدين الآخرين، فإذا تمسك بحقه في الإبطال أُبطل العقد بالنسبة له فقط، وصح بالنسبة لباقي المتعاقدين، مالم يثبت أن العقد ما كان ليتم دون المتعاقد ناقص الأهلية[3].

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء 6، المجلد الأول، دار إحياء الثرات العربي، بيروت، سنة 1980، ص 36.

[2] محمدي فريدة، محاضرات عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن تعديل القانون المدني، مطبوعة، ألقيت على طلبة السنة الثالثة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008–2009، ص8.

[3] محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2002، ص 126 – 127.

الفصل الثاني

الدراسة التطبيقية لإنقاص العقد

الفصل الثاني: الدراسة التطبيقية لإنقاص العقد

بعد أن إنتهينا من الجانب النظري لموضوع إنقاص العقد من دراسة مفهوم إنقاص العقد إلى تحديد نطاق إنقاص العقد، نكون قد وصلنا في الأخير إلى الجانب العملي وهو الدراسة التطبيقية لإنقاص العقد ولا شك أن التطورات التي عرفتها العلاقة العقدية، والتي قد أدت وبشكل كبير إلى زيادة عدد تطبيقات الإنقاص، مما يشير إلى زيادة أهمية دوره بإتجاه حل الكثير من المشكلات القانونية والاجتماعية بما ينسجم مع المعطيات الحالية.

فقد تكون للإرادة دور في إنقاص العقد، تحت مبدأ سلطان الإرادة وذلك من خلال الشروط الغير مشروعة المقترنة بالعقد **(المبحث الأول)**، وقد يكون تشريعيا يستند إلى نصوص خاصة تغل فيها يد القاضي وتجعله أمام فرض واحد تطبيق الإنقاص دون البحث عما إتجهت إليه إرادة الأطراف، ودون أن يكون له سلطة الرفض **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: دور إرادة الأطراف المتعاقدة في إنقاص العقد

إن للإرادة سلطان أكبر في مجال التعاقدي، نظرا لما تتمتع به من حرية في تدخل في العلاقة العقدية، والقاعدة تقتضي أن للأفراد حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما، في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها، على أن للمتعاقدان عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون، وتكمن دور إرادة الأطراف المتعاقدة في إنقاص العقد من خلال الشروط الغير المشروعة التي تقترن بالعقد ، فيكون الإنقاص مادي المحسوس للعقد، بإقتطاع أو إسقاط شق ظاهر للعقد إذا كان باطلا، دون المساس بالشق الآخر إن كان صحيحا وقادرا على أن ينشأ كعقد مستقل ونجد هذا النوع من الإنقاص في القانون المدني الجزائري في مجال الشروط الغير مشروعة التي تقترن بالعقد.

نورد هذا النوع من التطبيقات العملية على النحو الآتي: شرط المنع من التصرف في **(المطلب الأول)**، شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: شرط المنع من التصرف

الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف، لأن للمالك سلطة التصرف في ملكه، هذه السلطة التي تعتبر من جوهر حق الملكية[1]، إلا أن القانون أجاز اشتراط منع المالك من التصرف فيما يملك بشروط وقيود محدده، إذ يجب أن يكون الشرط المانع من التصرف مبنيا على باعث مشروع يراد تحقيقة من وراء هذا المانع فإذا كان الباعث غير مشروع فلا شك في تقرير البطلان **(الفرع الأول)**، وأن يكون مقصورا على مدة معقولة فيشترط لصحة الشرط أن يكون المنع مؤقتا، فالشرط المانع من التصرف لا يكون صحيحا إذا كان المنع دائما[2] **(الفرع الثاني)**.

[1] تنص المادة 674 من (ق.م.ج) ما يلي " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "

[2] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 175.

الفرع الأول: المصلحة المشروعة للشرط منع من التصرف

الأصل العام هو حرية المالك في التصرف فيما يملك، فإذا إقترن العقد سواء كان معاوضة أو تبرع[1] بشرط يقيد من إنتقلت ملكية الشيء يقضي بالمنع من التصرف أعتبر هذا الشرط باطلا لأن حق التصرف هو أخص عناصر الملكية، واستثناء من هذا الأصل أجازه المشرع في كل من مصر والكويت وفرنسا[2] إشتراط منع المالك من التصرف فيما يملك بشروط وقيود محددة من بينها الباعث المشروع أو المصلحة الجدية[3].

وحتى يكون هذا الشرط صحيحا يجب ألا يتضمن إهدار كامل لمضمون الملكية وحرية تداول الأموال و كان تبرره مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير[4]، من خلال ذلك يراد أن تكون هناك مصلحة جدية تدعو إلى هذا الشرط بحيث قد يكون الباعث مشروعا لمصلحة المتصرف كأن يشترط البائع للمشتري عدم التصرف في العقار إلى حين الوفاء بالثمن، كما يكون الباعث المشروع لمصلحة المتصرف إليه كأن يشترط الواهب عدم التصرف الموهوب له في العقار إلى حين بلوغه سنا معينا نظرا لطيشه أو إسرافه أو عدم خبرته، كما قد يكون الباعث المشروع لمصلحة الغير فيشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في العقار إلى أن يحص الأجنبي الذي يسكن في العقار على بيت[5].

استقر القضاء الفرنسي على هذا الحكم، وسايرته مختلف التشريعات العربية والغربية، في حين لا مقابل لهذا الحكم في نصوص التقنين المدني الجزائري[6] رغم أهميته والواقع أن خلو التقنين المدني من أي نص يعالج شرط المانع من التصرف قد أثار خلافا في الفقه الجزائري، فذهب جانب من

[1] يجب أن يرد الشرط المانع من التصرف في عقد وصية أو عقد هبة، خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2007-2008، ص108

[2] المادة 823 و 824من التقنين المدني المصري، والمادة 815 القانون المدني الكويتي، والتعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي في 3 يونيو 1978 على المادة 900 القانون المدني.

[3] إبراهيم الدسوقي أبو ليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، المرجع السابق، ص 125.

[4] جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 38-40.

[5] خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 109.

[6] إن المشرع الجزائري أغفل النص في القانون المدني على الشرط المانع من التصرف على الشرط المانع من التصرف، وبداية اعتقدنا أنه سار على موقف الفقه الإسلامي الذي يرفض الشرط المانع ولا يقر به، إلا أنه توجد المادة 104 من المرسوم(76-63) المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث تنص على أنه " يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير" وهو ما يدل على أن المشرع أخذ بالشرط المانع من التصرف، لذلك وجب ، تنظيم نصوص قانونية لتحديد شروط المنع من التصرف وجزاء مخالفته حتى لا تحبس الأملاك العقارية عن التداول. خوادجية سميحة حنان، المرجع نفسه، ص 110.

الفقه إلى القول بأن إعراض المشرع الجزائري عن تقنين هذا الحكم في نصوص التقنين المدني الجزائري لا يمكن تفسيره إلا بعدم رغبته في تقرير ذلك الحكم، وترك الأمر في ذلك إلى القواعد العامة، فهو لا يجيز مثل هذه الشروط والتي تحد من حرية التصرف المخولة للمالك بمقتضى نص المادة 674 من (ق.م.ج) على الرغم من ملكيته للمال، وهذا ما لا يتماشى وحق التصرف المخول له قانونا، كما لا يتماشى والمقصود من إبرام العقد أصلا ولا مع مقتضاه هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يعتبر مخالفا لمبدأ حرية تداول الأموال، ومن ثم يتعارض مع المصالح الاقتصادية التي تقوم أساسا على تداول الأموال ، وعليه يمكن القول أن شرط المنع من التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو كان ومؤسسا على مصلحة مشروعة[1].

النقيض من ذلك، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه رغم عدم النص في التقنين المدني الجزائري على هذا الشرط فإن شرط المنع من التصرف متى كان مؤسسا على مصلحة مشروعة، سواء كان عقدا أو وصية ويظهر غالبا في التصرفات التبرعية لقوة مركز المتبرع، فإن هذا الشرط صحيحا يجب إحترامه ومخالفته تؤدي إلى البطلان[2]، مع الإشارة أن المصلحة المشروعة في تبرير الشرط المانع من التصرف مفترضة حتى يثبت عكس ذلك، فمتى تبين أن الشرط ليس له مبررا كافيا لتقييد سلطة المالك في التصرف حكم القاضي ببطلان الشرط، وتقدير ذلك مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع، وذلك حسب كل الحالات ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا[3].

