



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري . قسنطينة .

كلية الحقوق



تحول العقد في القانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تخصص . قانون مدني ، عقود ومسؤولية .

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد الرزاق بوبندير

إعداد الطالبة:

نريمان خمار

لجنة المناقشة:

أ /د السعيد بوعنافة أستاذ التعليم العالي جامعة منتوري قسنطينة رئيسا

أ /د عبد الرزاق بوبندير أستاذ التعليم العالي جامعة منتوري قسنطينة مشرفا/ مقررا

د / سليم بودليو أستاذ محاضر جامعة منتوري قسنطينة عضوا

السنة الجامعية: 2016. 2017

" إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده:

لو غير هذا لكان أحسن، لو زيد كذا لكان يستحسن، لو قدم

هذا على ذاك لكان أفضل، لو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من

أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

العماد الاصفهاني

الأهداء



أهدي هذا العمل المتواضع

إلى روح من افتقدتهما كثيرا، ودرست من أجلهما، والدي

إلى روح العزيز الغالي على قلبي أخي مراد

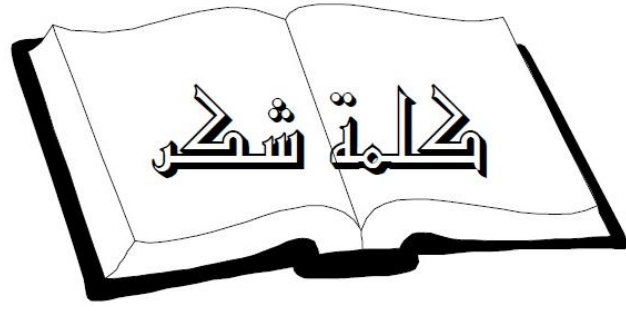
إلى أخواتي وجميع أبنائهم حفظهم الله

إلى صديقاتي

إلى الأستاذ الفاضل سوائم سفيان..... اعترافا مني بفضلته.....

"أرجو من كل من يطلع على هذه الرسالة أن يترحم على روح: أبي،

أمي، أخي".



بعد حمد الله سبحانه وتعالى وشكره الذي وفقني لإتمام هذه الرسالة، أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والعرفان، فمهما قدمت فلن أوفي ومهما شكرت فلن أجزى لكن لا أقل من أن أقول شكرا ولا أقل من أن أقول جزى الله عني خيرا من أسدى إلي خيرا.

فشكرا لمن بذل معي قصارى الجهد، وأعطاني كل الوقت ودلني على طريق العمل الصحيح شكرا لمن قدم لي من أهل العلم علمه، ونور عقلي بفكرة، وأسدى إلي نصيحة. أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور " عبد الرزاق بوبندير " الذي تكرم علي بقبول إشرافه على هذه الرسالة التي تابعتها من أولها إلى آخرها، وأفادني بملاحظاته القيمة وتوجيهاته النافعة حتى وصلت الرسالة إلى ما أرجوه لها من القبول عند الله، وعند أهل العلم.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الكرام لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة لإثرائها بملاحظاتهم القيمة، وأرائهم السديدة ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إخراج هذه الرسالة إلى حيز الوجود.

وللجامعة ومسئولياتها شكر وتقدير وثناء للرعاية والعناية والوفاء، امتثالاً للتوجيه

النبوي: " فمن لا يشكر الناس لا يشكر الله".

مقدمة:

يعتبر العقد أحد مصادر الالتزام، وهو ينشأ عن اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء¹، وإذا استوفى العقد أركان انعقاده وشروط صحته صار نافذا ومرتباً لجميع آثاره.

وإذا تخلف أحد أركان انعقاد العقد أو أحد شروط صحته بطل العقد، ويترتب على بطلان العقد أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد²، والأصل أن بطلان العقد لا يقتصر على المتعاقدين بل يمتد إلى الغير، والمقصود بالغير من تتأثر حقوقه أو مصالحه بصحة العقد أو بطلانه ولم يكن طرفاً في العقد.

وحرصاً على ضمان استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية من بطلان العقد أو قابليته للإبطال فقد رتب القانون المدني الجزائري وبعض القوانين المدنية المقارنة، بعض الآثار العرضية للحد من الأثر الرجعي للبطلان، ومن أهم هذه الآثار تبني نظرية إنقاص العقد في حالة ما إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال³، ونظرية تحول العقد في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال⁴.

وتتلخص نظرية تحول العقد موضوع بحثنا أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح، فيتحول التصرف الذي قصده المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى التصرف الذي توفرت فيه عناصره وهو التصرف الصحيح، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً وليس أثراً أصلياً.

(1) المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

(2) المادة 103 من القانون المدني الجزائري.

(3) المادة 104 من القانون المدني الجزائري.

(4) المادة 105 من القانون المدني الجزائري.

ونظرية تحول العقد في أصلها نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وأخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة في صريح المادة 140 منه، والتي تنص على أنه: "إذا كان العمل القانوني الباطل يفى بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض المتعاقدان كانا يريدانه، ولو كانا يعلمان بالبطلان"، والتي تعتبر أول تنظيم قانوني لتحول العقد ومنهلاً للقوانين المدنية المقارنة التي استقت منه ونقلت عنه.

وقد حدا المشرع الجزائري حدود المشرع الألماني بتبنيه نظرية تحول العقد بأن نص في المادة 105 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

ولم تظهر نظرية تحول العقد في فرنسا بشكل واضح إلا في أوائل القرن العشرين، فالقانون المدني الفرنسي لم يتضمن نصاً مماثلاً للنص الألماني يعالج فيه تحول العقد، واكتفى بتطبيق القواعد العامة عن طريق الاعتراف بصحة بعض التصرفات القانونية التي لم تستوف أركانها القانونية، لكن أصبحت تحمل وصفاً آخر غير الذي تبنته الأطراف المتعاقدة، وفيما سواها فإن التصرفات القانونية يكون مصيرها البطلان فقط ولا يمكن أن تتحول إلى تصرفات صحيحة¹.

يضاف إلى ذلك أن الفقه الفرنسي استوحى حكم النص بغير سند تشريعي بالاستناد إلى دور الإرادة في إنشاء التصرف والالتزام²، رغم أن المادة 18 المعدلة من المشروع التمهيدي للقانون الفرنسي نصت على الآتي: "إذا كان التصرف باطلاً فيمكن إضفاء وصف

(1) علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص 53. 54.

(2) محمد عبد العكاشة، طارق مجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 261.

تصرف آخر صحيح عليه إذا كان هذا الوصف مطابقاً لإرادة الطرفين المعلنه"، والنص لا يقصد تحول العقد لا من قريب أو من بعيد بل هو تفسير لإرادة المتعاقدين الحقيقية المتجهة إلى التصرف الصحيح وهذا مجاله التفسير، أو هو تصحيح التكييف الخاطئ الذي أضفى على التصرف سواء قصد إلى ذلك طرفاً العقد أم كانا يجهلانه، أو هو تصحيح للتسمية الغلط¹.

وقد عرف الفقه الإسلامي تحول العقد بتسمية انقلاب العقد من خلال القاعدة الفقهية: "العبرة في العقود للمقاصد لا للألفاظ والمباني" على اعتبار أن انقلاب العقد أثر استثنائي للعقد الباطل، وذلك لاهتمام الفقه الإسلامي بضرورة الاستفادة من العقد الباطل في الحدود التي لا تخالف أحكام الشرع الإسلامي ولا تخل بميزان العدل والحق².

ولم يقف الأمر عند الفقهاء المسلمين عند حد إقرار نظرية تحول العقد من خلال تطبيقاتها، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك عندما أقاموا تحول العقد على أساس موضوعي بدلاً من الأساس الذاتي الذي اعتمده القانون الوضعي، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد³، كما بلغ تطبيق تحول العقد أعلى درجات التنظيم، فنجد الأمثلة العملية كثيرة مثبتة في كتب الفقهاء وبخاصة في كتب المعاملات⁴، وهذا يدل على حرص الشريعة الإسلامية على تصحيح العقود بقدر المستطاع.

(1) رأفت الدسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، ص 47، صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، ص 19.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 31، منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، دار نارس للطباعة والنشر، أربيل، كردستان، العراق، 2006، ص 188.

(3) آمال سليم، تحول العقد في القانون المدني، رسالة ماجستير في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منار، تونس، 2005، 2006، ص 6، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 6.

(4) توصف الشريعة الإسلامية بأنها صالحة لكل زمان ومكان بالنظر لمرونتها، فهي تضمنت نوعين من القواعد قطعية الثبوت والدلالة مثل أنصبه الورثة، وهي مؤبدة لا تتعدل وعددها قليل جداً، والنوع الثاني قواعد غير قطعية تقبل التعديل،

وتتجلى أهمية بحث موضوع تحول العقد في بيان الشروط القانونية لإعمال نظرية تحول العقد والآثار التي تترتب على ذلك، وتطبيقاتها العملية.

ويشير بحث موضوع تحول العقد إشكالية مدى كفاية أحكام القانون المدني الجزائري في تنظيم نظرية تحول العقد لتحقيق الأهداف المتوخاة من إقرارها؟.

وسوف نعتمد في معالجة موضوع البحث على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية المنظمة لتحول العقد، والمنهج الوصفي لتوضيح المفاهيم المتصلة بهذا الموضوع.

ويقتضي بحث موضوع تحول العقد أن نقسم البحث إلى فصلين نخصص الفصل الأول لتعريف تحول العقد وشروطه، ونتناول في الفصل الثاني آثار تحول العقد وتطبيقاته، وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

الفصل الأول: تعريف تحول العقد وشروطه.

الفصل الثاني: آثار تحول العقد وتطبيقاته.

ونتهي البحث بخاتمة نعرض فيها أهم ما نخلص إليه من نتائج.

=وبذلك تخضع لقاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان في إطار الروح العامة للتشريعة، وهذا النوع الثاني من الأحكام ورد في الكتاب والسنة في معظم الحالات في صورة مبادئ وقواعد عامة قليلة العدد مما اكسب الشريعة الإسلامية مرونة، وتظهر هذه المرونة فيما احتوته من وسائل عديدة للتطور مثل الإجماع، القياس، العرف، المصالح المرسله، الاستحسان،...الخ، صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جمهورية مصر العربية، 2007، ص 187.

الفصل الأول

تعريف تحول العقد وشروطه

الأصل أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، ولا يترتب عليه كقاعدة عامة أي أثر إلا أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى حدوث الكثير من النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي لا يحمد عقباها. لذلك حاول المشرع تفادي تلك الآثار من خلال التقليل من حالات البطلان واستثمار العقود جهد المستطاع، وعدم اللجوء إلى إهدارها حينما يسبب هذا الإهدار آثارا سلبية لا تتفق مع غايات المشرع ومقاصده.

فقد رتب في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية لا باعتباره واقعة مادية كما في باقي الآثار العرضية بل باعتباره عقداً، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء، وفي هذا خروج صريح عن القواعد العامة، ويبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية الوضع الظاهر لا سيما إذا اصطحب ذلك حسن نية، وهي رعاية واجبة لاستقرار المعاملات، من ذلك تصرفات الوارث الظاهر الذي ذهب الفقه إلى القول بصحة بيعه أي نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي¹، والشركة التي لم تستوف الإجراءات القانونية فإنها تقع باطلة ومع ذلك فقد قضى القانون بأن هذه الشركة تنتج آثارا كما لو كان عقد تأسيسها صحيحا، فالشركة الفعلية تعتبر شركة صحيحة من الناحية الواقعية، وان لم يكن كذلك من الناحية القانونية².

(1) يقصد بالظاهر الواقع المشاهد الذي لا يمكن إنكاره، الشبيه الهيئة بالحقيقة الخفية التي يصعب اكتشافها، والذي تكون نتيجته نقصا لوضع قانوني قائم، وهو ينشأ من ممارسة شخص لحق أو لسلطان أو لولاية أو لحالة لا صفة له في شغلها قانونا فيزعم لنفسه أمام الغير الذي يتعامل معه بأنه ذو صفة وينظر إليه الناس عموما بأنه صاحب حق أو سلطة أو ولاية أو حالة لتشابه الأمر عليهم حيث لا يمكن لأحد أن يستبين الزيف من الحق، والوارث الظاهر هو ذلك الشخص الذي يظهر بأنه المالك يبيع شيئا معينا بالذات لشخص آخر حسن النية، فيظهر فيما بعد أن هذا الشخص ليس المالك وأن هذا هو بيع ملك الغير، أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص30، عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1955، ص 44.

(2) يميز الفقه بين الشركة الفعلية والشركة الواقعية حيث يراد بالشركة الواقعية شركة نشأت بصورة تلقائية حيث يقوم شخصان أو أكثر باعتبارهم شركاء بقصد استغلال مشروع معين دون أن يتخذوا الإجراءات الضرورية اللازمة لتأسيس

كما رتب أيضا على العقد الباطل آثارا قانونية لا باعتباره عقدا رعى إليه الطرفان المتعاقدان كما سبق الإشارة إليه، بل باعتباره واقعة قانونية أو عمل مادي¹، نتجت عنه آثار قانونية منها تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح أو انقلابه وهو ما اصطلح عليه بنظرية تحول العقد.

فقد يكون العقد باطلا أو قابل للإبطال لعدم توافر أحد أركان انعقاده أو شروط صحته، ولكنه يحتوي رغم هذا البطلان على العناصر الكافية لتكوين عقد صحيح آخر، فينقلب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، وبذلك يكون قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا أصليا². هذا التحول أو الانقلاب تبنته الكثير من النظم القانونية خاصة الاشتراكية نظرا للدور الاقتصادي والاجتماعي الذي تلعبه هذه الوسيلة لتحقيق أهداف المشرع ومقاصده.

لذا ومن أجل دراسة هذا الموضوع كان لابد من تحديد مفهوم تحول العقد والطبيعة القانونية له أولا، ومن ثم دراسة شروطه ليتسنى لنا تمييزه عما يشته به من النظم القانونية المقاربة ثانيا، إذ أن شروط أي نظام قانوني تعتبر الأساس في إعطائه خصائصه المميزة له وكيانه المستقل، ولنعرض فيما يلي تعريف تحول العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له في مبحث أول، وشروط تحول العقد في مبحث ثان.

=شركة بالمعنى القانوني، وان كان كل من الشركة الفعلية والواقعية من جهة الواقع ومن الناحية العلمية ينضويان تحت مفهوم الشركة الفعلية، أحمد محمد محرز، الوجيز في قانون الشركات التجارية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة النسر الذهبي، 2003، ص 150.