والتساؤل في هذا المجال يتعلق بمصير العقد الذي اقترن به هذا الشرط، ذهب أغلبية الفقه في تحديد مصير العقد الذي اقترن بشرط المنع من التصرف الباطل لعدم تأسيسه على مصلحة جدية إلى تطبيق الأحكام الواردة في نص المادة 104 من (ق.م.ج) والتي تتعلق بنظرية الإنقاص، فالقاعدة العامة أن يبطل الشرط وحده دون العقد الذي اقترن به طالما كان هذا الشرط ليس جوهريا في نظر المتعاقدين وليس دافعا للتعاقد، ففي هذه الحالة يتم الإنقاص من خلال إسقاط واقتطاع شرط المنع من التصرف الباطل من مضمون العقد، مع الإبقاء على العقد الذي اقترن به صحيحا ومنتجا لآثاره، أما و إذا تبين أن شرط المنع من التصرف كان جوهريا، وأن إرادة المتعاقدين ما كانت

[1] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 317.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 231.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1967 ، ص 513.

لترتضي العقد دون هذا الشرط، فإن الشرط يبطل ويبطل معه العقد الذي اقترن به، أي يمتد البطلان ليشمل كل العقد[1].

الفرع الثاني: تأقيت الشرط المانع من التصرف

بيّنا فيما سبق كي يكون الشرط المنع من التصرف صحيحا يشترط فيه أن يكون باعثا لمصلحة مشروعة، أما الشرط الثاني فإنه يجب كذلك لصحة هذا الشرط أن يكون المنع مؤقتا، فإذا تخلف هذين الشرطين كان المنع من التصرف باطلا، ولا نزاع في تقرير البطلان الشرط وحده في حالت تخلف الشرط الأول الخاص بالباعث المشروع طالما كان هذا الشرط ليس جوهريا في نظر المتعاقدين[2]، أما الشرط الثاني وسيلة الإنقاص في هذه الحالة تختلف عن تلك المتبعة في حالة تخلف شرط مشروعية المصلحة لشرط المنع من التصرف بحيث نكون أمام حالتين:

أولا: إذا كان الشرط المانع من التصرف مؤقتاً، تناولت الفقرة الثانية من المادة 823 [3]من القانون المدني المصري هذا الشرط، حيث بينت بأن المدة المعقولة هي المدة التي قد تمتد إلى حياة المتصرف أو حياة المتصرف إليه أو مدى حياة الغير، وهذا ما يقال عنه بالشرط المانع المؤقت حيث ينتهي مفعول هذا الشرط بانتهاء المدة التي قد تمتد إليها حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو حياة الغير، وهذا عكس ما تبنته المادة 1028من القانون المدني الأردني[4] لتحديد المدة المحددة والتي يكون عندها الشرط المانع من التصرف صحيحا، ويبدو أن المشرع الأردني قد ترك تحديد ذلك إلى قاضي الموضوع فهو الذي يملك تحديد ما إذا كانت مدة الشرط المانع من التصرف مدة محددة أم لا، كما يبدو ذلك من تصرف المشرع المصري على الرغم من أنه وضع معياراً للمدة المعقولة بحياة المتصرف أو حياة المتصرف إليه أو حياة الغير لذا فإنه وفي كل الأحوال يرجع تقدير ما إذا كانت مدة المنع من المتصرف معقولة أم غير ذلك إلى قاضي الموضوع، دون أن يخضع لرقابة محكمة نقض، ومن ثم إذا تبين للقاضي من ظروف القضية أن المدة التي حددت

---

[1] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 318.

[2] إبراهيم الدسوقي، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 168.

[3] نصت المادة 823 من القانون المدني المصري على ما يأتي :1 –إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة 2–ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

[4] المادة 1028من القانون المدني الأردني "ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محددة"

للشرط المانع مدة غير معقولة، حكم ببطلان الشرط باعتباره في حكم الشرط المانع المؤبد[1] ، وذلك يكون تطبيق أحكام المادة 104 من (ق.م.ج) .

إن الحكم ببطلان الشرط المانع من تصرف للمغالاة فيه، أي أن يكون مدة غير معقولة يكون جزاءا مشددا لا يتمشى مع ما يجب أن تكون عليه النصوص والحلول القانونية من مرونة وواقعية، بحيث يكون قصر البطلان على ما يجاوز المدة المعقولة اللازمة لتحقيق الغرض من المنع من التصرف، أي إنقاص مدته بدلا من إبطاله كله وبذلك يتعين استبعاد البطلان الكامل للشرط[2].

ثانيا : إذا كان الشرط المنع من التصرف مؤبد: فهنا يبطل الشرط المنع من التصرف وذلك لمخالفته النظام العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن إقرار صحة هذا الشرط قد يلحق أضرارا اقتصادية للدولة بسبب حبس المال عن التداول، فإذا اشترط الواهب عدم تصرف الموهوب له بالعين الموهوبة مؤبدًا، فان مثل هذا الشرط لا يصح أيا كانت المصلحة التي ينطوي عليها الباعث فيه إذ لا يمكن تبرير هذه المصلحة لحرمان فرد مؤبدا من حق منحه إياه القانون[3]، وعلى هذا متى كان الشرط مؤبدا تعين إنقاصه طبقا للأحكام الواردة في نص المادة 104 من (ق.م.ج).

نستخلص في الأخير تقرير البطلان متى تخلف شرط التأقيت، كأن تكون مدته مؤبدة أو غير معقولة وهنا يبطل الشرط فقط دون العقد المرتبط به إذا تبين أن العقد يقوم دون وجود هذا الشرط وهذا يتحقق فيما لو تبين القاضي أن الشرط المانع من التصرف لم يكن هو الدافع إلى إبرام العقد، والعكس صحيح، إذا تبين أن الشرط المانع هو الدافع للتعاقد فإن الشرط والعقد باطل [4]، وهذا يعتبر جزاء متشدداً، لذلك يمكن التعميم و القول أن بالنسبة لكل حالات البطلان الراجع إلى المغالاة في المدة التي يجب أن يكون التصرف بما في ذلك التأبيد، يتعين إستبعاد البطلان كامل للشرط المانع من التصرف وإحلال الإنقاص أي تقليص وتخفيض المدة إلى الحد المعقول بدلا منه[5] .

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد 12، العدد الثاني، ص 151-151، يونيو 2004، ص 129.

[2] إبراهيم دسوقي، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، المرجع السابق، ص 167.

[3] عادل حسن السيد، المرجع السابق، ص 186.

[4] عادل حسن علي السيد، المرجع نفسه، التهميش رقم 1، ص 187.

[5] إبراهيم الدسوقي، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، المرجع السابق، ص 168.

المطلب الثاني: شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

الأصل في القواعد العامة، أنه بمجرد إخلال المدين ببعض أو كل إلتزامته، ونتج عن ذلك الإخلال ضرر بالدائن، وكانت العلاقة السببية بين الإخلال والضرر قائمة، تحققت المسؤولية العقدية، إلا أنه استثناءا يجوز للأطراف تنظيم وتعديل آثار المسؤولية على غير الوجه الذي جاء به القانون، وذلك إما أن يعفى المدين من المسؤولية، فيمتنع أن تترتب آثارها في ذمته رغم توافر جميع عناصرها بحيث لا يلتزم هذا الأخير بدفع تعويض إلى الدائن، وإما بتخفيض المسؤولية مع بقائها على عاتق المدين، فيتضاءل أثرها اتجاهه.

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف شرط الإعفاء و التخفييف من المسؤولية العقدية(**الفرع الأول**)، ثم إلى أثر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد(**الفرع الثاني.**)

الفرع الأول: تعريف شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

أولا– الشرط المعفي من المسؤولية العقدية هو عبارة عن بند في العقد أو باتفاق منفصل، يعفى بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة الأخير إعفاء تاما جراء عدم تنفيذه لإلتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بالإتفاق، رغم تحقق هذه المسؤولية بموجب القواعد العامة.

ثانيا– الشرط المخفف في المسؤولية العقدية فهو عبارة عن بند يرد في العقد تخفف بموجبه مسؤولية المدين، وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية،أو بالتخفيف في تقييم مسلك المدين بحيث لا يطالب المدين بالعناية التي تفرضها القواعد العامة ، وإنما بالعناية التي ينص عليها الاتفاق، والتي تكون أقل منها في القواعد العامة[1].

نص المشرع الجزائري صراحة على جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية في المادة 2/178– 3 من (ق.م.ج) " وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن

[1] احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 34–35.

يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفذ إلتزامه ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي" .

ويلاحظ من خلال المادة سابقة الذكر ان المشرع يستثنى من إعفاء المدين، حالتي الغش والخطأ الجسيم، مما يعني انه لا يجوز شرطا لإعفاء أيضا في الأحوال التي يكون فيها الخطأ أكثر من جسيم مثال ذلك ما يسمى بالخطأ غير المغتفر المعروف لدى الفقه والقضاء الفرنسيين[1]، أما في غير ذلك من الأحوال فيجوز شرط الإعفاء بموجب النصوص القانونية، إلا أن الفقه يضيف حالة أخرى لا يجوز فيها الإعفاء، هي حالة الأضرار الجسدية[2].