(1) الواقعة القانونية هي كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معينا وخاصة إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله، والفعل الضار هو واقعة قانونية تتمثل في عمل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو حق المضرور في التعويض، عبد الرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1954، ص 75، مرية خالدي، العقد الباطل واقعة قانونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 3.

(2) كثيرا ما يتناول الكتاب الآثار الأصلية والآثار العرضية للعقد الباطل تحت عنوان واحد عند دراستهم للأحوال التي تترتب فيها على التصرفات الباطلة آثار قانونية، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 90.

المبحث الأول

تعريف تحول العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

إن تحول العقد أصبح نظام قانوني قائم في حد ذاته على غرار الأنظمة القانونية الأخرى نظرا لأهميته والدور الكبير الذي يلعبه في التقليل من حالات البطالان، والحفاظ على استقرار المعاملات إلى أبعد حد ممكن، لكن تحول العقد لا يمكن تطبيقه إلا إذا توافرت شروطه الأساسية التي نص عليها القانون بغية أن يطبق التطبيق الصحيح، وحتى يبقى محافظا على استقلاله وكيانه في ظل أنظمة كثيرة قد تشتهبه معه خاصة في نفس الهدف المنشود، فهذا التقارب بين تحول العقد وبين بعض النظم القانونية تبرز ابتداء من خلال وجود التماثل بين بعض شروطها سواء في ضوء النظرة التقليدية أو في ضوء النظرة الجديدة للعلاقات التعاقدية التي أثرت بدورها على طبيعة هذه الشروط وآثارها خصوصا إذا علمنا بأن العقد ذاته يختلف من حيث الدور الذي يقوم به في مجال الحياة اليومية من نظام إلى آخر فهو يختلف بالتأكيد من النظم التي تعتمد الفلسفة الفردية إلى النظم التي تعتمد أسسا جديدة في مقدمتها تغليب حكم القانون كلما أمكن ذلك، لذا حاولنا رسم حدود تحول العقد بدقة ليسهل تمييزه عن غيره من النظم. ولنعرض فيما يلي تعريف تحول العقد، ثم تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة له، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تعريف تحول العقد وطبيعته القانونية

لم يعن المشرع الجزائري بتعريف تحول العقد تاركاً أمر تحديد مفهومه للفقهاء، ولنعرض فيما يلي تعريف تحول العقد، والطبيعة القانونية لتحول العقد.

أولاً_ تعريف تحول العقد: لم يورد المشرع الجزائري في القانون المدني تعريف لتحول العقد، واكتفى بتقرير حكم تحول العقد الباطل¹، ولنعرض فيما يلي تحول العقد لغة، ثم تعريفه فقهاً.

1_ تعريف تحول العقد لغة: التحول لغة يأتي في معان كثيرة:

_يأتي بمعنى التغيير والتنقل:

هو تغيير الحال من حال إلى أخرى، وحالت القوس واستحالت بمعنى انقلبت، وحال عليه العهد تحول أي انقلب حال لونه من حال إلى حال²، حاول الشيء أراده وحوله فتحول، وحال إلى مكان آخر يحول حولاً وتحول أي تحول من مكانه وانتقل عنه، وحولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع فتغير إما بالذات أو بالحكم أو بالقول، والحائل هو كل شيء يتحرك من مكانه³، وحولت الشيء نقلته إلى مكان آخر⁴.

(1) وكذلك الحال بالنسبة للاجتهادات القضائية حيث لم نجد فيها تعريفاً واضحاً لمعنى تحول العقد، وإنما اقتصرنا على أغلبية الاجتهادات على بيان أحكام تحول العقد والشروط اللازمة لتحقيقه.

(2) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص 208.

(3) أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء الثالث، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، الدكتور إبراهيم السامرائي، (100-175هـ)، ص 298.

(4) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس، الجزء السابع، ص 294، 295.

_ ويأتي بمعنى الزوال عن الشيء إلى غيره:

تحول عن الشيء زال عنه وأنصرف عنه إلى غيره¹، وحال الرجل يحول تحول من موضع إلى موضع آخر²، ومنه قوله تعالى: " لا يبغون عنها حولا"³، وكذلك قوله تعالى: " ولن تجد لسنة الله تحويلاً"⁴.

ويستفاد لنا مما تقدم أن التحويل لغة مصدر حول الشيء، والتحول أثر للتحويل ومطواع له وتدور معانيه على النقل والتغيير والتبديل.

2_ تعريف تحول العقد فقها: لقد حاول الفقه وضع تعاريف يمكن من خلالها تحديد معنى تحول العقد بشكل أكثر وضوحاً وكل حسب فهمه لهذا النظام⁵.

فمن الفقهاء من حاول وضع تعريف لتحول العقد يبين معناه بشكل واضح وفقاً لفهمه لهذا النظام أو وفقاً للوظيفة التي يؤديها تحول العقد في إنقاذ العقود⁶، لذا نجد الفقيه

(1) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، بيروت، لبنان، ص143، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، ص 157.

(2) محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الثاني، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، جمهورية مصر العربية، دار الحديث، ص190.

(3) سورة الكهف، الآية 108، ص235.

(4) سورة فاطر، الآية 43، ص347.

(5) ظهر تعبير تحول العقدي للغة القانونية لأول مرة في فقه الشريعة الألمانية العامة في أوائل القرن التاسع عشر، ويرجع أصله إلى نص (ليولبيان) الذي جاء فيه

"Vim priois testamenti in causam fideicommissi et codicillorm convertiss.....tastamentum in eam causam conversum."

صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 10.

(6) عرف القاموس القانوني تحول العقد بأنه عملية ذهنية لإعادة الاعتبار للعقود الباطلة تتمثل في إخراج التصرف القانوني الصحيح من التصرف القانوني الباطل هو استخراج عمل قانوني صحيح من عمل قانوني باطل يمكن إرجاعه إليه بإعطائه مفعولاً إذا توافقت مفاعليه تماماً مع نية الفريقين، كما عرف بأن تحول العقد الذي قصده المتعاقدان إلى عقد آخر يختلف في أحد مقوماته عن العقد الأصلي، يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين ماهية تحول العقد فعرفه بتحول العقد

Philippe Simler عرف تحول العقد بقوله: " هو استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل"¹. ولقد اعتبر الأستاذ **Simler Philippe** التحول بمثابة ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توفر شروط صحة هذا الأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من قبل الأطراف².

ونجد بأن الفقيه (سيميليه) هو الآخر قد عرف تحول العقد بأنه: " عملية قانونية يستوفي بموجبها العقد الباطل العناصر والشروط القانونية لعقد آخر يكون له نتيجة مشابهة ويطابق الهدف المرجو من قبل أطراف العلاقة العقدية فيصبح صحيحا بهذا المعنى"، وحقيقة نجد أن من يتمعن في هذا التعريف يتبين أنه قد أوضح إلى حد كبير المعنى المقصود بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح وهذا يتجلى من خلال بيان الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد وهي بطلان العقد الأصلي وضرورة استجماع العقد الباطل لأركان وعناصر عقد آخر صحيح وأخيرا الإرادة الافتراضية لتحول العقد، كما تميز التعريف كذلك بذكر الهدف الرئيسي من فكرة تحول العقد ألا وهي العمل على تحقيق الهدف الاقتصادي للمتعاقدين من خلال العقد الصحيح الآخر الذي تضمنه العقد الباطل³.

=ذاته فكان الأولى به التعبير عن الانتقال، ولو فعل لكان التعريف أكثر وضوحا، كما أنه لم يشتمل على تحول العقد من حيث الصفة، ولكنه احتوى فقط على تحول العقد من حيث الموضوع، كما يعرف تحول العقد بأنه التغيير من حالة قانونية إلى أخرى، ويلاحظ أيضا على هذا التعريف أنه جاء عام دون تخصيص تحول العقد في العقود بشكل خاص، عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات الشريعة والقانون، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر، 1998، ص 105، حمد فخري حمد عزام، التحول في العقد، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2000، ص 07، جيران كرونو، معجم المصطلحات القانونية، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، 1998، ص ص 434، 435.

(¹) Olivier cornay, la conversion des actes juridique, thèse Lausanne, 1937, p 17.

(²)Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1969, p13.

(³) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص 77، 78.

ويعرف بعض الفقهاء تحول العقد بأنه تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي يلحقه عندما كان على وضعه الأصلي، كما يعتبر البعض أن تحول العقد هو نوع من التأويل للعقد بما يرجع إلى تحقيق المقصود منه ويصبح بذلك التزاما غير الذي اقتضاه ظاهر التعبير¹.

في حين نجد الفقهاء المسلمين الأوائل لم يهتموا كثيرا بوضع تعريف خاص بتحول العقد، فهو من المصطلحات التي ظهرت حديثا غير أن تحول العقد كان مطبقا عندهم، ويدل عليه كثرة تطبيقاته في باب المعاملات في الفقه الإسلامي²، إلا أن بعض الفقهاء اجتهدوا لوضع تعريف لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح من منظور الفقه الإسلامي، فقد عرف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء انقلاب العقد بأنه: "انقلاب العقد يعني أن العقد الذي يعتبر باطلا في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين، فينصرف إليه وان اعتبر باطلا في موضوعه المتعاقد عليه"³.

لقد وجهت عدة انتقادات للتعريف السابقة التي وضعها الفقهاء، لذا حاول الأستاذ علي كاظم الشباني وضع تعريف يبين المعنى الحقيقي لتحول العقد ويكون جامعا مانعا جاء فيه: "تحول العقد الباطل هو عملية قانونية تتم من قبل القضاء وتهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه أو عناصره في ذات العقد الباطل، دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر، مستنيرا في ذلك بالإرادة الافتراضية للمتعاقدين".

(1) عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون، دراسة مقارنة وموازنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول (31 ماي إلى 03 جوان)، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص 28.

(2) حمد فخري حمد عزام، المرجع السابق، ص 07.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، دمشق، سوريا، مطبعة جامعة دمشق، 1961، ص 677.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا التعريف يبين المعنى الحقيقي لتحول العقد والهدف الأساسي منه، والذي يتمثل في إنقاذ العقد الباطل وما يترتب عليه من آثار سلبية خطيرة، بالإضافة إلى إبراز شروطه الثلاثة والتي دونها لا يتم تحول العقد، كما أن التعريف بين أمرا هاما جدا، حيث بين الآلية التي يتم بواسطتها تحول العقد، باعتباره من صنع القضاء حصرا، وان العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل هو عقد ناتج من تدخل السلطة القضائية، ويدخل في صلاحياتها على الرغم من إنكار الكثير لهذه السلطة¹.

ثانياً_ الطبيعة القانونية لتحول العقد: اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد وبشكل عام فانه يمكن لنا أن نرد هذه الآراء إلى اتجاهين رئيسيين احدهما استند في التكيف إلى دور القضاء في تحول العقد²، أما الاتجاه الآخر فقد استند في التكيف إلى فكرة آثار العقد حسب التفصيل الآتي:

1_ تكيف تحول العقد استناد إلى دور القضاء: يعتمد بعض الفقهاء في تكيف تحول العقد إلى الدور الذي يمارسه القضاء في هذا النظام، حيث ذهبوا في ذلك إلى رأيين احدهما يرى بأن التكيف إنما يدخل ضمن عمل القاضي في مجال تفسيره للعقد، بينما يذهب الرأي الثاني إلى أن تحول العقد إنما يدخل ضمن عمل القاضي في تكيف العقد على النحو الآتي:

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص79، 80.

(2) قبل أن يقوم القاضي بإعمال نظرية تحول العقد يجب عليه القيام بعملية تكيف قانونية، ويساعد تكيف العقد على تأويله. فالتكيف ما هو إذن إلا تطبيق للقانون وبالتالي يعتبر التكيف السيئ أو الخاطئ بمثابة التطبيق السيئ للقانون، وهو مسألة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقص، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 396، محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 80، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، ص 653.

(أ) _تحول العقد تفسير للعقد الباطل: ذهب جانب من الفقه إلى أن تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما هو نوع من أنواع التفسير الذي يقوم به القاضي عند نظره في النزاع المعروف عليه بخصوص عقد ما، لكن هناك سؤال يطرح نفسه ما الذي يفسره القاضي ألفاظ العقد أم إرادة المتعاقدين؟ أم أن العملية لا تعدو كونها إعادة تسمية للعقد أو تكييفاً له¹؟.

فالقاضي يستعين بسلطته في تفسير العقد كيف بمقتضاها العقد موضوع النزاع الذي يفسره تكييفاً قانونياً ملائماً مادام لا ينحرف هذا الأخير عن الغاية التي قصدتها المتعاقدان متوخياً في ذلك التماشي مع نية المتعاقدان الحقيقية بغية التخلص من البطلان².

(1) التفسير: هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعتري العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمترتبة به، ونتيجة ذلك أنه إذا ما وردت في العقد ألفاظ غامضة وكان اللفظ يحتمل تفسيرين، وكان من نتيجة التفسير الأول أن يكون العقد باطلاً، ومن نتيجة التفسير الثاني أن يكون العقد صحيحاً فإن المشرع يرجح ويفضل التفسير الذي يوفر حياة العقد على التفسير الذي يؤدي بحياة العقد تطبيقاً لقاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله"، ويعتبر تحديد غموض العقد من اختصاصات قاضي الموضوع فله السلطة التقديرية في ذلك، فهو لن يقف عند ادعاء الطرفين بل عليه استعمال رجاحته وسلطته التقديرية في تحديد ذلك، والتي تعتبر من مسائل الواقع، عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2002، ص 17، ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، العدد السابع، مركز الدراسات الكوفة، العراق، 2008، ص 266، مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 705، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، الكويت، مطبعة الجامعة الكويتية، 1982، ص 536، محمد عمار تركمانية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة قطر، ص 65.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 637.

ومن خلال طريق التفسير هذا يمكن له أن يحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح من طبيعة ثانية، باعتبار أن إرادة طرفي العلاقة العقدية قد اتجهت حقيقة إلى العقد الآخر الصحيح، وليس إلى العقد الأصلي الذي وقع باطلاً¹، فإذا اعترض على تحول العقد بأن العقد الصحيح الذي انقلب إليه العقد الباطل لم يرده المتعاقدان أمكن دفع الاعتراض بأن المتعاقدين إذا لم يريدوا العقد الصحيح إرادة قانونية فقد أراده إرادة عملية، والإرادة القانونية ما هي إلا وسيلة إلى تحقيق غرض عملي².

فالقاضي عند قيامه بهذا العمل لا يقوم بأي دور إنشائي وإنما مجرد الكشف عن حقيقة ما عناه العاقدان من خلال تفسيره للعقد محل النزاع مستتيراً في ذلك بالهدف الاقتصادي للمتعاقدين وكافة الظروف التي يمكن من خلالها تبيان هذه الحقيقة.