الفرع الثاني :أثر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد

قد يكون الشرط المعدل الوارد في العقد أو في اتفاق منفصل باطل، وهنا تثور مشكلة تأثيره على العقد .وأدرس هذه المشكلة من خلال فرضين :الفرض الأول :أن يمس البطلان كل الشرط، أي يكون الشرط المعدل باطلا بكليته .والفرض الثاني :أن يكون الشرط ليس باطلا بكليته، كأن يشترط الإعفاء من المسؤولية ككل بما فيها الخطأ الجسيم أو الغش الذي يصدر عن المدين .

أولا – بطلان الشرط بطلانا كاملا

يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من شروط التقييد، ويقصد بشروط التقييد؛ تلك الشروط والقيود التي يدرجها المتعاقدون في اتفاقاتهم وتصرفاتهم القانونية، والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر، لذلك تأخذ هذه الشروط شكل بنود التعاقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على احد طرفي التصرف، أو على كليهما[3]، فهي لا تعد شروطا بالمعنى الفني الدقيق باعتباره وصفا للرضاء والالتزام، ولكنه مجرد بند من بنود التصرف القانوني يتسم بالتبعية أو الثانوية بالنسبة للعقد الذي يدرج به، فهو، ليس ركنًا جوهريًا في العقد الذي يدرج به[4]، فهي أمور زائدة على أصل التصرف وإذا مس البطلان هذا الشرط، فان الشرط

2 يقصد بالخطأ غير المغتفر هو الخطأ الفاحش الذي يبلغ في جسامته حدا لا يعلوه خطأ ويكاد يصل إلى حد الغش لولا إن الحدود تدرأ بالشبهات

[2] احمد سليم فريز نصرة، المرجع نفسه، ص 69.

[3] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 35.

[4] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 210.

وحده هو الذي يبطل، ما لم يكن الشرط جوهريا في قصد التعاقدين، أي كان هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والتصرف معا [1]وفي ذلك تقول المادة 104 من (ق.م.ج) " **إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغيرالشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله**".

وعلّة إبطال العقد في الحالة الأخيرة، ترجع إلى أن الشرط إذا مثل أهمية خاصة لدى المتعاقد فانه يكون بمثابة السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، إلا أن الشرط المعدل لا يلعب عادة دور الشرط الباعث على التعاقد، لأن سبب العقد هو الحصول على الأداءات المتقابلة وليس على عدم المسؤولية المحتملة، أو زيادة تلك المسؤولية، إلا انه من المتصور أن يلعب مثل هذا الدور، ومثال ذلك أن يرفض المتعاقد التعاقد مع أحد الأشخاص لأنه رفض تضمين العقد مثل هذا الشرط، ويتعاقد مع آخر لأنه قبل به[2].

ويقع على عاتق من يدعي البطلان عبء إثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد، وأنه يمثل شرطا جوهريا[3].

ثانيا- بطلان الشرط بطلانا جزئيا

في هذا الفرض يكون الشرط المعدل باطلا بطلانا جزئيا، كما لو نص الشرط على الإعفاء من كل مسؤولية تنشأ عن العقد، فدخل بموجب هذا الشرط الخطأ العمدي والجسيم، أو تم النص صراحة على الإعفاء من الضرر الجسدي الذي يصيب المتعاقد بالإضافة إلى الأضرار المادية، أو نص على مسؤولية المدين حتى إذا صدر خطأ عمدي عن الدائن إذا نص في العقد على الإعفاء من المسؤولية العقدية دون تحديد درجتها (جسيمة أو عمدية أو يسيرة أو تافهة) فان أثر الشرط ينصرف إلى المسؤولية التي أجاز القانون الإعفاء منها[4].

---

[1] ناصر متعب بنيه الخريج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة مع القانون الأردني)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كويت ، 2006، ص 69.

[2] عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 339.

[3] ناصر متعب بنيه الخريج، المرجع السابق، ص 61.

[4] احمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص 59.

أما إذا اتفق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم أو العمدي أو الضرر الجسدي، يرى أحد الشراح أنه في هذه الحالة أمكن فصل ما يبطل وما يبقى صحيحا من التصرفات القانونية . لذلك يرون أن البطلان في هذه الحالة يجب أن يقتصر على آثار الشرط في مجال المسؤولية المترتبة على الخطئين الجسيم و العمد[1]، وهذا الرأي يتماشى مع نص المادة 104 من (ق.م.ج) ذلك أن نظرية الإنقاص تتسم بالمرونة من جهة، ومن جهة ثانية ليس من السهل إبطال العقد فذلك يثير العديد من الإشكالات التي –غالبا– يكون الأطراف في غنى عنها.

وعليه، فانه في حالة اشتراط الإعفاء من الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإعفاء عن الأضرار الجسدية، ينظر؛ فإذا كان الشرط قد تضمن فيما تضمن الإعفاء من الخطئين الجسيم والعمد والضرر الجسدي إلى جانب الخطأ اليسير، فهنا ينتقص الشرط إلى الدرجة اليسيرة دون غيرها من الخطأ، أما إذا كان الشرط يقتصر على الإعفاء في احد الحالات أو كلها مخالفا بذلك القاعدة العامة في عدم الجواز، فان الشرط يبطل بكليته لأنه انصب على نوع من الخطأ يخالف القانون، وكذلك يكون الحال إذا شددت مسؤولية المدين إلى درجة تشمل خطأ الدائن العمدي، فان الشرط ينتقص ليشمل ضمان الأخطاء غير العمدية فقط[2].

عموما، متى كان شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية باطلا في جزء منه أو باطل بأكمله، فإنه يخضع في مسألة تأثيره على العقد المقترن به إلى نظام إنقاص العقد على النحو الذي بيناه سابقا .

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات، المرجع سابق، ص86 .

[2] احمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص 60.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إنقاص العقد

إن الحرية التعاقدية وإن كانت تعد بلا جدال من عوامل التقدم الاقتصادي، إلا أنها لا تحقق العدل حتما، كما لا يخفى أن التعسفات التي تقترن باسم الحرية في التعاقد لا حصر لها، ولهذه الأسباب ومن أجل إعطاء حيز أكبر للعدالة عن طريق ضمان الحد أدنى من التوازن العقدي، تم منح سلطة للقاضي لضبط كفتي العلاقة التعاقدية وذلك بتدخله بإنقاص العقد بالتعديل **(المطلب الأول)**، او تدخله بإنقاص الشروط الباطلة والتي تعد مخالفة للنظام العام و مخالفة لمبدأ حسن النية، إنقاص بقوة القانون **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تدخل القاضي إزاء إنقاص العقد بالتعديل

وهو ما يعرف بالإنقاص المعنوي للعقد، ويحصل ذلك عن طريق الإنقاص عن طريق التخفيض في شق من العقد يقدر برقم حسابي أو كمي إلى الحد المسموح به، مع بقاء العقد ذاته قائما، لأن مداه هو المعرض للبطلان لا وجوده ذاته، و من أبرز التطبيقات إنقاص الشرط المغالي فيه كميًا **(الفرع الأول)**، إنقاص مدة الاتفاق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: إنقاص الشرط المغالي فيه كميًا

يفترض إنقاص الشق المغالي فيه كميا أن يكون العيب لحق العقد قد تعلق بشق فيه مقدرا كميًا، أي مقدر برقم حسابي، ويتمثل العيب في مخالفة هذا الشق الكمي قد حدده المشرع ولا يسمح تجاوزه، وقد يتحقق عيب المغلاة في الشق الكمي ولو لم يكن لهذا الشق رقم أو قدر حسابي، وهذا ما يحدث عند إختلال التوازن العقدي بالنسبة لكم الإلتزامات التي تكون متفاوت بين الأطراف والتي قد تكون مرهق لأحد الأطراف، وواقع يثور التساؤل وهو ما إذا كان العيب الدي تضمنه الشق الكمي من العقد، يؤدي إلى بطلان هذا الشق بأكمله أم يقتصر البطلان على ما تضمنه الشق من مغلاة؟. في هذه الحالة تترك إلى تقدير القاضي وذلك بتطبيق الإنقاص، والمعيار يكمن فيما فيما اتجهت إليه إرادة المتعقدين ما إذا كانا يتجهان إلى إبرام العقد على الرغم من الإنقاص شق منه[1].

من خلال ما سبق نبرز أهم تطبيقات الإنقاص المتعلقة بالشق المغالي فيه على النحو الآتي:

[1] إبراهيم الدسوقي أبو ليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 161.

أولا: شرط الجزائي الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض سواء عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، ويحصل مقدما قبل وقع الضرر[1]، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 183و 184و 185 من القانون المدني الجزائري، ويشترط للاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وإعذار المدين[2].

بعد فحص القاضي الشرط، والتأكد من مدى توافر الشروط السابقة وجب عليه التدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق الإنقاص إذا كان مفرطا ومبالغ فيه، وقد نصت المادة 02/184 من (ق.م.ج) [3]على أنه ".. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."، ولم تحدد هذه المادة صراحة كيفية تقدير الإفراط، بل تركت ذلك الى السلطة التقديرية للقاضي، إلا أنه جرى العمل باللجوء إلى المعيار الموضوعي، والذي مفاده مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن، يلجأ القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بعد حالتين (1) إذا نفذ المدين الإلتزام الأصلي في جزء منه، ولكنّه توقف في جزء منه، وأن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد ألحق ضرر به، ونصت المادة1/184(ق.م.ج) "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"[4].

نلخص مما سبق إذا كان الأصل الشرط الجزائي بند من بنود العقد، وليس ركن جوهري فيه، وبالتالي فإن بطلان الشرط الجزائي لا يستوجب بطلان العقد، إذا كان الشرط الجزائي باطل[5]، فنكون هنا بصدد تطبيق المادة 104 من (ق.م.ج) ، ويتحقق ذلك بإسقاط الشرط الجزائي الباطل مع بقاء العقد صحيحا منتجا لأثاره بعد إسقاطه، أما إذا تبين أن الشرط الجزائي كان جوهريا دافعا للتعاقد، يبطل العقد و الشرط معا، ذلك أن الرضا المتعاقد لن يتحقق في هذه الحالة دون الشرط الجزائي الباطل، وتبعية العقد للشرط الجزائي الباطل اذا كان جوهريا دافعا للتعاقد، يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة في

---

[1] جاء في المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي تحديد لمعنى البند الجزائي اذ نصت على " البند الجزائي هو البند الذي يلتزم شخص بموجبه، لأجل ضمان تنفيذ اتفاقية، بأداء شيء في حال عدم التنفيذ"

[2] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 327.

[3] المادة 1231 من القانون الدني الفرنسي " يحق للقاضي في حال تنفيذ التعهد تنفيذا جزئيا ان يخفض الجزاء المتفق عليه حتى من تلقاء نفسه بنسبة استفادة الدائن من التنفيذ الجزائي ودون اخلال بتطبيق احكام المادة 115 وكل نص مخالف يعتبر كأنه لم يكن"

[4] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، 2007-2008، ص96-96 .

[5] نصت المادة 1227 من القانون المدني الفرنسي رتبت تبعية الشرط الجزائي للعقد حيث جاء فيها " يترتب على بطلان الالتزام الأصلي بطلان البند الجزائي ولايؤدي بطلان هذا الأخير الى بطلان الالتزام الأصلي".

الإنقاص، إذ يبطل الشرط و العقد معا إذا كان دافاع للتعاقد، في حين يبطل الشرط الجزائي وحده، ويبقى العقد صحيحا إذا كان الشرط غير دافع للتعاقد[1].

ثانيا: شروط التعسفية الشرط التعسفي هو كل شرط يتفق عليه المتعاقدان يؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين الحقوق و إلتزامات المتعاقدان، والتي تكون دائما في مصلحة الطرف الذي يتمتع بالمهنية أو المعرفية أو الحرفية أو النفوذ الاقتصادي [2].

عرفه المشرع الجزائري في المادة 5/3 من القانون 04-02[3] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ".

نصت المادة 110 من (ق.م.ج) " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"، إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل في هذه الشروط بما يرفع عنها إجحافها، أو يعفيه كلية منها، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[4].

إن قيام القاضي بتخفيف الشروط التعسفية في عقد الإذعان، أو إسقاطها كلية من على كاهل الطرف المذعن، ماهو إلا إعمل لفكرة الإنقاص، فهناك صورتين لإنقاص الشروط التعسفية: إما تعديل الشروط يعني الإبقاء عليها مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة، فعل سبيل المثال: في العقد العمل إذا كان الشرط المدرج يفرض غرامة مالية باهظة على العمال، كجزاء عن أخطاء بسيطة، كان للقاضي أن يعدلها بتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ الواقع

[1] عادل حسن علي سيد، المرجع السابق، ص 208 -207.

[2] منصور حاتم حسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2015، ص 156.

[3] القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الؤرخ في 18 اوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46، ص 11.

[4] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 162.

من العامل، ونكون هنا أمام سلطة التقديرية للقاضي بحيث يقوم بإنقاص الشروط التعسفية بالتعديل فيها مع ما يتناسب مع الضرر واقع [1].

إما بإعفاء الطرف المذعن منه، وذلك بإلغائه كليا من العقد في حالة إذا رأى القاضي أن الشرط الوارد في العقد[2]، هو شرط تعسفي وأن مجرد تعديله لا يفي بالحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع إلغاء هذا الشرط وتعطيله، مخلفا في ذلك القاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"[3]، والمسألة هنا تقديرية لمحكمة الموضوع سواء التعديل أو الإلغاء ولا رقابة للمحكمة العليا عليها في مثل هذا التقدير[4].

أما عن أثر اقتران الشرط التعسفي بعقد، فالشرط يبطل لوحده ذلك من خلال إعفاء الطرف الضعيف من شرط[5]، وبطلان الشرط اعلاه يتعلق بالنظام العام الاقتصادي الذي يمكن أثارته من كل صاحب مصلحة بإستبعاد الشرط التعسفي من العقد والابقاء على العقد مرتباً لآثاره، هو تغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل جزئياً إعمالا للمادة 104 من (ق.م.ج)، ونلاحظ من خلال ما سبق الشرط التعسفي يمكن للقاضي إسقاطه دون الاعتداد بإرادة الأطراف وذلك حسب سلطته التقديرية على خلاف الشرط الجزائي ف إذا اقترن بالعقد وكان دافعا للعقد فإنه يبطل العقد كله[6] .

الفرع الثاني: إنقاص مدة الاتفاق

كثيرا ما يتدخل المشرع ليفرض حدا أقصى لمدة بعض التصرفات القانونية، فإذا أبرمت هذه التصرفات لمدة تزيد على الحد الذي يفرضه القانون، فإنها تبطل أو لا تنفذ في حدود هذه الزيادة، وتبقى صحيحة فيما لا يجاوز المدة المحدد لها. نجد ذلك التطبيق في عقد الإيجار ومدة البقاء في شيوع وهذا ما ستتم دراسته في هذا الفرع.

---

[1] إبراهيم دسوقي أبو ليل، البطلان الجزئي للعقود و التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص172.

[2] المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك قد نص في المادة 132منه " البنود التعسفية تعد كأنها غير مكتوبة ويبقى العقد قابلا للتطبيق في جميع احكامه غير تلك التي اعتبرت تعسفية إذا كان استمراره ممكناً من دون هذه البنود"

[3] قرار لمحكمة النقض الفرنسية / الدائرة التجارية في 10/22/ 1996 "ان إشتراط المدين اعفاءه من المسؤولية الناشئة عن اخلاله بألتزام اساسي يجب اعتباره كأنه غير مكتوب لانه يتناقض ومدى تعهد اتخذه هذا المدين"، منصور حاتم حسن، المرجع السابق، ص 160.

[4] محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 76

[5] المشرع اللبناني في المادة (26) من قانون المستهلك، قد نصت على ان البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً على ان تنتج احكام العقد الاخرى كافة آثارها.

[6] منصور حاتم حسن، المرجع السابق، ص 161.

أولا: إنقاص مدة الإيجار المؤبد أو في حكم المؤبد

نصت أغلب التشريعات على ضرورة تأقيت عقد الإيجار[1] منها القانون المدني الجزائري بموجب المادة 467 المعدة بموجب القانون 07-05 والتي نصت على مايلي " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل إيجار معلوم...."، كما أن عقد الإيجار عقد زمني تقاس منفعة العين فيه بمقياس الزمن[2]، والغرض من تأقيت الإيجار هو حرص المشرع على الفصل بين المنفعة و الملكية بصفة مستمرة أو لمدة طويلة جدا، على رغم من أن عقد الإيجار عقد زمني مؤقت إلا أن المشرع الجزائري لم يضع حد أقصى لمدته ولا حد أدنى وترك تحديد ذلك للقواعد العامة[3]، ومقتضى تطبيق القواعد العامة إن المتعاقدان يستطيعان تحديد أية مدة للإيجار ما دامت هذه المدة لا تجعل الإيجار مؤبدا أو في حكم المؤبد [4].