ولعل أبرز الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بأن التكييف القانوني لتحول العقد إنما هو من باب التفسير هو الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري حيث يرى: "إن القاضي عندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين فعنده عناصر العقد الصحيح مجموعة وقد أرادها المتعاقدان كلا منها على حدا،... والقاضي إنما يستعين في سلطته في تفسيره العقود، وهي سلطة واسعة وكيف بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحرف بهذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقدان، وعلى ذلك يكون تحول العقد راجعاً إلى سلطة القاضي في تفسيره، والعقد الذي ينتج أثره قانونياً ليس العقد الباطل الذي اختاره المتعاقدان، بل هو العقد الصحيح الذي انقلب إليه العقد الباطل بمقتضى سلطان القاضي في التفسير"³.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 82.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 637.

(3) نفس المرجع، ص ص 636، 637.

وبنفس الاتجاه ذهب الأستاذ جميل الشرقاوي حيث يرى بأن تحول العقد ما هو إلا عملية مختلطة من التفسير تعقبها عملية تكييف حيث يقول: "إن مسألة التحول ما هي إلا مسألة تفسير للكشف عن الغاية العملية للمتصرف وتكييف للعملية القانونية التي يدخل فيها. ويظهر من هذا أنه لا يوجد إلا تصرف واحد هو التصرف الصحيح، أما التصرف الأول الباطل المختلف في الطبيعة عن التصرف الثاني فوهم يزول بمجرد إعمال قواعد التفسير والتكييف".

يلاحظ على هذا الرأي أن الأستاذ جميل الشرقاوي ذهب إلى حد بعيد جدا من خلال اعتباره العقد الأصلي الباطل هو مجرد وهم يزول بمجرد قيام القاضي بتفسير العقد وبذلك هدم أحد أهم أركان تحول العقد، وفي هذا إنكار لنظام التحول المنصوص عليه، والذي أقر صراحة أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال¹.

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين قالوا بأن تحول العقد هو من صلاحيات القاضي في التفسير الفقيه (سالي) حيث يرى بأن دور القاضي في تحول العقد هو ليس إنشاء التصرف من جديد، وإنما هو تفسير هذه النية مستتيرا بالعرض الاقتصادي للمتعاقدين، حيث يقول في هذا الصدد: "يجب أن نعنى في تفسير العقود بالغاية الاقتصادية المبتغاة أكثر مما نعنى بالغاية القانونية، فهذه ليست إلا نوعا من الشكلية ووسيلة فنية خاصة²، وبالتالي فإن تضمن التصرف الأول العناصر الكافية لتكوين التصرف الثاني هو دليل على احتمال وجود هذه

(1) جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1993، ص 279، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 84.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 637.

النية، وعليه القاضي عند قيامه بإنشاء التصرف الثاني قائماً فهو يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين"¹.

ويتبين من مجمل الآراء التي أشرنا إليها أعلاه أن الفقهاء يكيّفون تحول العقد باعتباره نوعاً من أنواع التفسير الذي يمارسه القاضي ضمن صلاحياته في تفسير العقود.

(ب) تحول العقد تكييفاً للعقد الباطل: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتماد أساس آخر لتحول العقد، حيث ذهبوا إلى القول بأن هذا الأخير إنما هو من قبيل التكييف مخالفين في ذلك من يرى بأن تحول العقد إنما هو من قبيل تفسير العقود، على اعتبار أن القاضي وعند قيامه بعملية التكييف القانوني للعقد يمكن له من خلال ذلك تجنب البطلان وذلك بإعطائه وصفاً جديداً يمكن من خلاله تجاوز البطلان الذي لحق به، حيث وفقاً لهذا الاتجاه فإن المتعاقدين عند إبرامهم هذا العقد كانوا قد أعطوه اسماً غير صحيح الأمر الذي يتطلب تدخل القضاء من أجل إعادة تكييف هذا الوصف القانوني المناسب له، والذي يجعله خاضعاً لأحد النصوص القانونية، ومن ثم إمكانية إنتاج آثار قانونية من جديد طبقاً لهذا النص الثاني الذي تم تكييفه على أساسه، وهي مسألة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض².

ومن القائلين بهذه النظرية الفقيه (سميليه) حيث يقول: "التحول يعرض بشكل أساسي لمشكلة التكييف والتي تختفي أو تنعدم في حالة البطلان النسبي".

(¹) Saleilles (Raymond) , De la déclaration de volonté et étude de l'acte juridique dans le code civil allemande, paris,1901, p 316 .

(²) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 89، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 653.

ومن الفقهاء الذين يذهبون إلى اعتبار تحول العقد من باب التكيف أيضا الأستاذ محمد حسين منصور الذي يرى: "والواقع أن التحول وسيلة فنية تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب عقد جديد مختلف عن العقد المقصود أصلا فالتحول يرد على وصف العقد أو تكيفه وطبيعته"¹.

ولعل الذي دفع أصحاب هذا المذهب إلى اعتبار تحول العقد هو من باب تكيف العقد هو التقارب الكبير الذي يبرز بين كل من النظاميين، وعدم وجود نص خاص في بعض التشريعات، وبهذا الصدد يقول الأستاذ أحمد زكي الشياطي: "فأساس نظرية التحول يكمن في إرادة المتعاقدين، ذلك أنهم بإبرامهم تصرفا قانونيا يهدفوا لتحقيق هدف عملي، وفي هذا تتقارب نظرية التحول مع التكيف".

يتبين من تدقيق هذا القول للأستاذ الشياطي أنه على الرغم من انتهائه بعبارة (وفي هذا تتقارب نظرية التحول مع التكيف) إلا أنه في الأساس قد هدم نظرية تحول العقد عندما اعتبر أن أساس النظرية يكمن في إرادة المتعاقدين، حيث أن في هذا القول ما يشير إلى أن أساس تحول العقد هو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وهذا ما يجانب الحقيقة حيث أن مناط الإرادة في تحول العقد هي الإرادة الافتراضية التي يفترضها القاضي ولم تكن بأي حال من الأحوال الإرادة الحقيقية وإلا نكون أمام تفسير للعقد أو تكيفه².

لا بل الخلط بين النظامين وصل إلى حد دفع البعض إلى المطالبة بإلغاء النصوص الخاصة بتحول العقد والاكتفاء بنظام التكيف وبهذا الصدد يقول الأستاذ سمير تناغو: "...إن الشخص عندما يقوم بعمل معين فانه لا يحتكر الحق في تكيف ما صدر عنه، لان التكيف عمل مستقل عن إرادة الأفراد، وفي بعض الأحيان يحمل التكيف اسما هو تحول

(1) محمد بن حسين، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، صنعاء، اليمن، مكتبة الجيل الجديد، ص 266.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع سابق، ص 93.

العقد... وأن وضع نص خاص لمسألة التحول أمر عديم الفائدة، لان التحول نوع من التكييف".

الحقيقة هناك ملاحظة على رأي الأستاذ تناغو حيث أنه وصف تحول العقد بأنه أحد أسماء التكييف بمعنى أنه ساوى بينهما بشكل كامل وهذا أمر يفتقر إلى الدقة القانونية لا سيما وأن التكييف نظام يهدف إلى إعطاء العقد التسمية الصحيحة والتي يمكن أن يكون المتعاقدان قد أعطوها خطأ لعقدهما الذي ارتبطا به، والقول أن تحول العقد هو نظام غير ذي جدوى فهو كلام غير دقيق ذلك أن نظام تحول العقد من الأنظمة الهامة في الحياة العملية لما له من دور فعال في التقليل أو الحد من حالات البطلان لاسيما في الحالات التي لا يمكن معالجتها بواسطة الأنظمة الأخرى كالتصحيح، نظرا لكون العقد باطلا بشكل كامل، وبالتالي فإن لتحول العقد دور كبير يلعبه في تحقيق مقتضيات العدالة والمساواة بين الأفراد هذا بالإضافة إلى أن تجنب البطلان يعد أمرا أكثر فاعلية لتحقيق الآثار القانونية للعقد، يضاف إلى ذلك أن مناط التكييف هو النية المشتركة للمتعاقدين وبالتالي فهو يعتمد بالدرجة الأساس على إرادة الطرفين الحقيقية¹.

وعلى ضوء ما تقدم يتبين لنا أن تحديد طبيعة نظام تحول العقد باعتباره تكييف للعقد أمر غير دقيق الأمر الذي يجعل هذا الاتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد غير مقبول كما هو شأن الاتجاه السابق الذي ذهب إلى اعتباره بمثابة تفسيرا للعقد، حيث كما لاحظنا الاختلاف الكبير بين النظاميين وبين تحول العقد.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع سابق، ص 95.

2_ تكييف تحول العقد استنادا إلى أثر العقد: ذهب جانب آخر من الفقه إلى تكييف التحول بالاستناد إلى كونه يمثل أثرا من آثار العقد، وإن كانوا قد اختلفوا حول طبيعة هذا الأثر، فبينما ذهب فريق إلى القول بأنه أثر عرضي، ذهب فريق آخر إلى وصفه بأنه أثر استثنائي، وهذا ما سنتولى بيانه على النحو الآتي:

(أ) _ تحول العقد أثر عرضي للعقد الباطل: ويرى أصحاب هذا الاتجاه والذي يمثل الغالبية من الفقهاء، بأن العقد الباطل وإن كان من حيث الأصل يعتبر بحكم العدم، إلا أنه مع ذلك قد تترتب عليه في بعض الأحيان آثار قانونية والتي تحصل بشكل عرضي وإن لم تكن مقصودة لذاتها من قبل أطراف العلاقة العقدية، وهذا الأثر العرضي هو ما يعرف بنظام تحول العقد.

والغاية الأساسية وفقا لأصحاب هذا الرأي هي المحافظة على العقود المبرمة بين المتعاقدين إلى أبعد حد ممكن، وهو ما يعبر عنه بسياسة إنقاذ العقود والذي يسهم بدوره في تحقيق استقرار المعاملات العقدية، غير أن أصحاب هذا الاتجاه وإن اتفقوا على أن تحول العقد هو أثر عرضي للعقد الباطل¹، إلا أنهم في ذلك تباينوا في كيفية حصول هذا الأثر العرضي فذهبوا في ذلك إلى عدة اتجاهات فبينما ذهب جانب منهم إلى القول بأن تحول العقد باعتباره أثرا عرضيا للعقد الباطل إنما يتحقق باعتباره واقعة قانونية نتجت على العقد الباطل، الأمر الذي يجعل هذه الواقعة القانونية تنتج آثارا تختلف عن العقد الأصلي الباطل الذي تولدت عنه هذه الواقعة غير المقصودة لذاتها.

(1) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 169.

وبهذا الصدد يقول الأستاذ أنور سلطان: "وقوام نظرية تحول العقد أن العقد الباطل وان كان لا يرتب أي أثر من الآثار التي كانت تبني عليه لو كان صحيحا، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن ينتج هذا العقد باعتباره واقعة قانونية آثارا أخرى عرضية تختلف عن الآثار الأصلية، ويتحقق ذلك إذا تضمن هذا العقد بالرغم من بطلانه أركان عقد آخر كان المتعاقدان يقبلانه لو تبينا بطلان العقد الأصلي، إذ يتحول العقد الباطل إلى العقد الجديد الصحيح الذي توافرت أركانه"¹.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه في تكييفهم لتحول العقد بأنه أثر عرضي إلى القول أن العقد الباطل إنما ينتج أثره هذا لا باعتباره تصرفا قانونيا وإنما باعتباره واقعة مادية صادف وجودها في ذات العقد الذي وقع باطلا، الأمر الذي يجعلها تنتج آثارها بشكل عرضي كونها لم تكن مقصودة لذاتها، وعلى ذلك درج شراح القانون المدني على دراسة نظرية تحول العقد ضمن مبحث الآثار العرضية².

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم هذا بالقول أن البطلان الذي يصيب العقد لا يؤدي إلى هدمه وانهيائه إلا بوصفه تصرفا قانونيا لعدم استيفائه الشروط اللازمة لصحة التصرفات القانونية، غير أن هذا القول لا يعني بالتأكيد أن يؤثر على وجوده كواقعة قانونية مادية تمت في حقيقة الأمر، وعلى هذا الأساس فليس ثمة تناقض بين تحول العقد مع المنطق طالما أن هذا البطلان لا يؤدي بالنتيجة إلى انعدام حقيقة وجود التصرف كواقعة مادية تمت بالفعل، ومن ثم لا يؤثر على إرادة الأطراف بحيث لا يمحو هذه الإرادة من الوجود، فمن المنطقي أن ينتج العقد الباطل أو المحكوم بإبطاله بعض الآثار العرضية ما دامت هذه الأخيرة ترتبط بإرادة الأطراف.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 314.

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 67.

ويبدو أنه لا يمكن فهم تحول العقد وطبيعته بمعزل عن طبيعة نظام البطلان، فطبيعة البطلان لدى الفقه الحديث هو نسق قانوني un système juridique يعمل هذا النسق أولاً على إزالة أو إعدام وصف العقد فتبقى الوقائع مجردة من الوصف، فإن أراد المتعاقدين تحول العقد فإن القاضي يبحث عن وصف جديد يستوعب الوقائع لا يعتريه سبب إبطال أو بطلان دون زيادة واقعة أو إنقاص أخرى. أي أن الإعدام يطل الوصف ولا يطل الوقائع إذ أنها تبقى بعد زوال الوصف فتعامل معها عن طريق تحولها، إن رغبا المتعاقدين في ذلك وفقاً للشروط القانونية المعروفة. وإن لم يرغب المتعاقدين بتحول العقد فيجب إعدام الوقائع وذلك يرد فرقاء العقد للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي أن عملية الرد هي أداة قانونية لإعدام الوقائع المتخلفة عن زوال وصف العقد الباطل.

حيث أن الوقائع المتخلفة بعد زوال الوصف قد تكون مادية وقد تكون قانونية نظراً لطبيعتها فمثلاً في زوال وصف البيع فتبقى واقعة حيازة الطرف، الذي كان يسمى مشتري للمحل، والحيازة هي واقعة مادية ويبقى المبلغ في يد الطرف، الذي كان يسمى بائعاً. بوصفه دفعا غير مستحق وهو واقعة قانونية، لذلك لا يمكن تعميم نعت الوقائع المتخلفة بعد زوال الوصف بأنها مادية أو قانونية دون الوقوف على طبيعتها.

نخلص من ذلك أن تحول الوقائع هو منحها وصفا جديداً من المحكمة بعد الاستيثاق من إرادة الطرفين وهذا لحماية مبدأ استقرار المعاملات ومبدأ حسن النية، خاصة إذا علمنا أن العقد قد تتعلق به حقوق للغير لحسن النية¹.

(1) كمال فريحاوي، محاضرات في نظرية الالتزام، مجموعة محاضرات السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس، ص 87.

كما تجدر الإشارة إلى أن الفقه الحديث يذهب إلى أن مصطلح تحول العقد غير دقيق، والأصح هو تحول وقائع العقد الباطل، ذلك أننا لا يمكن تحويل عقد أصبح في العدم بعد التصريح بالبطلان إنما التحول يجري على الوقائع التي تبقى قائمة بعد زوال وصفها عند التصريح ببطلانه¹.

لكن الأستاذ كاظم الشباني يلاحظ على التبرير الذي قدمه أصحاب هذا الرأي أنه قد انتهوا إلى نتيجة تخالف مضمون تحول العقد، حيث أن من الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد هو أن تكون إرادة الطرفين الافتراضية وليست الحقيقية كانت ستتجه إلى العقد الصحيح الآخر فيما لو تبينا من الأصل بطلان عقدهما، وعليه يصعب الميل إلى هذا الرأي لمخالفته أحد شروط تحول العقد الجوهرية ألا وهي الإرادة².

وهناك من ذهب إلى أن العقد الباطل يمكن أن ينتج أثرا عرضيا على الرغم من بطلانه، وبالتالي ينتج عنه تصرف مختزل مستوفي شروط الصحة، ومن ثم فإن هذا التصرف الصحيح يرتب آثاره كاملة، وعلى هذا الأساس وبموجب تحول العقد تترتب على العقد الأصلي الباطل آثارا غير مباشرة، وهي آثار ثانوية للتصرف الثاني الصحيح.

وتعتبر الآثار الناتجة عن واقعة تحول العقد آثارا غير مباشرة لأنها مستمدة من ذات التصرف الأول الباطل، وهي آثار ثانوية بالنسبة للتصرف الثاني الصحيح كون العقد الصحيح الجديد لا يحتوي جميع عناصر العقد الأول، وإنما يحتوي على عدد من هذه العناصر تكون في مجملها العقد الصحيح وتتفاوت من حيث الشأن والأهمية.

(1) كمال فريحاوي، المرجع السابق، ص 87.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 101.

وقد تعرض هذا الاتجاه الذي يرى بأن تحول العقد هو عبارة عن أثر عرضي للبطلان للانتقاد على اعتبار أن البطلان يؤدي إلى هدم العقد وإزالته من الوجود نهائياً، وعليه كيف يمكن لشيء معدوم من الوجود أن يرتب آثاراً عرضية حتى يقال بأن تحول العقد هو أثر عرضي للعقد الباطل؟ ولهذا السبب فهم يعترضون على مثل هذا التكييف ويرون أن الآثار التي نتجت عن العقد الصحيح بعد إعمال نظام تحول العقد إنما هي آثار مصدرها هذا العقد الصحيح وهي آثار مباشرة له لا غير¹.

(ب) تحول العقد أثر استثنائي للعقد الباطل: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تكييف تحول العقد على أنه أثر استثنائي للعقد الباطل، وبهذا الصدد يقول بعض الفقه: "ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد إلى عقد آخر صحيح، فإن العقد الذي يعد باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر صحيح، ولا يتنافى مع غرض العاقدين فينصرف إليه وان عد باطلاً في موضوعه..."².

وحجتهم في ذلك أنه ومن خلال الشرط الثاني من شرائط تحول العقد المتمثل في عدم جواز تحول العقد إذا لم يكن التصرف متضمناً كافة عناصر العقد المراد التحول إليه، فإنه لا يمكن اعتبار هذه النظرية كأثر عرضي للبطلان، لأن المفهوم من نظرية تحول العقد أن التسمية المستخدمة من قبل الأطراف المتعاقدة التي لا تصلح لأن ينعقد العقد الذي سماه الطرفان إنما تصلح لأن ينعقد بها عقد آخر يحتمل أن إرادة الأطراف كانت ستتجه إليه لو كانت تعلم ببطلان التسمية الأولى³.

(1) جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 372، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، 1954، ص 208، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 102.

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 67، عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلعجي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، العدد الثاني، جامعة الكويت، مجلة الحقوق، 2004، ص 197.

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 67.

وقد اعترض البعض على هذا الاتجاه في تكييف تحول العقد باعتبار أن الحالات التي ينتج فيها العقد الباطل بعض الآثار الاستثنائية هي في مجملها إقرار لحالات واقعية حدثت بالفعل، الأمر الذي دفع بعض المشرعين إلى إقرارها بشكل استثنائي تحقيقاً لحماية الظاهر ومبادئ العدل والإنصاف، يضاف إلى ذلك أن الإقرار بالآثار التي تولدت عن العقد الباطل في مثل هذه الحالات إنما نتجت عن ذات العقد الباطل ولم تتولد عن عقد آخر صحيح، وعلى هذا الأساس فإن تحول العقد لا يدخل ضمن الحالات الاستثنائية على اعتبار أن العقد الباطل إنما تحول إلى عقد آخر صحيح توافرت أركانه في ذات العقد الباطل.

ويبدو أن الاعتراض على هذا التكييف لتحول العقد باعتباره أثراً استثنائياً في محله، ذلك أن الآثار التي تترتب على العقد الباطل في مثل هذه الحالات الاستثنائية مثل (العقد الصوري، الشركة الفعلية، العقد الذي يجريه الوارث الظاهر...) إنما تنتج عن ذات العقد الباطل، فهو لم يتحول إلى عقد آخر، وإنما استمر في العمل لأسباب قرر المشرع أنها صورية لاستمراره في العمل من أجل حماية الأوضاع الظاهرة.

وبعد الاطلاع على مختلف الآراء التي قيلت بخصوص الطبيعة القانونية لنظام تحول العقد والتي خلط بعضها بين تحول العقد وأنظمة أخرى، بينما استندت الأخرى إلى أسانيد تتعارض بشكل أساسي مع التنظيم القانوني لتحول العقد والشروط اللازمة لإعماله والتي حددتها النصوص القانونية، هذا ما جعل بعض الفقه يجتهد ويضع تكييف لهذا النظام ينسجم مع الغاية الأساسية لتحول العقد بالقول: "والحقيقة أن من يمعن النظر في النصوص القانونية التي عالجت نظام التحول وكذلك المذكرات الإيضاحية لهذه النصوص والآلية التي يتم بموجبها التحول، يمكن من كل ذلك أن نتبين أن نظام تحول العقد إنما هو عمل من صميم سلطة القضاء، بمعنى آخر فإن التحول يدخل ضمن صلاحية القاضي في الإنشاء¹.

(¹) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 105.

فالعقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل إنما هو عقد أوجده وأنشأه القاضي بما له من سلطات، وذلك في إطار سياسة إنقاذ العقود من البطلان، والقاضي حين يقوم بهذا الأمر إنما يهدف بالتأكيد إلى مساعدة أطراف العلاقة العقدية في تحقيق الأهداف، والغايات الاقتصادية التي كانوا يرمون الوصول إليها من خلال واقعة التعاقد الأصلية¹.

المطلب الثاني

تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة له

إن نظرية تحول العقد من الدقة بحيث قد تشبهه بأنظمة قانونية أخرى تعطي القاضي سلطة التأثير في مضمون العقد أو في عنصر من عناصره بتصحيح العقد بإضافة عنصر جديد له فينقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة، أو سلطته في تكميل العقد لتستقر له الصحة والفعالية، مما يؤدي إلى نتائج تجعل هذه الأنظمة قريبة الشبه بدرجات كبيرة من تحول العقد، الأمر الذي دفع الكثير إلى الخلط بينها وعدم تمييزها عنه²، حسب التفصيل الآتي:

أولاً_ تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد: لا وجود لنصوص قانونية خاصة بتصحيح العقد تمثل مبدأً أو نظرية عامة له، غير أنه يمكن أن نتلمس بعض التطبيقات هنا وهناك تدل عليه بشكل واضح، ولم يورد التشريع المدني تعريفاً له نتيجة غياب النص المباشر عليه،

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 105.

(2) لقد أثبتت التطبيقات والاجتهادات القضائية أن الأطراف المتنازعة غالباً ما تلجأ إلى الطعن بقرار القاضي عندما يقوم بتحويل العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد آخر صحيح، متعذرة بأنه قام بعملية تفسير تجاوز فيها حدوده، أو أنه كان عليه تجزئة العقد بدل تحويله، أو أنه غير في سببه، أو أنه حكم للخصم بأكثر مما طلب منه، مما يشير إلى الخلط الواضح بين تلك المفاهيم القريبة من تحول العقد، والذي ينعكس بدوره على السلطات الممنوحة للقاضي ناظر النزاع، الأمر الذي يحتم تمييز تحول العقد عن تلك المفاهيم، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 68.

غير أن الفقه حاول وضع التعريفات اللازمة التي تساعد على فهمه، لاسيما وأنه من الأفضل ترك موضوع إيجاد التعاريف اللازمة للمصطلحات القانونية للفقه.

وقد عرف الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري تصحيح العقد بأنه: "تصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا إلى جعله صحيحا"، غير أن هذا التعريف انتقد بأنه ليس شاملا لكل حالات تصحيح العقد، فهو يقتصر على حالة واحدة من حالات التصحيح وهي حالة إضافة عنصر إلى العقد الباطل، وأهمل بقية الحالات الأخرى لتصحيح العقد والتي تتم من خلال الانتقاص أو الإبدال¹.

وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز المرسي بأنه: "تصحيح العقد أو تجديده زوال البطلان الذي يهدده أي أن العقد القابل للإبطال بعد التصحيح يصبح غير قابل له"²، بمعنى جعله صحيحا كون تصحيح العقد لا يرد إلا على العقد القابل للإبطال أي العقد الذي نشأ معيبا أو التصرفات المعيبة جزئيا³.

يؤخذ على هذا التعريف أنه يقتصر على العقود القابلة للإبطال فقط ولا يشمل العقود الباطلة، وقد علل الأستاذ عبد العزيز المرسي رأيه هذا بأن الإجازة والتقادم لا ترد إلا على العقود الباطلة بطلانا نسبيا، في حين أن تصحيح العقد يمكن أن يحصل بغير الإجازة والتقادم وذلك من خلال التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل، لذا فقصر التصحيح على العقود القابلة للإبطال لأمر غير دقيق.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2011، ص 501.

(2) عبد العزيز المرسي، نظرية انتقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2006، ص 17، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 289، 290.

(3) سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2012، ص 123.

ويراد بتصحيح العقد إزالة العيب الذي لحقه فيصح العقد بأثر رجعي من تاريخ نشأته¹، وزوال العيب الذي يؤدي إلى جعل العقد صحيحا قد يقع عن طريق إبدال أو تغيير عنصر جديد بعنصر قديم، وقد يقع عن طريق إضافة أو تكملة عنصر قديم في العقد، وقد يقع التصحيح عن طريق الانتقاص أو التخفيض من العنصر القديم²، لكن حتى يمكن أن يتحقق هذا يجب توافر ثلاث شروط لتفعيل تصحيح العقد وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن نكون أمام عقد معيب وأن يكون العيب عند تكوينه لا أثناء تنفيذه لأنه في هذه الحالة نكون بصدد تعديل للعقد لا بصدد تصحيحه، كما يشترط في العيب أن يمكن تصحيحه لأنه لا يمكن تصحيح العقود الباطلة لمخالفتها النظام العام أو تلك الباطلة بسبب انعدام الأهلية³.

الشرط الثاني: أن نكون مع تغيير في عنصر من عناصر العقد أو أركانه.

والشرط الثالث فهو بقاء العقد على نوعه دون تغيير أي الاحتفاظ طبعاً بالطبيعة القانونية له⁴.

(1) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 17.

(2) يرى الفقه الإسلامي أن تصحيح العقد يختلف عن انتقاص العقد، إذ التصحيح حكراً على العقد الفاسد والذي يعد عقداً منعماً ولكنه جائز الفسخ من قبل الطرفين، أما انتقاص العقد فيكون للعقد الباطل وهو عقد غير منعقد، كما أن تصحيح العقد الفاسد يكون بإزالة السبب الذي أدى إلى فساده سواء كان إكراهاً و جهالة أو شرط مفسد أو أي سبب آخر، أما تصحيح العقد الباطل فلا يحصل إلا من خلال إبطال الشق غير الصحيح والإبقاء على الشق الصحيح، وبذلك يتبين بأن تصحيح العقد الفاسد يكون تصحيحاً للعقد كله من خلال إزالة السبب الذي أدى إلى حصول الفساد فيه، أما الانتقاص فهو وسيلة لجعل جزء أو شق من العقد الباطل صحيحاً، وذلك من خلال إبطال الشق غير الصحيح والإبقاء على الشق الصحيح فضلاً عن ذلك فإن انتقاص العقد يكون ممكناً لكافة أنواع العقود الباطلة والفسادة، أما تصحيح العقد فلا يكون إلا للعقد الفاسد، إسرء فهمي ناجي، عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الأول، السنة الرابعة، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، مجلة رسالة الحقوق، 2012، ص 180، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 651، 650.

(3) سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 41.

(4) محمد بن حسين، المرجع السابق، ص 205.

وجدير بالذكر أن تصحيح العقد في الصور السابقة ومنها التصحيح بالانتقاص لا يتم إزالة العيب منه إلا بالمساس بالعقد، إلا أنه قد يقع تصحيح العقد بإزالة العيب دون مساس بالعقد أو بشق منه كما في حالة تملك البائع لملك الغير الشيء المبيع بعد إبرام العقد حيث يترتب على ذلك تصحيح العقد¹، وهذا النوع لا يرد إلا على التصرفات المعيبة كلياً لذلك يتحول التصرف معه من تصرف باطل كلية إلى تصرف صحيح كلية².

مما سبق يمكن القول أن لتصحيح العقد مفهومين، الأول يدخل في نطاقه كل وسيلة تؤدي إلى جعل العقد المعيب صحيحاً سواء تم ذلك بتغيير في عنصر من عناصر العقد، أو بإبدال العنصر القديم بعنصر جديد، أو بالزيادة فيه، أو بالانتقاص منه³، والثاني ضيق يشمل وسيلة واحدة هي التغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب ليجعله صحيحاً مرتباً لآثاره بأثر رجعي يمتد إلى وقت إبرام العقد المعيب⁴، أي يجعله نافذاً مرتباً لآثاره بعد أن

(1) Christian Dupeyron, La régularisation des actes nuls, paris, 1913,p26.

(2) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 17.

(3) منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، دراسة مقارنة، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثالث، كلية العلوم الإنسانية، بابل، العراق، مجلة جامعة بابل، 2015، ص 1685.