أسست بعض الأحكام القضاء الفرنسي تارة إلى مضمون المادة 1172 من (ق.م.ف)، التي تجعل الأصل في عقد الإيجار باعتباره من عقود المعاوضة، باطلا في مجموعة، ما لم يتبين أن شرط تأبيد المدة أو شرط المدة الغير المعقولة التي تتجاوز الحد المسموح به غير جوهرية في نظر المتعاقدان، وتارة أخرى يستند إلى مضمون المادة 1709و التي تقرر أن عقد الإيجار لا يكون صحيحا إلا إذا كان لمدة محددة[5].

ذهب رأي آخر في الفقه إلى القول، أن الإيجار الذي تزيد مدته على الحد المعقول، لا يقع باطلا وإنما يكون صحيحا في حدود المدة القصوى، وفي مصر درج الفقه على تحديدها ب 60 سنه، أما في فرنسا حددت المدة ب 99 سنة قياسا للحد الأقصى لمدة عقد الحكر[6].

إن بقاء عقد الإيجار في حدود المدة القانونية يستند على نظرية انقاص العقد، وذلك لتوافر الشروط اللازمة لإعمال المادة 104 من (ق.م.ج)[7]، إذ يكون عقد الإيجار المؤبد قابلا للإنقسام و التجزئة،

---

[1] المادة 558 من القانون المدني المصري، والمادة 740 من القانون المدني العراقي .

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج6، المرجع السابق ، ص 140.

[3] لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي يضع حدا أقصى لمدة الإيجار، ولكن قوانين الثورة 1970 حرمت عقد اللامفيتور، إذا تجاوز مدة القصوى 99 سنة، وكذلك حرمت عقود الإيجار المؤبدة، فنقل القضاء في فرنسا هذا الحد عن عقد اللامفيتور الى عقود الإيجار، عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 172.

[4] السنهوري، الوسيط، ج 6، المرجع السابق، ص 142.

[5] Philippe Simler, op, cit, N°201,p244

[6] إبراهيم دسوقي أبو ليل، البطلان الجزئي للعقود و التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 165.

[7] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص349 .

بين الجزء الباطل و الجزء الصحيح، إذ يبطل عقد الإيجار في حالة التأبيد أو حكم التأبيد في حدود الذي تجاوز الحد المسموح به ، إضافة إلى تحقق شرط عدم جوهرية الشق الباطل في نظر أحد المتعاقدان، وطالما تحققت هذه الشروط يكون للقاضي الحكم بالإنقاص و تقليص المدة إلى الحد الجائز يترك مسألة تحديد المدة القصوى للسلطة التقديرية للقاضي، حيث تنتقص مدة الإيجار إلى الحد الذي يقدره القاضي لعقد الإيجار بحسب ظروف كل حالة، واذا تبين أن المتعاقدان ما كانا ليبرما العقد لولا المدة كلها، وهذا الحكم يتفق مع القواعد القانونية الرامية إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة الإجارية وهو المستأجر[1].

ثانيا: إنقاص مدة البقاء في الشيوع

تنص المادة 722 من (ق.م.ج) على أنه" **لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات ، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه** " .

فالأصل أن لكل شريك الحق في أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت، مالم يكن الشيوع إجباري بموجب نص في القانون ومالم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة معينة[2].

يشترط ألا تزيد مدة الاتفاق بين الشركاء على منع القسمة على خمس سنوات فإذا كانت مدة الاتفاق خمس سنوات فأقل، صح الاتفاق، أما إذا لم يحدد الشركاء أجلا للإتفاق، أو كان الاتفاق على منع القسمة بصفة دائمة، أو لأكثر من خمس سنوات، كانت المدة في جميع هذه الحالات خمس سنوات، واعتبر ما زاد عنها باطلا[3]

من خلال المادة 722 من (ق.م.ج)، تعتبر تطبيقا لنظرية إنقاص العقد (المادة 104 مدني جزائري)، ذلك أن الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة أكثر من خمس سنوات، قابلا للفصل و التجزئة، وذلك بتخفيض في الرقم أو الكم، يعد تجزئة للعقد ، وعلى ذلك فإذا كانت مدة الاتفاق أكثر من خمس سنوات، إن تخفيضها يعتبر تجزئة إلى جزء باطل و جزء صحيح، فيسقط الجزء

[1] Philippe Simler, op, cit, N°203-204,p 207.

[2] عبد الرزاق سنهوري، الوسيط ، الجزء 8، المرجع السابق، ص 885.

[3] قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2009/10/15، ملف رقم 547042، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، جزء 3، سنة 2010، ص 305.

الباطل ويتحقق الوجود الذاتي المستقل للجزء الصحيح المتبقي من الاتفاق، أما إذا تبين أن أحد الشركاء قد تعاقد على مدة أطول من خمس سنوات ، ما كان ليتعاقد لو أن المدة خمس سنوات فقط، فعند ذلك يكون العقد كله باطل، إذ لا يتحقق حينئذ الرضا في الاتفاق، فيبطل الاتفاق كله[1]

المطلب الثاني: تدخل القاضي إزاء إنقاص العقد بقوة القانون

إن فكرة الإنقاص هي نتيجة لسعي المشرع للحفاظ على إستقرار المعاملات، بالحيلولة دون زوال العقد كله وإنقاذ ما يمكن إنقاذه، إذ نجد المشرع قد قرر في كثير من نصوص القانون المدني على إعمال إنقاص العقد بقوة القانون، مما يوحي أنه لا يأخذ بإرادة الأطراف في تطبيقه، بل أن سعيه كان جليا في الحفاظ على العقد، وبطلان كل الإشتراطات المخالفة دون بطلان العقد برمته[2]، حت أصبحت القاعدة الواردة في المادة 104 من (ق.م.ج)، وكذلك الشأن بالنسبة إلى توجه المشرع في العديد من القوانين الخاصة[3]، وهو ما تكرسه المحكمة العليا في العديد من قراراتها[4].

ستتم دراسة في هذا المطلب أهم التطبيقات إنقاص بقوة القانون التي أوردها المشرع في القانون المدني، شرط تملك العقار وشرط الطريق الممهد في **(الفرع الأول)**، أما **(الفرع الثاني)** شرط الإعفاء من الضمان.

---

[1] عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 166-167.

[2] أنظر :المواد (625،622،556،490،441،434،430،377،184،178،110،107) من القانون المدني الجزائري.

[3] أنظر :على سبيل المثال لا على سبيل الحصر المواد (3/52، 77، 2/631، 733) من القانون التجاري، المادة 66 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المادة 35 من قانون الأسرة، المادة 37 من الأمر 03-07 المؤرخ في 19 يوليو2003 ، والمتعلق ببراءات الإختراع، المادة 13 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

[4] قرارات المحكمة العليا ،الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 32463 ، بتاريخ 1984/06/23، المجلة القضائية لسنة 1989 ، عدد 01 ، ص 149 ، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم57821 بتاريخ28 /1990/05 1990، المجلة القضائية لسنة 1995 ، عدد 01 ، ص 149 ،(وهذه القرارات واردة على سبيل المثال).

الفرع الأول: شرط تملك العقار وشرط الطريق الممهد

شرط تملك الدائن للمال المرهون عند عدم إستيفائه لحقه وقت حلول أجله، وكذلك شرط الطريق الممهد الذي يرخص للدائن بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية في حالة عدم سداد، كلاهما باطل ومحظورا قانونيا[1].

تنص المادة 1/903 من (ق.م.ج) على ما يلي " يكون باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلوله الأجل في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"

يبدوا واضحا من خلال نص المادة المذكور أعلاه، أنه إذا حصل اتفاق في عقد الرهن الرسمي ذاته أو في اتفاق لاحق، بين الدائن والمرتهن والراهن سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا، قبل حلول أجل الدين، على أنه إذا لم يتمكن الراهن الوفاء بالدين الذي يقع على عاتقه، يكون للدائن المرتهن الحق في تملك العقار المرهون بثمن يساوي الدين المستحق، أو بثمن آخر أكثر منه أو أقل، فإن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام[2].

ويبطل أيضا الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن، كفيلا عينيا أو مدينا، والذي يشترط فيه الدائن المرتهن على الراهن في حالة عدم الوفاء بالدين، بيع العقار المرهون بالممارسة أو بأية طريقة أخرى دون إتباع الإجراءات التي فرضها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويسمى هذا الشرط بشرط الطريق الممهد" clause de voie parée" ويبطل لمخالفته النظام العام وذلك حماية للراهن الذي يكون في مركز ضعيف[3].

لكن أهم ما يلاحظ في نص المادة 903، وشرط البيع دون إتباع الإجراءات القانونية في حالة عدم وفاء المرتهن بالدين، دون أن يحدد مصير العقد الذي اقترن بأحد الشرطين، لذلك يمكن القول أن المسألة تخضع للقواعد العامة الواردة في المادة104 من (ق.م.ج.) والتي تتعلق بإنقاص العقد، بحيث يقتصر البطلان على شرط تملك العقار المرهون وحده دون أن يمتد إلى عقد الرهن الرسمي،

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 133.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1980 ، ص 422.

[3] سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991، ص 124 ، هامش رقم (1).

أي أن العقد يبقى صحيحا، أما لو كان الشرط تملك العقار المرهون دافعا للتعاقد في قصد الدائن المرتهن، فيبطل الشرط والعقد معا أن المشرع قد اكتفى بمنع شرط تملك العقار[1].

الفرع الثاني: شرط الإعفاء من الضمان

الضمان هو مجموعة من الإلتزامات يفرضها المشرع تقع على عاتق البائع إذا كنا بصدد عقد البيع، فعلى البائع الإلتزام بضمان التعرض سواء كان من فعله الشخصي أو فعل الغير، والإلتزام بضمان الإستحقاق، و إلتزامه بضمان العيوب الخفية، بالإضافة إلي ضمان العرشية فيما يخص عقد المقاولة.

أولا: شرط الإعفاء من ضمان الإستحقاق

عقد البيع: من التطبيقات التشريعية التي وردت في عقد البيع ما جاء في نص المادة 377 من (ق.م.ج) [2]على انه " **يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه، ويفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشتراط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري، ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير**".

كما نصت المادة 378 من (ق.م.ج) على أنه " **يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ بفعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ، ويقع باطل كل إتفاق يقضي بغير ذلك** ".

فمن خلال حكم هذه المادة 377 نرى بان المشرع أجاز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف حكم هذه المادة [3]، ذلك لان هذه الأحكام مكملة لإرادة المتعاقدين ونرى أن هذه الأخيرة ليست من النظام العام يجوز الإتفاق على تعديلها، كما يلاحظ أن تعمد إخفاء حق الغير، هو تطبيق من تطبيقات (الغش) التي لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية منها، فيعتبر أنَّ هذا النص معيب، فهو يفسح المجال للبائع سيء النية للتهرب من التزامه بضمان الاستحقاق، ذلك أن النص وكما هو وارد فيه، يشترط– حتى لا يرتب شرط الإعفاء آثاره –أن يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي،

[1] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص330

[2] نصت المادة 455 مدني مصري من أنه ":يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان."

[3] لقد اعتبر القانون المدني الأردني، العقد الذي يتضمن شرطًا يعفي البائع من ضمان الثمن، عند استحقاق المبيع للغير هو عقد فاسد، حيث جاء نص المادة 506 /2 من القانون الأردني ليؤكد على ذلك حيث جاء فيها ما يلي" :لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع للغير ويفسد البيع بهذا الشرط".

وبمفهوم المخالفة، فإن شرط الإعفاء لا يرتب آثاره إذا لم يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي، وذلك من خلال صعوبة الإثبات ، و الإخلال بواجب الإعلام الذي يعد تطبيقا للمبدأ الراسخ في العقود القاضي بالتزام حسن النية في العقود[1].

أجازت المادة 377/ 1 للبائع أن يشترط إعفائه من الضمان لبعض أعمال التعرض التي قد تقع، كأن يشترط عدم ضمانه في حالة ما يطالب الغير بحق ارتفاق غير ظاهر على المبيع، ويقع باطلا الشرط المنقص للضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير وذلك طبقا لأحكام المادة 377 /3 من القانون المدني ويكون مسئولا عن الضمان طبقا للمادة 378 من القانون المدني ويقع باطل كل إتفاق يقضي بغير ذلك[2]، فكل إتفاق يقضي بخلاف ذلك جاز للقاضي تدخل إزاء إنقاص العقد تطبيقا للمادة 104 من (ق.م.ج)، ويكون هذا الإنقاص بقوة القانون ودون الإعتداد بإرادة الأطراف ذلك أن كل شرط يقضي بالإعفاء من ضمان الإستحقاق إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير أو كان نزع اليد نشأ عن فعلته يصبح مخالفا للقانون.

عقد الإيجار: تنص المادة 490 من القانون المدني الجزائري" **يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان**".

ويلاحظ أن شرط الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه يقع باطلا إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان، وعلى ذلك إذا كان المؤجر يعلم أن للغير حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر وأخفاه متعمدا عن الأخير غشا منه، فإن الشرط يقع باطلا أما إذا كان يعلم بحق الغير ولكنه لم يتعمد إخفائه فالشرط الصحيح، فبمجرد علمه بالسبب لا يتضمن في ذاته غشا، فقد يكون المستأجر عالما بنفسه، ويمكن أن يتخذ علم المستأجر بالسبب قرنية على أنه أراد ضمناً إعفاء المؤجر من الضمان حتى بدون شرط، فمن خلال ما سبق يكون تدخل القاضي بإنقاص العقد بقوة القانون مثل ما تم بيانه في عقد البيع، ودون الإعتداد بإرادة الأطراف ، ذلك أن يقع باطل كل شرط

[1] احمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص 84.

[2] ربيحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، فلسطين، 2007، ص 105.

يعفي من ضمان الإستحقاق إذا كان كلا من البائع أو المؤجر قد أخفى بغش منه سبب هذا الضمان[1].

ثانيا: شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية

نصت المادة 384 من القانون المدني الجزائري [2]على أنه " **يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق أن يزيدا في الضمان أو أن ينقضا منه أن يسقط هذا الضمان غير أن يشترط أن يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعدد إخفاء العيب في المبيع غشا منه** "

من خلال المادة نلاحظ أنّ الإتفاقيات سواء كانت بالإسقاط أو إنقاص ضمان العيوب الخفية جائز، على رغم من أن هذه الإتفاقيات تحدث إختلال للتوازن العقدي، إذن فأحكام ضمان العيوب الخفية في القانون المدني الجزائري لا تتعلق بالنظام العام إذ يجوز التعديل فيها[3].

إلا أن هذا المبدأ له حدود يقف عندها، ومن ذلك يشترط القانون المدني الجزائري هو أنه لا يجوز للشخص طبقا للقواعد العامة أن يشترط عدم المسؤولية عن غش صدر منه فالشرط هنا يقع باطل لأنه وليد الغش والغش لا يحميه القانون[4]، ولا يجوز بالتالي أن يستفيد هذا البائع من التصرف القانوني بالإنقاص أو إسقاط الضمان ينشأن عيب أخفاه عن المشتري غشا منه، وفقا للقانون المدني الجزائري، ملزما بإثبات غش المحترف بشأن إخفاء العيب عليه، حتى ي سُ قْ طِ بنود الإعفاء أو الإنقاص الضمان[5].

كما أن المشرع الجزائري شدد على بطلان شرط الإعفاء من ضمان بعد أن كانت تحكمه القواعد العامة وذلك من خلال القانون 09-03 لحماية المستهلك وذلك من خلال المادة 13 "**يستفيد كل متقن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من**

[1] بلعياد سامي، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسنطينة، 2005، ص 118.

[2] نصت المادة (453) مدني مصري على أنه ":يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أنيزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه"

[3] احمد سليم فريز نصرة، المرجع السابق، ص 94.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء 4، دار إحياء التراث، بيروت، 1956، ص 737.

[5] سار القضاء الفرنسي على بطلان كل شرط إعفاء من الضمان أو تقييد له في عقود البيع التي يكون فيها البائع محترفا بسبب إفتراض سوء النية هذا الأخير بموجب قرينة قاطعة وأصبح هذا الحكم في القضاء الفرنسي من النظام العام حيث يثيره القاضي من تلقاء نفسه، بلعياد سامي، المرجع السابق، ص 119.

الضمان بقوة القانون... يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة "، بصدور المرسوم تنفيذي رقم266 / 90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، أكد المشرع مبدأ منع البنود المنقصة أو المسقطة للضمان، إذ نصت المادة العاشرة منه على أنه "**يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله، والمراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها**".

نستنتج أن قواعد أحكام الضمان في القانون المدني الجزائري لا تتعلق بالنظام العام إذ يجوز لأطراف عقد البيع، أن يتفقوا على مخالفتها إما بالزيادة أو بالإنقاص أو حتى بالإسقاط، وهو الأمر الذي لم يعد يتماشى مع اختلال الموازين بين التزامات المحترف والتزامات المستهلك، إذ تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون 09-03 [1]و المتعلق بحماية المستهلك وكذا المرسوم التنفيذي 266-90[2]المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، وأضفى حماية معتبرة للمستهلك ، إذ منع منعا قاطعا بنود إسقاط أو إنقاص الضمان ، فأخضع أحكامها للنظام العام،وفي نفس الوقت ترك حرية الاتفاقات على زيادة الضمان ، لما فيها من فائدة للمستهلك ، وهو في ذلك أي المشرع الجزائري ، قد استخلص تلك الأحكام الحمائية ، كعصارة للاجتهاد القضائي الفرنسي ، لما يقارب قرن من الزمن من الريادة في هذا المجال، فالمشرع الفرنسي لم يورد نصا صريحا مشابها للنص الجزائري من حيث جواز التعديل أحكام الضمان، إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي سار على بطلان كل شرط إعفاء من الضمان أو تقييد له في عقود البيع التي يكون البائع فيها محترفا، أصبحت في القضاء الفرنسي من النظام العام فيجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه [3].