(4) الإجازة أو التأييد أو التأكيد هي تصرف قانوني يعبر عن التنازل عن الحق في إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ممن يملك الحق في إبطال العقد، وتستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير الذين تلقوا قبل الإجازة، وإجازة العقد ليس تصحيحاً له بالمعنى الفني الدقيق لهذه الكلمة والدليل على ذلك أن التنازل عن الطعن بالغبين في البيع يترتب عليه نفاذ البيع في مواجهة من صدر منه التنازل على الرغم من وجود الغبن بالعقد وعدم إزالته، ففي الإجازة تستتقي عناصر العقد القابل للإبطال كما هي، وفي هذا تتفق الإجازة مع تحول العقد وتختلف عن التصحيح، كما تعرف الإجازة بالعمل القانوني المنفرد الجانب الذي يصدر عن إرادة منفردة بهدف إزالة العيب الذي لحق بالتصرف القانوني، ومعنى الإجازة ترك القلق المهدد بالزوال، هو ترك حق اللجوء للقضاء بدعوى البطلان مع التنازل عن حق الدفع به في دعوى مطروحة فيستقر العقد نهائياً، فالإجازة في حقيقتها إقراراً من جانب واحد، يفيد التنازل عن حق التمسك بإبطال العقد ولكنها تختلف عن الإقرار في أنها مصحوبة بنية تطهير العقد من الشائبة التي أفسدته، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لانتقاص التصرفات القانونية، العدد الثاني، السنة الأولى، كلية الحقوق، الكويت، مجلة الحقوق الكويتية، 1978، ص 116، محمد سعيد جعفر، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، جوان 1985، ص 15.

كان غير نافذ، وتصحيح العقد يكون بحكم القانون¹، وله أثر رجعي كالإجازة، ويتم بتغيير أحد عناصره أو بإضافة عنصر إليه، أو بانتقاصه، وذلك على النحو الآتي:

1_ تصحيح العقد بتغيير أحد عناصره: يتم تصحيح العقد بتغيير عنصر من عناصر العقد إذا كان هذا الأخير يهدده البطلان فمن الممكن تصحيحه باستبدال العنصر المعيب بعنصر آخر جديد يؤدي قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً مرتباً لآثاره²، وطبيعة العنصر الذي يتم تغييره فيؤدي إلى تصحيح العقد يكون كل عنصر لازم لإبرام التصرف القانوني إبراماً صحيحاً، فيتزب على تخلفه عدم قيام التصرف أو عدم ترتيب آثاره.

لذلك فلا يقتصر العنصر على أركان التصرف القانوني الأساسية من إرادة ومحل وسبب أو غاية، وبشكل خاص بالنسبة لتصرفات معينة بل يشمل كذلك شروط صحة التصرف من أهلية وإرادة خالية من العيوب لذلك يشمل العنصر الجوهري كل عنصر آخر يدخل في تكوين العناصر الجوهرية السابقة ويكون بالتالي لازماً لقيام التصرف القانوني كالثمن في البيع، وبصفة عامة المقابل في التصرفات القانونية غير المجانية، وكذلك المدة بالنسبة لبعض التصرفات القانونية وأشخاص التصرف، وغير ذلك من العناصر الأخرى التي تختلف باختلاف التصرفات³.

كما قد يقارن التصرف بشروط يتفق عليها المتعاقدون وعليه فإن محل التغيير قد يكون عناصر العقد الأساسية وقد يشمل التغيير الشروط المقترنة بالعقد، ومن أمثلة تصحيح العقد من يشتري شيئاً معتقداً خطأً أن له قيمة أثرية يكون قد وقع في غلط يعطيه الحق في

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 104.

(2) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 17، 18، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 123.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 107، إيمان طارق شكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، جامعة بابل، العراق، كلية الحقوق، ص 15.

نقض العقد، غير أن مدعي الغلط يبقى ملزماً بالعقد إذا ما أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا الأخير بأن عرض تسليم الشيء الذي انصرفت إليه نية مدعي الغلط¹، ففي هذه الحالة يفترض بقاء العقد القديم أي العقد الباطل مع إزالة العيب اللاحق به دون تغيير في الطبيعة القانونية للعقد²، وهذا ما جسده المادة 85 من القانون المدني التي جاء فيها: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"، أي يبقى الطرف المعيب الإرادة ملزماً بالعقد إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد وحسن نيته، غير أن الفقهاء استثنوا من ذلك العقود المخالفة للنظام العام لتعلقها بالمصلحة العامة، واعتبروا أن تصحيح العقد في مثل هذه الحالات هو أمر بيد المشرع وحده وتصحيح العقد بزوال سبب البطلان لا بد أن يستند إلى نص قانوني.

فالعقد الباطل في تصحيح العقد يكتسب الصحة بعمل من المتعاقدين أي أن صحته تستند إلى إرادة الطرفين الحقيقية فهو مزيج من تصرف إرادي وعمل مادي يصدر من الطرف الذي لم يتقرر بطلان التصرف القانوني لصالحه³.

إذ يعد التصرف المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه، بمعنى إذا تحققت شروط تصحيح العقد الأساسية وأهمها هو التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل أنتج التصحيح آثاره، وذلك بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد، وليس من تاريخ حصول التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل، هذا ما ذهب إليه غالبية الفقهاء، لكن هناك من الفقهاء من فرق بين حالتين من حيث وقت ترتيب الأثر، فهناك من يرى أن اختلال التوازن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 501، 502، صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 123.

(2) أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2002، ص 198.

(3) محمد بن حسين، المرجع السابق، ص 205.

العقدي إذا حصل في مرحلة تكوين العقد فان أثر تصحيح العقد لا بد أن يكون من تاريخ إبرام العقد وارتباط الأطراف، أما لو كان الاختلال قد تحقق في مرحلة تنفيذ العقد فان تصحيح العقد لا ينتج أثره من لحظة إبرام العقد وإنما من الوقت الذي حصل فيه الاختلال وعدم التوازن العقدي¹.

ويجب ملاحظة أن تصحيح العقد بتغيير عنصر من عناصره لا يعني بالتأكيد إعادة كتابة العقد من جديد فهذا أمر مختلف تماما، حيث وفقا لإعادة كتابة العقد يتم إلغاء العقد القديم بالكامل ومن ثم إعادة صياغته من جديد، وان كان من الممكن أن يتضمن العقد الجديد معظم عناصر العقد القديم، إلا أنه بإعادة كتابة العقد تتقطع الصلة بين العاقدين بشكل تام بحيث لا يعود العقد القديم موجودا².

2_ تصحيح العقد بإضافة عنصر إليه: قد يقع تصحيح العقد عن طريق إضافة أو تكملة عنصر في العقد، وهذا ما يحدث في الاستغلال وغالبا ما يكون في عقود المعاوضة، ففي هذه العقود هناك التزامات متبادلة بين طرفي العقد، فإذا سبب الاستغلال مع الغبن الفاحش اختلالا في هذا التوازن، هنا جاز للقاضي التدخل بناء على طلب الطرف المستغل لإجراء التغيير في العقد لإعادة العدالة التبادلية له³، والذي نصت عليه المادة 90 الفقرة الثالثة من القانون المدني التي جاء فيها: " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"⁴، وكذلك الحال في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل في بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان في

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 304.

(2) إيمان طارق شكري، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 15، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص 293،302.

(3) منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 1696.

(4) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 80، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 17، إيمان طارق شكري، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص ص 7،6.

البيع غبن يزيد على الخمس. ويعتبر أيضا تصحيحا لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس¹.

كذلك القاضي له سلطة تعديل التعويض الاتفاقي سواء كان بإعفاء المدين من هذا التعويض أو العمل على زيادة قيمة التعويض ليتناسب مع الضرر الذي ألحق بالدائن، لكون الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي جزافي مسبق للتعويض عن الإخلال بالالتزام الأصلي المترتب في ذمة المدين، وهذه السلطة تعد من النظام العام، ولا يمكن الاتفاق على سلبها من القاضي، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بالحالات التي نص عليها المشرع، ويشترط طلب أحد طرفي العقد ذلك، وإثبات ما اشترطه المشرع لإجراء التعديل².

3_ تصحيح العقد بانتقاصه: تنص المادة 104 من القانون المدني على ما يلي³: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"⁴.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 502، إيمان طارق شكري، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص ص 6، 7.

(2) منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 1693.

(3) هذه المادة مأخوذة من المادة 139 من القانون المدني الألماني.

(4) ونظرية إنقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي وقد عالجه تحت عنوان تفريق الصفقة، ولكن أخذ فيها بالمعيار الموضوعي بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي، ذلك أننا في الفقه الغربي نبحث في نية العاقدين لمعرفة هل كانا يريدان أن العقد يتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو كانا لا يريدان ذلك. ففي الحالة الأولى ينتقص العقد، وفي الحالة الثانية يبطل العقد كله، فالمسألة إذن مردها كما نرى إلى نية المتعاقدين، وهذا المعيار ذاتي. أما الفقه الإسلامي فالمعيار فيه موضوعي، سواء كان شق العقد الذي يراد انتقاصه باطلا أو فاسدا أو موقوفا. ففي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحا وشق منه باطلا، كبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخمر، يبطل الشق الخاص بالعبد والخمر ويبقى على الشق الآخر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 268، هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة مقارنة، القاهرة، عمان، جمهورية مصر العربية، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ص 355، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 68.

وقبل التطرق إلى تعريف انتقاص العقد نشير إلى أن بعض الفقه يطلق مصطلح البطلان الجزئي على الانتقاص، ويأتي هذا الخلط من أن كلا من انتقاص العقد والبطلان الجزئي يؤدي إلى نفس النتيجة وهي حذف الشق الباطل والإبقاء على الشق الآخر، غير أن إمعان النظر يوضح الفارق الأساسي والجوهرى بينهما والذي يتمثل في أن انتقاص العقد لا تثار فكرته إلا إذا تحقق مجاله وهو البطلان الجزئي الذي يعد معيار مجال الانتقاص، الأمر الذي يجعل انتقاص العقد أثرا ونتيجة للبطلان الجزئي¹، وبناء على ما تقدم لا يعد انتقاص العقد بطلانا جزئيا². لكن وكما يحدث في بعض الحالات يتم التعبير عن نتيجة العمل بوسيلته فانه يعبر - مجازا - عن احدهما بالآخر فيعبر عن انتقاص العقد بالبطلان الجزئي لا أكثر³.

عرف الأستاذ **Philippe Simler** انتقاص العقد بأنه: "جزء يتسلط على العقد المعيب في أحد أجزائه الثانوية أو في الجزء الأساسي من حيث كنهه ويتجسد ذلك في حذف الجزء الثانوي العليل وإرجاع الجزء الزائد إلى نصابه إذا كان أحد العناصر الأساسية مفرطة في حدود الجزء المسموح به"⁴، وعرفه الفقيه الفرنسي سميليه بأنه: "الجزء الذي يلحق بالعمل القانوني الذي شاب أحد عناصره التبعية عيب ما، وذلك بإزالة هذا العنصر وبإنقاص القيمة الزائدة عن النسبة المحددة له"، وقد عارض هذا النهج الأستاذ جميل الشراوي وهذا ما أكده بقوله: "إن اعتبار الإنقاص جزاء للبطلان وصفا يلحق التصرف المعيب، ذلك أنه لا يتصور أن يقال بعيب التصرف في جزء منه فقط فيكون باطلا في هذا الجزء... كما أن التصرف

(1) اختلف الشراح في تحديد الطبيعة القانونية للإنقاص العقد فبينما يرى جانب منهم أن الإنقاص تعديل قضائي للعقد، في حين ظهر اتجاه حديث أنكر على الإنقاص أن يكون تعديلا قضائيا أو قانونيا للعقد، ويرى هذا الاتجاه أن الإنقاص تصحيح قضائي للعقد، والغالب في الفقه هو أن الإنقاص يعادل ومماثل للبطلان الجزئي، عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق، ص 38.

(2) آمال سليم، المرجع السابق، ص 4.

(3) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 25.

(4) Philippe Simler, op.cit , p 351 .

إرادة والإرادة وحدة لا يتصور تقسيمها، وكذلك البطلان نفسه باعتباره وصفا لا يقبل التجزئة"¹.

كما يقصد بانتقاص العقد تخليصه من الجزء المعيب للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني المقصود، فالانتقاص يفترض بقاء العقد مع بتر الجزء الباطل أو القابل للإبطال بتخليص العقد من الداء الكامن فيه ليصح باقي التصرف²، وعليه يتعين إنقاذ العقد الباطل جزئيا طالما أن البطلان لحق بشق من العقد سواء بجانب من شروطه أو التزاماته³، وهذا من أجل ضمان استمرارية الجزء المتبقي باعتباره عقدا مستقلا وبغض النظر عن الجزء المنفصل.

وبهذا المفهوم يمكن أن يتحقق وجود هذه القابلية في العقد سواء أكان الأخير صحيحا كليا أو باطلا لكي يظهر دورها في إبعاد هذا الجزء ضمانا لبقاء الجزء الآخر الصحيح منه طبعا متى تحققت شروط تطبيق انتقاص العقد، والمتمثلة في شرطين لا بد من توافرها:

أولهما أن يكون العقد قابل للإبطال في شق منه فيطرح الشق الباطل جانبا، ويصح ما تبقى من العقد أي بطلان العقد يكون جزئيا، لان انتقاص العقد ما كان ليكون لو تحقق البطلان في العقد بأكمله فهنا يكون محلا لتحول العقد لا لانتقاصه⁴.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 231، جميل الشراقوي، بطلان التصرف في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 231.

(2) بشكل عام يمكن القول أن البطلان شرط أساسي ونقطة التقاء بين انتقاص العقد وتحول العقد من أجل إنقاذ العقد من البطلان بغية تحقيق الاستقرار الاقتصادي للعقد وتجنب الآثار الخطيرة التي يمكن أن تترتب في حالة الحكم بالبطلان، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 250، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 68.

(3) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 638.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 246.

ثانيهما أن لا يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً بمعنى أنه هو الدافع للتعاقد¹، وهما ما نصت عليهما المادة 104 من القانون المدني.

فالشرط الأول لا يتحقق إلا إذا كان العقد قابلاً للانقسام بمعنى أن سقوط الجزء الباطل لا ينال من تكييف العقد وبالتالي فإن إنقاص العقد لا يمكن أن يرد إلا على العقود المركبة أو بمعنى آخر فهو لا يرد على عقد يمثل وحدة واحدة وهو ما ذهب إليه الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري والأستاذ أحمد يسري، كالشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الانتقاص منه، وهو ما نصت عليه المادة 556 من القانون المدني²، أو الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة 622 من القانون المدني³.

فبطلان هذان الشرطان لا يؤثران على الطبيعة القانونية للعقد وبالتالي يمكن إسقاطهما، في حين قد يكون العقد غير قابل للانقسام متى كان إسقاط الجزء الباطل يغير من طبيعة العقد ويؤثر فيه، وقد نصت المادة 236 من القانون المدني على هذا: "لا يقبل الالتزام الانقسام... إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته... - إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك".

(1) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، بغداد، العراق، مطبعة النديم، ص 246، حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد، العراق، 1976، ص 128، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الأزاريطة، بغداد، العراق، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 205.

(2) تنص المادة 556 من القانون المدني على الآتي: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

(3) تنص المادة 622 الفقرة الثالثة من القانون المدني على ما يلي: "يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

_ الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول".

كما يمكن أن يكون العقد غير قابل للانقسام بمقتضى القانون ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 446 من القانون المدني التي تقضي بـ: "الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله..."¹، وقد يتقرر عدم قابلية الالتزام للانقسام بناء على اتفاق صريح أو ضمني من جانب المتعاقدين، حيث يتبين أن تحقق الغرض المقصود من المتعاقد يستلزم تنفيذ الالتزام كله، كما لو اتفق على شراء قطعة أرض مملوكة على الشيوخ بغرض إقامة مصنع عليها، فنتجته نية الطرفين في هذه الحالة إلى اعتبار هذه القطعة بمثابة كل لا يتجزأ، فلا يجوز في هذه الحالة لكل بائع أن ينفذ الالتزام جزئياً بقدر حصته الشائعة بل يتعين الوفاء بالالتزام كله².

أما الشرط الثاني فإنه يقضي بأن لا يكون الشق الباطل جوهرياً ودافعاً للتعاقد بحيث لم يكن العقد ليطم دونه عندئذ يبطل العقد كله، وهي سلطة تقديرية للقاضي فله تقدير مدى تأثير الشق الباطل ويكون ذلك بالرجوع إلى سلوك الشخص العادي، لأن غرض هذه النظرية هو ضمان استقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين³، لكون المشرع قد افترض في حالة تعيب التصرف القانوني جزئياً - عدم جوهرية الشق المعيب - ومن ثم جعل الأصل هو انتقاص العقد، والاستثناء هو البطلان الكلي للتصرف إذا ما ثبت جوهرية الشق الباطل من خلال الكشف عن إرادة المتعاقدين⁴، أي لولاه لما أبرم العقد فان التصرف يبطل ولا يجوز إنقاصه¹، إذ أن مجال أعمال إنقاص العقد هو العقد الباطل جزئياً².

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 356، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 638، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 1696.

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في تغير الالتزام العقدي، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، جمهورية مصر العربية، دار الكتب المصرية، 2015، ص 35.

(3) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 356، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 1697.

(4) يلاحظ أن التشريعات قد اختلفت بشأن نظرية إنقاص العقد وذهبت في ذلك إلى مذهبين أساسيين: يذهب الأول إلى اعتبار أن بطلان العقد هو الأصل والاستثناء هو إعمال نظرية إنقاص العقد، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى عكس ما ذهب إليه الأول معتبراً إنقاص العقد هو الأصل والاستثناء هو إبطال العقد بشكل كامل، وهو ما ذهب إليه المشرع المدني

ويترتب على إنقاص العقد عدم إنتاجه كل آثاره القانونية بل ينتج الجزء السليم من العقد آثار العقد الأصلي في حدود ما تبقى منه، ومودى هذا أن انتقاص العقد ينتج أثرا أصليا لا أثرا عرضيا، وينتج باعتباره تصرفا قانونيا لا باعتباره واقعة مادية، وبالتالي فهو لا ينتج أثرا أصليا كاملا بل أثرا أصليا منتقاصا³، فإذا كان انتقاص العقد وصفا ينصب على العقد فيجب أن يكون مصدر هذا الوصف قاعدة معلومة أو يمكن العلم بها، بحيث يصبح في مقدور الأفراد الاحتياط ضد أسبابه⁴.

وقد يقضي المشرع في بعض الأحيان بإنقاص العقد رغم عدم توافر الشروط السابقة ذكرها، ففي بعض العقود يطبق الإنقاص بقوة القانون أي إجباري لا اختياري بإرادة المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك الاتفاق بين الطرفين على عدم جواز القاضي إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، فان هذا الشرط يبطل لمخالفته نص المادة 110 من القانون المدني⁵.

=الجزائري، وهذا ما تفرضه ضرورة استقرار المعاملات الاقتصادية وحماية الظاهر، ومبدأ حسن النية، حيث أن بطلان العقد التام سيهدد بالتأكيد هذا الاستقرار كما سيضعف الثقة المتبادلة التي يجب أن تسود في المعاملات العقدية وما يتعلق بها من حقوق للغير، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 221.

(1) يتم الاستناد إلى تفسير إرادة المتعاقدين من أجل إنقاص التصرف القانوني لكن اختلف الفقه في نوع هذه الإرادة حيث ذهب اتجاه منه إلى القول أن الإرادة اللازمة للإنقاص هي إرادة حقيقية، ذهب فريق آخر إلى خلاف ذلك والقول أن الإرادة اللازمة لإنقاص العقد هي الإرادة الافتراضية، ويبدو أن المشرع أخذ بهذا الرأي الأخير، إذ أن الإرادة اللازمة لإعمال نظام إنقاص العقد هي ليست إرادة حقيقية بل هي إرادة افتراضية تقوم على الافتراض والتصور من قبل القاضي الذي يبيت في موضوع النزاع، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 317.

(2) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص ص 361، 362.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المرجع السابق، ص 99 .

(4) عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 41.

(5) تنص المادة 110 من القانون المدني على ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يهمل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وفي نفس السياق أيضا اشتراط الأطراف عدم جواز تعديل العقد بحكم القاضي ولو حدثت ظروف طارئة، فان هذا الشرط يبطل طبقا لنص المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني¹، وأيضا حالة عقود الإيجار التي تعقد لمدة تزيد على الحد المسموح به قانونا أو العقود المؤبدة، فنصت على ذلك المادة 468 الفقرة الثانية من القانون المدني: "...إذا عقد الإيجار لمدة أطول تخفض المدة إلى ثلاث سنوات".

أما فيما يخص حكم القاضي بإنقاص العقد في هذه الحالة فهو ليس حكما منشأ بل هو حكم كاشف أي أن أثره يقتصر على الكشف عن العيب الموجود في العقد²، وهذا العيب لحق بالتصرف منذ نشأته وليس من تاريخ الحكم بإنقاص العقد، إذ ينحصر دور القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين فليس هناك إنقاص قضائي كما يرى بعض الفقه إذ أن دور القاضي يقتصر على التأكد من توافر شروط إنقاص العقد وتطبيقها لا أكثر أي تطبيق القواعد العامة³.

(1) تنص المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني على الآتي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

(2) لقد ثار جدل فقهي حول هذا التخفيض الذي يترتب عليه إنقاذ العقد من البطلان، هل هذا العمل من قبيل تحول العقد أم انتقاص العقد؟ يذهب أنصار تحول العقد إلى أن العقد الذي يتجاوز الحدود المسموح بها قانونا هو عقد باطل بطلانا مطلقا لمخالفته صراحة نص القانون، وبالتالي فان هذا التخفيض هو بمثابة تحول العقد الباطل بشكل تام إلى عقد صحيح آخر، حيث لا مجال للإنقاص العقد في مثل هذه الحالات وذلك لانقضاء شرط تحققه الأساسي والمتمثل ببطلان العقد جزئيا، ويستندون في ذلك إلى الاتجاه الفقهي الذي يرى أنه ليس من الضرورة أن يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر من طبيعة مختلفة، بل يجوز أن يتحول عقد من ذات الطبيعة والمطلوب فقط في هذه الحالة هو تغيير المضمون، فالعقد المتغير من حيث المضمون هو عقد جديد يختلف عن العقد القديم الباطل، لاسيما وأن هذا الرأي ينطبق مع مقتضيات النصوص القانونية التي عالجت نظام تحول العقد، وما ترمي إليه من تقليل حالات البطلان وتحقيق الأهداف الاقتصادية، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 85، 87.

(3) عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 41.

لكن الأستاذ سمير تناغو يرى خلاف ذلك إذ يقول: "إن الدور الاجتماعي والأخلاقي للعقد والذي يسعى لتحقيق غرض وهدف القانون وهو العدالة، ولأن العقد وسيلة قانونية يكون بالتالي وسيلة لتحقيق هدف القانون وبذلك يكون العقد قرينة على عدالة القانون، وإذا انحرف العقد عن تحقيق أهدافه وتبين أن إرادة عاقيه لم تكن عادلة تعين على القاضي التدخل بتصحيح هذه الإرادة ويكون ذلك بإحلال إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين في تحقيق عدالة العقد فيسقط الالتزام العقدي ويحل محله التزام قضائي، مصدره إرادة القاضي ممثلة بالحكم الذي يصدره، أما الجزء السليم من التصرف يصح من تاريخ إبرام العقد الأصلي ولا يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقدين أو من جانب القضاء"¹.

ولا يكون إنقاص العقد حكرا على العقد الباطل جزئيا بل تنشأ آلية إنقاص العقد في عقد صحيح، ولغرض ممارسة ذات الدور الذي تمارسه في العقد الباطل جزئيا، فالعقد الصحيح قد يكون محدودا بالحالات التي تستدعي إهدار جزء من العقد ولذات العلة التي دعنا في العقد الباطل جزئيا، فمثلا في حالات ظهور تلف في بعض المبيع تنشط هذه القابلية لممارسة دورها في عزل هذا الجزء التالف وإخراجه من عملية المبيع فيبقى الجزء الآخر. غير التالف بمقدار حصته من الثمن بعد أن يكون قد استنزل ما يقابل الجزء الأول - التالف- من ثمن المبيع مع الأخذ بعين الاعتبار الخيار الممنوح للمشتري في قبول إجراء المبيع على هذه الصورة، وفي هذه الحالة يظهر دور قابلية الانفصال أو رفضه كليا فيتم فسخ العقد².

(1) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 1998، ص ص 412، 413.

(2) يعتبر فسخ العقد أحد طرق انحلال العقد، وهو جزء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي يحملها بموجب العقد، وبذلك يعد الفسخ نظاما قانونيا يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب من لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية حتى يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه،

وتبدو صور التقارب والتشابه بين نظام تحول العقد وتصحيح العقد في عدة وجوه أهمها:

تحول العقد وتصحيح العقد بصفة عامة يقومان على نفس الفكرة الأساسية بالنسبة للتصرفات القانونية المعيبة وهي استبقاء العقد إلى أكبر قدر ممكن طالما أنه لا يزال متفقاً مع غرض المتعاقدين والقانون، وهذا ما عبر عنه الأستاذ أحمد يسري بالقول: "على أنه يجب ملاحظة أن المبدئين يقومان على نفس الفكرة الأساسية وهي استبقاء التصرف إلى أكبر قدر ممكن طالما أنه لا زال متفقاً مع غرض المتعاقدين والقانون، أما بغض النظر عن هذه الفكرة الأساسية فإن كل مبدأ يأخذ طريقه الخاص"، كما يقومان على المعيار الذاتي الذي أساسه مبدأ سلطان الإرادة وتجسيد الفلسفة الفردية إذ لا يمكن إعمال تصحيح العقد أو عدم إعماله دون تفسير إرادة المتعاقدين، ولا يصار إلى تحول العقد إلا من خلال تلمس قصد المتعاقدين¹.

إلا أنه في حالات يتعين عدم الاعتداد بإرادة الطرفين وفرض إنقاص العقد ولو تعارض مع إرادة أحدهما أو حتى إذا كان ليرتضي إبرام العقد بغير الشق الباطل ومثال ذلك بطلان الشروط التعسفية في عقد الإذعان فلا يمتد إلى العقد بأكمله وذلك دون الاعتداد بإرادة الطرف الأقوى في عقد الإذعان، وقد تم الإشارة إلى ذلك²، وهذا ما أدى إلى اتساع دور القاضي في مجال تحول العقد و تصحيح العقد بما ينسجم مع المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة والمصلحة الخاصة المجردة للمتعاقدين.

=والمشرع يتقاضي قدر الإمكان الانحلال، وذلك بتوجيهه إلى تشجيع أطراف العقد على تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد المبرم، وذلك نظراً لخطورة نتيجة الانحلال غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فقد تصل المعاملة إلى الوضع الذي ليس بعده إلا نتيجة واحدة هي انحلال العقد حماية لطرف الدائن في التعاقد، حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص 251.

(¹) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 229.

(²) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص ص 109، 107.

ومن المسائل الأخرى التي تبرز التقارب بين النظاميين هو مبدأ رجعية الأثر المترتب على كل منهما، فطالما كان هدف تصحيح العقد وكذا تحول العقد هو إعادة التوازن العقدي عن طريق جعل السبب كافيا للعقد من أجل جعله صحيحا ومستقرا في التعامل الاقتصادي، لذا فإن لغة المنطق وحتى تتم معالجة عدم كفاية السبب فإن تصحيح العقد أو تحول العقد لا بد أن ينتجا آثارهما منذ لحظة إبرامها، حيث في ذلك الوقت تحديدا ظهر اختلال في التوازن العقدي، الأمر الذي يتطلب معالجته منذ وقت إبرام العقد وليس من وقت حصول تصحيح العقد أو تحول العقد.

ومن الأمور الأخرى التي يتقارب فيها كل من تحول العقد وتصحيح العقد هو أن الآثار المترتبة على تحققهما تمتد لتشمل الجميع وليس أطراف العلاقة العقدية فقط، فهي تشمل الأطراف الثالثة كحسني النية وغيرهم، حيث لا يحق لأي من هؤلاء الطعن بالعقد بعد تحققهما.

ورغم هذا التشابه والتقارب بين تحول العقد وتصحيح العقد إلا أنه لا يمكن القول بأي حال من الأحوال أنهما يمثلان نظاما قانونيا واحدا، حيث أن هناك من الفوارق والاختلافات التي يمكن من خلالها تمييز النظاميين بوضوح ومن أهم تلك الاختلافات ما يلي:

يتميز تحول العقد عن تصحيح العقد بصفة عامة على الرغم من كونهما فكرتان متعلقتان بالتصرفات المعيبة وإنقاذها من البطلان إلا أن مجال التصحيح أوسع فقد يرد على التصرفات المعيبة وكذا التصرفات الصحيحة فالعقود القابلة للإبطال هي عقود صحيحة منذ الأصل¹.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص 304، 306.