كذلك يشترط لصحة الاتفاق ألا يكون البائع قد إرتكب خطأ جسيم ويستفاد من هذا الشرط من نص المادة 178 من (ق.م.ج) " وكذلك يجوز الاتفاق على الإعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ إلتزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم"، و الخطأ الجسيم في نظر البعض بمثابة سوء نية ومن ثم يترتب عنه بطلان الاتفاق الإعفاء من الضمان[4].

[1] قانون رقم 09 – 03 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مؤرّخ في 25 فيفري 2009 الموافق 29 صفر 1430، الجريدة الرسمية، العدد15، ص 12.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 90-266 متعلق المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، مؤرّخ في 15 سبتمبر 1990 الموافق 25 صفر 1411، الجريدة الرسمية، العدد 40، ص 1246.

[3] محمود زموش، نظرية العيوب الخفية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الدكتورة، قسنطينة، 2004-2005، ص219.

[4] بلعياد سامي، المرجع السابق، ص 119.

وبذلك يكون تدخل القاضي بموجب المادة 104 من (ق.م.ج) وذلك بإنقاص العقد بقوة القانون ودون الإعتداد بإرادة الأطراف، من كل شرط يعفي من ضمان عيوب الخفية سواء كان بغش من البائع كالمنصوص عليها في القواعد العامة، او النصوص عليها في قانون حماية المستهلك التي تنص على بطلان كل شرط إعفاء أو إنقاص من ضمان. وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي حيث أعتبر أن الشرط الذي يعفي بائع بناية من الضمان ليس له أي مفعول في حالة سوء نيته ، كما نصت نص المادة 66 من قانون العمل الفرنسي المتعلق ببيع الآلات التي ينتج عن وجود العيب فيها ضرر للعمال المسيرين حين أعتبر أن الضمان الناتج عن وجود هذا العيب يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه[1]

ثالثا: شرط الإعفاء الضمان العشري للمهندس والمقاول

تقتضي المادة 554 من القانون المدني الجزائري "**يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني وأقاماه من منشآت ثابتة ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.**"

ومن خلال دراسة النص السابق يتبين أن الضمان العشري إلتزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول في القانون المدني الجزائري، والمهندسين الممارسين المقاولين وكل من يربطهم برب العمل عقد مقاولة يضمن خلاله هؤلاء ما يحدث من تهدم المبنى سوء كليا أو جزئيا خلال مدة تدوم عشر سنوات[2].

وجاء نص المادة 556من (ق.م.ج) على أنه " **يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من ضمان أو الحد منه** ".

وتنص المادة 18 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري[3]" **أن كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عنها في المادتين 11**

[1] محمود زموش، المرجع السابق، ص 227 -226.

[2] عايدة مصطفاوي، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 6، جانفي 2012، ص 268.

[3] مرسوم التشريعي 39-03 متعلق بالنشاط العقاري، مؤرخ في 1 مارس 1930 الموافق 7 رمضان 1413، الجريدة الرسمية، العدد 14، ص4.

و14 وفي المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل أو تحديد مداها إما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده يعد باطلا وكأنه لم يكن."

أن ضمان المهندس والمقاول في القانون الجزائري تعتبر من النظام العام الذي هو وفقاً لنص صريح – كما بينا سابقاً – حيث أراد المشرع أن يدعم هذه الحماية بنص لا يجيز الإتفاق على الحد منها أو الإعفاء عنها، فلا يجوز أن يشترط المهندس أو المقاول في عقد المقاولة أنه بمجرد تسليم صاحب العمل للبناء تسليماً نهائياً تبرأ ذمة المهندس أو المقاول من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء في حين أن العيوب الخفية لا يجوز الإعفاء من ضمانها، كما لا يجوز الإتفاق على الإشتراط بأن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسلم العمل بدلاً عن عشر سنوات أو أن يقتصر الضمان على عيوب معينة أو لا يشمل الضمان عيوباً معينة، فكل هذه الإتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام، ولقد أسبغ المشرع مزيدا من الحماية على صاحب العمل بإيراد هذا النص، وجعل مسألة الضمان واجبة، ولم يجز الاتفاق على إعفاء المقاول والمهندس من الضمان، وأعتبر كل شرط يؤدي إلى ذلك باطلا، والبطلان يقع في الشرط، ولا يمتد إلى العقد، وإلى سائر شروطه ما دامت صحيحة [1]، وبما أنها من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه ويدخل بقوة القانون لإبطال أي شرط يخالف ذلك تطبيقا للمادة 104 من (ق.م.ج) حتى وإن كانت هذا الشرط دافع للتعاقد، يبطل الشرط لمخالفته النظام العام ويبقى العقد صحيحا ويرجع صاحب العمل بالضمان عن جميع العيوب التي نص عليها القانون ولكل مدة العشر سنوات بالرغم من أي إتفاقٍ مخالف[2].

نلخص مما سبق أن تدخل القاضي لإنقاص العقد بقوة القانون، دون مراعاة شروط إنقاص العقد، سالفة الذكر، سعيا منه لتحقيق المتطلبات الأساسية المرتبطة بإبرام التصرفات القانونية، كالمنفعة الاقتصادية و الاجتماعية وإحترام العدالة العقدية[3]، فيكون بذلك القاضي يطبق نظرية إنقاص العقد المنصوص عليها في المادة 104 من (ق.م.ج) وفقا للمعيار الموضوعي، والذي يستند إلى إعتبارات النظام العام، والعبرة من إنقاص العقد بقوة القانون ودون الإعتداد بإرادة الأطراف، هو إرساء الحماية للطرف الضعيف الذي لو أبطل العقد بأكمله تتحقق الفائدة للطرف القوي الذي وضع الشرط[4].

---

[1] عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، مصر، 2007، ص97.

[2] عايدة مصطفاوي، المرجع السابق، 270.

[3] على فيلالي، المرجع السابق، ص 278.

[4] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 319-320.

الخاتمة

الخـــاتـــمة

إن إنقاص للعقد من المسائل المهمة والمفيدة في ظل توسيع نطاق المبادلات الاقتصادية خاصة وأنها تسعى دائما للحفاظ على أهم وسيلة للتبادل الاقتصادي وتضمن إستمراره وهو العقد وبعد دارستنا لهذا الموضوع توصلنا للنتائج الآتية:

أولا: توصلنا إلى أن إنقاص العقد يعني قيام القاضي بإهدار الشق المعيب من العقد في سبيل الإبقاء على الشق الآخر، اعتمادا على إرادة المتعاقدين، وعندها يبقى العقد مرتبا لآثاره التي قصدها المتعاقدان ولكن بصورة منتقصة، ليعالج بهذا الحكم حالات كثير ما تقع في الواقع العملي للمعاملات بين الأفراد.

ثانيا: تبين لنا إنقاص العقد أنه عام تطبيق فهو يتسع ليشمل بجانب العقود جميع التصرفات القانونية الأخرى سواء أكانت تصرفات إنفرادية ملزمة لجانب واحد فقط أم ملزمة لجانبين وسواء أكانت معاوضة أو مجانية.

ثالثا: المجال الحقيقي لإنقاص العقد هو البطلان الجزئي الذي يلحق العقد، حيث يقتصر البطلان على الجزء المعيب وينتقص العقد ويضل الباقي صحيحا منتجا لآثاره دون أن يمتد إليه البطلان.

رابعا: يكون إعمال إنقاص العقد وفقا للنظرية تقليدية بما ينسجم مع قصد المتعاقدان، أي بتطبيق المعيار الذاتي، إلا أنه في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة بات من ضروري إحلال المعيار الموضوعي الذي لا مجال لإعتداد بإرادة الأطراف.

خامسا: إن نص المادة 104 من (ق.م.ج) أعطى حصانة قانونية للقاضي في تطبيق إنقاص العقد، تزييل كل لبس حول مدى مشروعيته بموجب نص صريح، ورغم ذلك نجد ندرة كبيرة في اجتهاد القضاء الجزائري حول موضوع إنقاص العقد، مقارنة مع القضاء الفرنسي الذي تعامل مع إنقاص العقد في الكثير من الأحكام رغم عدم وجود نص صريح في القانون المدني الفرنسي يقضي بذلك وهو بذلك عرضة للعديد من الانتقادات.