بالإضافة إلى أنه في تصحيح العقد يظل التكليف القانوني للتصرف كما هو دون تغيير حتى مع إدخال أو تغيير في بعض عناصر العقد غير الجوهرية أو الانتقاص منه¹، أي دور القاضي يقتصر على تفسير الإرادة الحقيقية لكلا المتعاقدين الأمر الذي يجعل التصحيح بصفة عامة مجرد تطبيق للقواعد العامة²، على عكس تحول العقد أو انقلاب العقد فالقاضي يحل نفسه محلها ويبدلها من عقدهما القديم عقدا جديدا، لكن هذا لا يعني إنكار دور الإرادة في تحول العقد وان كانت هذه الإرادة افتراضية لان العبرة بالغاية العملية للتصرف وليس بالإرادة القانونية³.

ومن ملاحظة النصوص القانونية المنظمة لتحول العقد نجد أنه لا يمكن إعمال هذا النظام إذا تخلفت أحد الشروط الأساسية له والتي سيتم شرحها في المبحث الثاني من هذا الفصل، في حين نجد مناط التصحيح هو عمل مركب ينطوي على عمل نفسي هو الإرادة الشخصية للمتعاقد الذي يقوم بالتصحيح مضافا إليها عملا موضوعيا يتمثل بتغيير أو إضافة أو انتقاص عنصر من عناصر العقد.

(1) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 18، عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 57، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل إجازة معهد القضاء، شعبة الأنظمة، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص 70، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 308.

(2) تصحيح العقد يتم بطريقتين أساسيين، الأول من خلال إرادة المشرع مباشرة دون أن تكون لإرادة المتعاقدين أي دور في ذلك وهذا من خلال النص القانوني الذي يضعه المشرع كما في حال انتقاص العقد، أما في الحالة الثانية فان تصحيح العقد يتم من خلال إرادة المتعاقدين وفي هذه الحالة يكون الدور الأبرز للمتعاقد الذي يقوم بعملية تصحيح العقد، ومعنى هذا القول أن الإرادة الحقيقية هي مدار التصحيح فيجب أن يعبر عنها بشكل واضح لا لبس فيه، وهكذا فان تصحيح العقد إما أن يتم بحكم القانون ودون تدخل إرادة الأطراف وإما أن يقع بإرادة المتعاقد الحقيقية، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 125.

(3) يرى الفقه الإسلامي كذلك أن تصحيح العقد يختلف عن تحول العقد، إذ يحدث هذا الأخير إذا كان العقد باطلا ولكن تتوافر فيه أركان عقد آخر، وتتجه نية المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد، فانه يحدث تحول العقد مع تغيير في موضوع العقد كأن تتحول الكفالة إلى وكالة. أما تصحيح العقد فيحصل للعقد الفاسد من خلال إزالة سبب الفساد، وهذه الإزالة لا تؤدي إلى تغيير موضوع العقد، إسرائ فهمي ناجي، عادل شمران حميد، المرجع السابق، ص 185.

ويتميز نظام تحول العقد عن تصحيح العقد في مسألة هامة أخرى وهي أن تحول العقد يعد من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل بوصفه واقعة قانونية، في حين تصحيح العقد ليس من الآثار العرضية بل هو من الآثار الأصلية للعقد ولكن يمكن اعتباره من الآثار الاستثنائية لاعتبارات يراها المشرع ضرورية وتساهم في تحقيق الاستقرار والتوازن الاقتصادي للعقد، وبالتالي فإن الآثار المترتبة على تصحيح العقد هي ذات الآثار الناجمة عن العقد الذي تم تصحيحه.

ويبدو في الأخير أن التصرف سوف ينقذ من البطلان الكامل بتعاون تحول العقد وتصحيح العقد، فجزء يظل صحيحا في صورته الأصلية عن طريق تصحيح العقد بصفة عامة، والجزء الآخر يكتسب الصحة عن طريق المادة 105 من القانون المدني لان تحول العقد لا يرد إلا على العقد الباطل والقابل للإبطال أيضا¹.

وهكذا تتبين الفوارق الأساسية بين نظامي تحول العقد وتصحيح العقد بشكل لا يقبل اللبس على الرغم من أوجه التقارب والشبه التي قد تدفع إلى الالتباس بينهما.

ثانياً_ تمييز تحول العقد عن تكميل العقد: الأصل أن المتعاقدين حينما يتفقان على إبرام العقد يضعان تنظيماً لكل المسائل التي تنظم هذا الأخير، ويحددان مضمونه ببيان ما ينشأ عنه من آثار سواء كانت حقوقاً أو التزامات في حدود ما يرسمه القانون، بيد أن المتعاقدين قد يغفلان عن تنظيم بعض المسائل التفصيلية التي قد تنشأ من العقد لأنها لم ترد بذهنهما أو لأنهما لم يتوقعاهما، ذلك أن تنظيم كل المسائل التفصيلية يتطلب درجة عالية من الدقة بموضوع العقد والذي قد لا يتوفر في المتعاقدين، وعليه سنكون إزاء عقد غير كامل لأنه لم يضع تنظيماً لكافة المسائل التي لا بد من مواجهتها، ومن ثم يكون بحاجة للإكمال.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 70، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 17.

إن تكميل العقد هو وسيلة لمعالجة وسد النقص الذي يشوب تنظيم العقد الصحيح لا الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، بمعنى أن هناك تعبيراً تصرفياً اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده ولم يشتمل على العناصر التفصيلية أو الثانوية كجزء من التعبير عن الإرادة، فإن تكميل العقد يعني إضافة الجزء الناقص إليه¹، ومن ثمة لا ينصب التكميل على مضمون العقد بقدر ما ينصب على آثاره إذ يفترض نقص في تنظيم العقد تتعين تكملته².

وبالتالي فعند تكميل العقد لا بد من توفر ثلاثة شروط أولها اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وثانيها احتفاظهما ببعض المسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد، وثالثها عدم اشتراط تعلق إبرام العقد على الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية³، فعلى سبيل المثال قد يتفق الطرفان في عقد الإيجار على العين المؤجرة وكل المسائل الجوهرية الأخرى في العقد، وقد يربحاً الاتفاق على تحديد ملحقات العين المؤجرة بعد انعقاد العقد، فإذا اختلف المتعاقدان بشأن تحديد هذه الملحقات تدخل القاضي لتحديد ما مسترشداً بالعرف وطبيعة التعامل⁴.

(1) اختلف الفقهاء في تعريفهم تكميل العقد فمنهم من يرى تكميل العقد ذا طبيعة ذاتية وهو فقه المدرسة اللاتينية الذي يرى أنه تفسير لإرادة المتعاقدين بالكشف عنها، سواء أكانت هذه الإرادة هي الإرادة الحقيقية أم الإرادة المفترضة لهما، ومنهم من يرى أن تكميل العقد ذا طبيعة موضوعية فالقاضي لا يستند في تكميل العقد إلى إرادة المتعاقدين مهما كان نوعها، وإنما يلجأ إلى معايير موضوعية لإكمال النقص الذي يشوب العقد والمتمثلة في الأحكام القانونية المكملة التي تمثل طرفاً خارجياً يستعين به القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وأن القواعد التشريعية المكملة هي تفسير لإرادة المتعاقدين، خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص 50.

(2) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 15.

(3) سحر البكاشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2008، ص 105.

(4) جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1982، ص 258.

وقد أناط المشرع للقاضي أثناء تصديه لموضوع الدعوى المدنية المطروحة عليه سلطة تكميل العقد، وأصبحت من ضمن السلطات التي يتمتع بها إزاء مضمون العقد إلى جانب سلطته في تفسير العقد وتكييفه¹، والحقيقة أن هناك ترابطا وثيقا بين هذه السلطات الثلاث، فتحديد مضمون العقد يقتضي أن يقوم القاضي بالتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين سواء عن طريق عبارات العقد إذا كانت واضحة الدلالة على مضمون هذه الإرادة، أو عن طريق تفسير عباراته إذا كانت غير واضحة، ومن ثم يقوم بإعطاء التكييف القانوني الصحيح حتى يستطيع أن يرسم صورة واضحة لما ينشأ عنه من حقوق وما يولده من التزامات.

فالقاضي عند قيامه بإضافة التزامات إلى مضمون العقد الأصلي يجب عليه الرجوع إلى الأحكام التكميلية في المسائل التي تركها المتعاقدون ولم يتفقوا عليها²، إذ أنه كثيرا ما يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة بينهم في جميع التفاصيل إما لعدم توقعها أو اعتمادها على أحكام عقود سابقة في بعض التفاصيل، كما يستطيع أن يضيف الالتزامات الناقصة إلى مضمون العقد من تلقاء نفسه، وذلك بمناسبة أي نزاع عقد يعرض عليه مستعينا بالقواعد التكميلية المؤثرة قانونا والمتمثلة في القانون³، والعرف¹، والعدالة²، وطبيعة الالتزام، كالتزام

(1) وإسناد هذه السلطة للقاضي يأتي في إطار تعزيز دوره الإيجابي وإخراجه من دائرة السكون المتمثلة بالتطبيق الحرفي للنص إلى دائرة الفعالية والتأثير في ظروف تطبيق هذا النص، وقد تجسد ذلك بعدول المشرع عن المعايير الجامدة التي كان من شأنها سلب القاضي الكثير من حرية التقدير إلى المعايير المرنة التي تتسع معها سلطة القاضي في تكييف ظروف كل واقعة واختيار الحل الأمثل له، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 25، 26.

(2) لقد أصبحت عملية تكميل العقد إذا كان يشوبه النقص وسيلة حماية استثمارها القضاء لحفظ مصالح بعض الفئات في المجتمع والتي تحتاج إلى الرعاية، فابتدع التزامات جديدة هي الإعلام، التحذير، النصيحة والتي تتدرج من تقديم البيانات اللازمة عن محل العقد أو وسائل تنفيذ الالتزامات الناشئة منه، وتصل إلى حد تدخل أحد طرفي العقد في فرض سلوك معين على الطرف الآخر كما في الالتزام بالنصيحة، نفس المرجع، ص 9.

(3) تعتبر القواعد القانونية المرجع الرئيسي للعقود المسماة، إذ يستند إليها القاضي لدى تكملته لعقد أغفل طرفاه تنظيم المسائل التفصيلية له عند إبرامهم له مالم يستبعد ذلك صراحة، فقد نظم المشرع ميعاد تسليم المبيع في عقد البيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن وما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع استحقاقا كلياً أو جزئياً أو إذا ظهر به عيب خفي،

السلامة الذي فرض على عاتق الناقل لمصلحة الراكب، ولعل المادة 107 الفقرة الثانية من القانون المدني تشير إلى المعاني المتقدمة إذ نصت على أنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"³. وأيضا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني التي جاء فيها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبرا العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة". وحتى يمكن التمييز بين تحول العقد وتكميله لابد لنا من تحديد أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما.

= المواد من 351 إلى 360 من القانون المدني، فاطمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 24.

(1) يعتمد القاضي على العرف في سد النقص الذي يشوب العقد، والعرف المقصود هنا هو العرف المكمل لإرادة المتعاقدين لا العرف المفسر، حيث يفترض القاضي من سكوت المتعاقدين بأنهما اتفقا على تطبيق تلك القواعد العرفية المعمول بها، ويظهر ذلك بوضوح في المعاملات التجارية والبحرية وعقود التأمين، كما يمكن للقاضي أن يستعين أيضا بالشروط المألوفة التي جرت العادة على إدراجها ضمن عقود معينة ولو لم ينص عليها في العقد حيث أصبحت تعتبر ملزمة للمتعاقدين، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 390، أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانون المدني المصري والفرنسي، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 21.

(2) في حالة ما تعذر على القاضي إكمال العقد وفقا للقواعد القانونية والعرفية خوله المشرع إمكانية اللجوء لقواعد العدالة لسد ذلك النقص، إذ يجتهد القاضي برأيه للوصول إلى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه مستنبطا القاعدة التي يراها أقرب لتحقيق العدالة منطلقا لتحقيق ذلك من اعتبارات موضوعية تتسجم مع طبيعة العقد وما يستلزمه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وهو ما أشارت إليه المادة 01 الفقرة الثالثة من القانون المدني: "فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 97.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، نظرية العقد، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 1993، ص 310، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع سابق، ص 27.

1- أوجه الاتفاق بين تحول العقد وتكميل العقد: إن كل من تحول العقد وتكميل العقد يهدفان إلى الإبقاء على العقد والمحافظة عليه وعدم إهداره، كما أن القاضي نجده يؤدي دور منشئاً يتجاوز فيه الدور الكاشف، ففي تكملة العقد نجده يستكمل العقد بإضافة التزامات جديدة تفرض على عاتق المتعاقدين، وكذلك بالنسبة لنظام تحول العقد عند قيامه بتحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح يهدف من خلال ذلك إلى مساعدة أطراف العلاقة العقدية في تحقيق الغايات الاقتصادية التي يتعذر عليه تحقيقها من غير ممارسته للدور المنشئ¹.

كما يتفق دور قاضي الموضوع في تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح مع دوره في تكميل البنود التفصيلية، فالقاضي لا يستطيع أن يضيف أي متعاقدين جدد إلى الرابطة العقدية أثناء إجراءات عملية تحويل العقد أو تكميل العقد، كما لا يمكنه أن يغير من صفات المتعاقدين التي تعاملوا بها في الرابطة العقدية محل تكميل العقد أو تحويل العقد².

2_أوجه الاختلاف بين تحول العقد وتكميل العقد: يكمن جوهر الاختلاف بينهما في الدور الذي يضطلع به القاضي في تكميل العقد وتحول العقد إلى عدة أوجه أساسها وجوب أن يكون العقد محل التكميل عقداً واحداً صحيحاً، ومستوفياً جميع الشروط الجوهرية ولكن لا يتضمن الاتفاق على بعض البنود التفصيلية فيقوم القاضي بإضافتها، على العكس يكون العقد محل التحول عقداً باطلاً مع تضمنه أركان عقد آخر صحيح فيتدخل القاضي لتحويله إلى هذا العقد الأخير إذا توافرت فيه باقي شروط تحول العقد التي نص عليها المشرع في المادة 105 من القانون المدني، أما إذا لم تتوفر الشروط فلا يمكن له ذلك، وإعمالاً لهذا فإن قاضي الموضوع لا يقوم بتحويل عقد وقف إلى عقد وصية لأنه لا تتوافر فيه عناصر عقد الوصية³.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 251.

(2) سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 52، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 284.

(3) سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 60.

فمهمة القاضي في تكميل العقد هي إضافة البنود التفصيلية الناقصة للعقد الصحيح وتحديد نطاقه ببيان ما ينتج من حقوق وما يولده من التزامات¹، مسترشداً بعدة معايير حددها له المشرع على سبيل الحصر على أن يكون ذلك وفقاً لطبيعة العقد.