سادسا: من نتائج الهامة التي توصلنا إليها عند دراسة تطبيقات الإنقاص، أنه يتحقق بإحدى الوسيلتين: إما بإرادة الأطراف وذلك بإقتطاع الشق الباطل أو القابل للإبطال الذي تقرر إبطاله بشرط ألا يكون سبب الباعث للتعاقد وهذه وسيلة تسمى بالإنقاص المادي عند البعض من الأراء الفقهية، وإما يكون الإنقاص دون أن يكون لإرادة الأطراف المتعاقدة إعتبار، وذلك يكون إما بالتخفيض الكمي لبنود العقد إلى الحد القانوني المقرر وهذه الوسيلة تسمى بالإنقاص المعنوي أو بمجرد مخالفة العقد لقواعد القانون ينتقص العقد ويسمى إنقاص بقوة القانون، ولا شك أن هذه التطبيقات تعزز من وجود فكرة إنقاص العقد.

وفي نهاية دراستنا نخلص إلى بعض الإقتراحات التي يمكن إيجازها فيما يلي:

1) برغم من أهمية إنقاض العقد على الصعيد الاقتصادي وحتى الاجتماعي إلا أنها لا تطبق بشكل كبير كذلك نرى ضرورة دراسة النظرية بشكل أكثر وتوسيع الإستفادة منها خاصة في ظل توسع نطاق المبادلات الاقتصادية ولضمان أكثر لإستقرار المعاملات.

2) كذلك نرى من الضروري سن عدد من النصوص القانونية لنظرية إنقاص العقد، ودراستها دراسة تفصيلية لأن تطبيقها بنص واحد قاصر عن لم جميع جوانبه، يجعل من نطاق تطبيقه ضيق.

قائمة المراجع

قائـــــمة المراجـــــع

أولا: باللغة العربية

- **الكـــتب :**

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية (دراسة تحليلية وتطبيقية لنظرية الإنقاص)، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
2. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، الكويت، سبتمبر 1987.
3. أحمد شوقي عبد الرحمان، العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
4. أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر ،2004.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
6. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، درا الفكر الجامعي ،2006.
7. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991.
8. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997.
9. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، 2008.

- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف الحوالة الانقضاء، الجزء 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1958

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1980 .
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء 4، دار إحياء التراث، بيروت، 1956.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء 6، المجلد الأول، دار إحياء الثرات العربي، بيروت، سنة 1980.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء 1، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1956 .
- عبد الرزاق سنهوري لوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1967.

10. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974،
11. عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1994 .
12. على فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر،2008.
13. علي حسن الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون)، دار كنوز اشبيليا، 2009.
14. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة2 ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2008.
15. علي نجيدة، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 2006،

16. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، قصر الكتاب،2006 .

17. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطة،2004.

18. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومة، الجزائر، 2007.

19. محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر،2000 .

20. محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2002.

21. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة،1980 .

22. محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، النظرية العامة للإلتزام، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، 2007.

23. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزامات، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر،2004 .

24. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، الطبعة الأولى، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

- **الرسائـــــل الجـــــامعـية**

1. احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2006.

2. إسعد سعيدة، الآثار العرضية للعقد الباطل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، عقود ومسؤولية، البويرة، 2013-2014

3. بلعياد سامي، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسنطينة، 2005.

4. بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، 2007-2008.

5. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956.

6. حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، جامعة الجزائر، 1986.

7. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المسؤولية المهنية، الجزائر، 2012-2013.

8. حنان زغاري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائر، 2008.

9. خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2007-2008.

10. ربيحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، فلسطين، 2007.

11. عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، رسالة الدكتورة، مكتبة زهراء الشرق، مصر،1990.

12. عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، مصر، 2007.

13. عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الإلتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، العقود والمسؤولية، الجزائر، 2002- 2003.

14. غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص، تلمسان، 2014-2015.

15. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد (دراسة مقارنة القانون الجزائري وفقه الإسلامي)، مذكرة لنيل شهادة الدكتورة، تخصص شريعة وقانون، باتنة، 2011-2012.

16. محمود جمعة أبو بكره، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع القانون المدني والقوانين العربية الأخرى، ماجستير، الجزائر، 1975.

17. محمود زموش، نظرية العيوب الخفية (دراسة مقارن)، مذكرة لنيل شهادة الدكتورة، قانون خاص، قسنطينة، 2004-2005.

18. ناصر متعب بنيه الخريج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة مع القانون الأردني)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كويت، 2006.

- **المقـــــالات :**

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، سبتمبر 1987.

2. إيمان طارق ألشكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية، كلية القانون، المجلد10، العدد6، العراق، دون سنة.

3. خليل أحمد حسن قدادة، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 12، العدد الثاني، ص 151-151، يونيو 2004.

4. عايدة مصطفاوي، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 6، جانفي 2012.

5. محمد بن عمارة، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد 6، افريل 2013.

6. منصور حاتم حسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2015.

- **النصوص القانونية**

1. القانون المدني الجزائري

2. القانون المدني الفرنسي

3. القانون المدني المصري

4. القانون المدني الأردني

5. قانون رقم 09 – 03 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مؤرّخ في 25 فيفري 2009 الموافق 29 صفر 1430، الجريدة الرسمية، العدد15.

6. القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الؤرخ في 18 اوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46.

7. القانون رقم 11/90 يتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أفريل 1990 ، بالجريدة الرسمية ، عدد17.

8. مرسوم التشريعي 39-03 متعلق بالنشاط العقاري، مؤرخ في 1 مارس 1930 الموافق 7 رمضان 1413، الجريدة الرسمية، العدد 14

9. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 متعلق المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، مؤرّخ في 15 سبتمبر 1990 الموافق 25 صفر 1411، الجريدة الرسمية، العدد 40.

- **مجـــــلات القضـــــائيـــــــة**

1. المجلة القضائية، العدد 01،1994

2. المجلة القضائية عدد 01، سنة 1989

3. المجلة القضائية عدد01 ، سنة 1995

4. المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1994.

5. مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006.

6. مجلة المحكمة العليا، العدد 2 ،2011.

7. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، جزء 3، سنة 2010.

ثانيا: باللغة الأجنبية

- **Théses**

1. Henri Capitant, de la cause des obligations, thèse, paris, 1923.

2. Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Paris,1968.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول: الدراسة النظرية لإنقاص العقد	**06**
المبحث الأول: مفهوم إنقاص العقد	07
المطلب الأول: تعريف إنقاص العقد وتحديد طبيعته	07
الفرع الأول: تعريف إنقاص العقد	07
الفرع الثاني: تحديد طبيعة إنقاص العقد	13
المطلب الثاني: شروط إنقاص العقد	17
الفرع الأول: بطلان شق من العقد	17
الفرع الثاني: قابلية العقد للتجزئة	18
الفرع الثالث: عدم جوهرية الشق الباطل أو القابل للإبطال	20
المبحث الثاني: نطاق إنقاص العقد	22
المطلب الأول: إنقاص العقد الباطل في شق منه	22
الفرع الأول: بطلان الشروط الثانوية في العقد	23
الفرع الثاني: بطلان الشروط الجوهرية في العقد	27
المطلب الثاني: إنقاص العقد القابل للإبطال في شق منه	31
الفرع الأول: الإنقاص لعيوب الرضا	32
الفرع الثاني: الإنقاص لنقص الأهلية	35
الفصل الثاني: الدراسة التطبيقية لإنقاص العقد	39
المبحث الأول: دور إرادة الأطراف المتعاقدة في إنقاص العقد	40
المطلب الأول: شرط المنع من التصرف	40
الفرع الأول: المصلحة المشروعة للشرط منع من التصرف	41
الفرع الثاني: تأقيت الشرط المانع من التصرف	43
المطلب الثاني: شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية	45
الفرع الأول: تعريف شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية	45

الفرع الثاني : أثر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد	46
المبحث الثاني: سلطة القاضي في إنقاص العقد	49
المطلب الأول: تدخل القاضي إزاء إنقاص العقد بالتعديل	49
الفرع الأول: إنقاص الشرط المغالي فيه كميًا	49
الفرع الثاني: إنقاص مدة الاتفاق	52
المطلب الثاني: تدخل القاضي إزاء إنقاص العقد بقوة القانون	55
الفرع الأول: شرط تملك العقار وشرط الطريق الممهد	56
الفرع الثاني: شرط الإعفاء من الضمان	57
الخاتمة	64
قائمة المراجع	67
الفهرس	75

"تم بحمد الله وتوفيقه"