أما مهمته في تحول العقد تتمثل في استخلاص أركان عقد جديد من أركان عقد آخر باطل توافرت فيه أركان العقد الصحيح الثاني مع استظهار عدم تعارض ذلك مع نية المتعاقدين، وهذا يقودنا إلى الحديث عن إرادة المتعاقدين في كل من تحول العقد و تكميل العقد، إذ يجب أن تتصرف إرادة المتعاقدين الحقيقية في تكميل العقد إلى هدف معين ويختارون لتحقيق هذا الهدف طريقاً قانونياً ويتضح أنه صحيح، ومفاد ذلك أنه في تكميل العقد يوجد عقد واحد، ونية محددة من المتعاقدين اتجهت إلى إبرامه². وعلى العكس من ذلك فإن القاضي يفترض في تحول العقد أن المتعاقدين لو علما ببطلان العقد الأول فإن إرادتهما كانت ستتصرف إلى العقد الصحيح الآخر، ومفاد ذلك أن إرادة المتعاقدين الواقعية انصرفت إلى العقد الأصلي، وانصرفت إرادتهما المفترضة إلى العقد الآخر.

أما بالنسبة للحكم الصادر من القاضي فيما يخص تكميل العقد يكون حكماً منشأً غير ذي أثر رجعي وسلطته تقديرية في ذلك إذ يخضع لرقابة قضاء النقض في مباشرته لسلطته في تكميل بنود العقد التفصيلية، بينما يعد قضاؤه بتحول عقد باطل إلى عقد آخر صحيح حكماً كاشفاً يمتد أثره إلى تاريخ إبرام العقد الأول، ويقنصر دور القاضي فيه على التثبت من توافر شروط تحول العقد فالقاضي لا يبعث الحياة في التصرف وإنما يكشف عن هذه الحياة، وهو في ذلك لا يخضع لرقابة محكمة النقض في استخلاص عناصر العقد

(1) سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 42.

(2) خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص ص 53، 54.

الجديد من العقد الباطل حيث تعتبر سلطته سلطة مطلقة، وأن يخضع القاضي لرقابة النقض في تكييفه للعقد البديل¹.

وخلاصة القول فإن التشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع مهما كان بصيرا بالتشريع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلا، ومن هنا أناط المشرع مهمة التطور الجزئي للقانون وسد ما فيه من ثغرات للقاضي، هذا الأخير لم يعد دوره ينحصر في معرفة القانون وتطبيقه، وإنما منح قدرا من حرية البحث في ملائمة القانون وإحداث المواءمة بين ثبات القاعدة القانونية وتطور الحياة، وهذا الأمر جعل المشرع يعترف بالدور الإنشائي للقضاء في إثراء التشريع بشكل عام والتقنين المدني بشكل خاص.

وهكذا يتبين أن هناك أنظمة أوجدها المشرع تشتهه بنظام تحول العقد من حيث الغرض الذي أوجدت من أجله أو من حيث الآليات المستعملة في تحقيقها، كما أن هذه الأنظمة على الرغم من أوجه التشابه بينها وبين تحول العقد فإنها تتميز عنه بجملة من المسائل بحيث يمكن لنا أن نضع فواصل دقيقة بين هذه الأنظمة ونظام تحول العقد.

المبحث الثاني

شروط تحول العقد

تشير المادة 105 من القانون المدني بوضوح إلى أن العقد يتحول إذا كان باطلا لتخلف أحد أركان انعقاده أو قابلا للإبطال لانتفاء شروط صحته، وإذا كان يحتوي عناصر تصرف آخر صحيح ولو بصفة جزئية، ويحقق نفس الغرض الذي كان يرمي إليه المتعاقدان، ويعتبر هذا التصرف الجديد غريبا عن العقد الباطل مستقلا عنه وبمعنى آخر فإن التصرف المعيب يتحول إلى تصرف آخر صحيح متولد عن التصرف الأول في صورة

(1) سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 66.

كيان مستقل وصورة مغايرة لهذا الأخير، وطبقا لنظرية تحول العقد فان العقد الباطل يرتب بعض الآثار القانونية العرضية، تتمثل في التصرف الذي يتحول إليه العقد الباطل، لكن يفترض وجود عقد باطل تتوافق عناصره مع عناصر عقد آخر صحيح إضافة إلى اتجاه الإرادة الافتراضية للمتعاقدين إلى هذا العقد الصحيح إذ علما ببطلان عقدهما الأصلي ويتبين ذلك من النية، ولنعرض فيما يلي هذه الشروط ببعض من التفصيل شرط بطلان العقد الأصلي، واشتمال العقد الباطل على أركان عقد صحيح آخر، وانصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح كل في مطاب مستقل.

المطلب الأول

بطلان العقد الأصلي

يعد العقد الأصلي نقطة الانطلاق لإعمال تقنية تحول العقد حيث أنه انطلاقا من عناصره سيسعى القاضي إلى تكوين عقد آخر جديد، فشرط الرجوع إلى العقد الأصلي هو شرط أساسي وبديهي عند تطبيق نظرية تحول العقد فعلى القاضي أن يتثبت من بطلان العقد¹، كخطوة أولى نحو التصريح بالتحول أما العقد الصحيح فلا يتحول إلى عقد آخر

(1) يجب أن ينصب البطلان على كل التصرف أو على شق منه لا يقبل الانفصال عن جملة التصرف أما إذا كان الشق الباطل قابلا للانفصال دون تغيير صفة العقد فينبغي أن يطبق عليه النص الخاص بانتقاص العقد الباطل وليس تحوله لان الأولى تبقى إرادة المتعاقدين الحقيقية بدلا من إرادتهما المفترضة التي تعتمد عليها نظرية التحول، هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 379، 380، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1980، ص 444، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2008، ص 264، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 101.

حتى ولو كان المتعاقدان يؤثرانه على العقد الأول لان نظرية تحول العقد لا تعني العقد الصحيح¹.

فالهبة الصحيحة التي تتضمن عناصر الوصية لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن كلا من الواهب والموهوب إليه كان يفضلان الوصية على الهبة طالما أن عقد الهبة انعقد صحيحا ومنتجا لمفاعليه، والعقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ، إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد لا يتحول إلى تصرف آخر².

ذلك أن العقد الصحيح تقوم صحته على الإرادة الحقيقية للطرفين فلا حاجة هنا للبحث عن تحول العقد من خلال إرادة افتراضية للطرفين إذ يجب دون شك أن تصح الإرادة الحقيقية التي يقرها القانون وأن تنتج أثرها³، كما لا إمكانية لإعمال نظرية تحول العقد في العقد الموقوف⁴، لا قبل الإجازة ولا بعدها على حد سواء لأنه في الحالتين عقد صحيح، أما إذا نقض العقد الموقوف ممن يملك حق نقضه فقد أصبح عقدا باطلا وبأثر رجعي، وهنا لا مانع من إعمال تحول العقد إذا توافرت أركانه⁵.

(1) عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1989، ص33، إبراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 10.

(2) آمال سليم، المرجع السابق، ص 14، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 41، 40.

(3) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص380.

(4) عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص73، سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقاء، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع الفقه المقارن، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 45.

(5) ضمير حسن المعموري، نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص 274.

ضف إلى ذلك التصرف الذي يتم على سبيل المزاح والتصرف السوري، والتصرفات الصادرة عن فاقد الأهلية ما لم يحكم ببطلان التصرف هي جميعها تصرفات غير قابلة للتحويل، وعليه فإن بطلان العقد شرط أساسي لإعمال نظرية تحول العقد، ومثال ذلك عقد البيع الذي يصدر من البائع في مرض اعتقد أنه مرض الموت ثم شفي من المرض، فهذا بيع مشوب بغلط دافع فيكون قابلاً للإبطال، ثم يموت البائع بعد شفائه من المرض تاركاً عقد البيع كما هو، فتبطله الورثة على أساس الغلط، فيصح أن يتحول من بيع باطل إلى وصية صحيحة¹، ولنعرض فيما يلي أسباب البطلان وأقسامه.

أولاً أسباب البطلان: تعتبر نظرية البطلان من النظريات البالغة التعقيد حيث تتعدد فيها مناحي الخلاف وأوجه الرأي المتضاربة، ولم يسد هذا الاضطراب أبعاد النظرية فقط، وإنما ساد أيضاً المنطق القضائي لها فكانت التعبيرات القانونية جد مضطربة فضلاً عن اضطراب الفكرة ذاتها في أذهان المحاكم، ولقد عني المشرع الجزائري بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد تحت عنوان إبطال العقد وبطلانه من المادة 99 إلى المادة 105 من القانون المدني، أما بالنسبة لتعريف البطلان فإننا لم نعثر له على أثر في التقنين المدني الجزائري، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى رغبة المشرع في ترك أمر تعريف البطلان للدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية.

ويعرف البطلان بأنه واقعة قانونية تجعل الشيء الذي اتجهت إليه الإرادتان غير ممكن باعتبار الواقعة القانونية هذه مضادة للقاعدة القانونية وبذلك يضمن البطلان تأمين القاعدة القانونية التي ينتج فيها الجزاء، وبما أن طبيعة هذه القاعدة هي التي تستنبط الهدف من نظام البطلان وهذا يعني أن نظام البطلان عبارة عن مجموعة قواعد تم تسخيرها لخدمة قواعد التشريع أي أنه تصديق للقاعدة التشريعية المخالفة، فالبطلان نظام جزاء مدني، القصد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 101.

منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات القانونية، وأنه يطبق على كل أنواع التصرفات التي لحقها العيب نتيجة مخالفة إحدى القواعد القانونية التي تضع شروط إنشاء التصرف، والغاية منه منع الآثار المقصود اتخاذها ما دامت لم تقم وفقا للقانون¹.

ويعرفه جانب آخر من الفقه البطلان هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة، ومن ثم فإن العقد الباطل ليس له أي أثر بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة للغير كأصل عام². ويرى الأستاذ جميل الشراوي أن البطلان وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة عيب وليس جزاء وجه إلى آثاره مباشرة، ويلحق العيب بالتصرف إذا خالف قاعدة قانونية تتعلق بإبرام التصرف وينتهي إلى أن البطلان باعتباره وصفا يلحق التصرف القانوني إنما يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف³.

وينتهي رأي ثالث إلى أن البطلان وان كان في حقيقته وصفا يلحق التصرف القانوني الذي انعقد مخالفا للأوضاع التشريعية التي نص عليها المشرع، واستهدف منها المصلحة

(1) أي عدم حصول آثار التصرف المقررة شرعا بين الناس، من امتلاك وانتفاع وغيرها من الحقوق والتميرات والمصالح التي تجعل ذلك التصرف سبيلا إليها وسببا منشأ لها، ومن ثم عرف العقد الباطل في اصطلاح الفقهاء بأنه: "ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه"، فالعقد الباطل في الفقه هو الذي لا تتوافر له مقومات، وهذه المقومات يجمعها ما يسمى "أصل العقد" فكلما خل بأصل العقد يؤدي إلى بطلانه، عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، الإجمالي والموضوعي، البطلان في قانون المرافعات، الجزاء الإجمالي، حالات البطلان، البطلان في القانون المدني، نظرية البطلان، تطبيقات البطلان، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، ص419، محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998، ص 95.

(2) وقد يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين بيد أنه لا يسري في حق الغير، فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يحتج به على الغير، والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحقوق دائنيه صحيح أيضاً فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يسري في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية، محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، الفسخ والتفاسخ، البطلان والانعقاد في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1988، ص 56.

(3) جميل الشراوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 140.

العامة أو سمة جوهرية في المصلحة الخاصة إلا أنه أيضا جزاء على المخالفة التي ارتكبت في حق القانون¹.

ومما تقدم يمكن أن نعرف البطلان بأنه وصف يلحق التصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية، فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف، وإفقاده آثاره القانونية²، تحقيقا لهدف الشارع بحمل الأفراد على احترام القواعد القانونية التي تنظم إنشاء التصرفات.

وللبطلان طابعا زجريا ودورا وقائيا في آن واحد، ويتمثل الطابع الزجري (أو الردعي) في كونه ذلك الجزاء الموضوعي للسلوك غير المشروع الذي يعرض المصالح الاجتماعية للخطر فيمنعه البطلان من أن يترتب آثارا تتعارض ومصالح المجتمع لذلك يقرر البطلان للعقد الذي أصابه الخلل بحيث لم يعد قادرا على تحقيق الأهداف الاجتماعية التي قصد تحقيقها من وراء إبرامه باعتباره جزاء دون غيره من الاجزاية إذا كان لا يستجيب لمتطلبات التطور الاقتصادي والاجتماعي³. أما الدور الوقائي للبطلان فيظهر في إحجام الأفراد عن إبرام عقد يكون عرضة للبطلان في مرحلة لاحقة⁴.

(1) جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق ، ص 94.
(2) وعلى ضوء التعريف المقدم تم تحديد الطبيعة القانونية للبطلان بأنه نظام قانوني جزائي يشبه التكيف القانوني للفعل الإجرامي، فالقاضي ينظر في ماهية الفعل الذي وقع وشكل الركن المادي والظروف الملابسة له، ثم إذا تبين له أن الأفعال تخالف نصوص القانون فإنه ينعت الفعل بوصف الجريمة، فإذا ثبت لديه ذلك انتقل إلى تطبيق الجزاء الوارد بالنص الجنائي على الفعل. هذا هو الحال في البطلان المدني الذي هو في الحقيقة نظام قانوني للجزاء المدني، يبدأ بنعت التصرف بالبطلان عند ثبوت المخالفة لنصوص القانون، ثم ينتقل إلى تطبيق الجزاء وهو شل الفعالية وإفقاد العقد قوته الملزمة، ولا ينصب الجزاء على أطراف العقد بل يلحق بآثاره، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول،المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 26،20.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 30.

(4) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 95.

وأساس بطلان العقد هو وجود عيب فيه ينتج عن مخالفته قاعدة قانونية¹، ويظهر هذا العيب في مرحلة إنشاء العقد²، إذ أن البطلان يمس فقط القواعد التي تتعلق بإنشاء العقد، فالبطلان الذي يضرب العقد نظرياً بسبب عيب في التركيبة الرئيسية أو الأصلية للعقد يضره من أساسه أو من أوله³، فكلما وجد العيب وجد البطلان باعتبار أن العيب أساس البطلان ومناطه، لان القانون وضع نظام البطلان ليحمي نشأة التصرفات القانونية بصفة عامة والعقد بصفة خاصة موافقة لقواعده⁴.

إذ ينص على البطلان صراحة عند مخالفة النص القانوني إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء التصرف القانوني والنظام العام، كما جاء في نص المادة 94 الفقرة الأولى من القانون المدني الآتي: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقدراه وإلا كان باطلاً"، كما قد يكون ضمناً يستنتج القاضي من روح التشريع والحكمة من النص، وفي هذه الحالة يستوجب القضاء بالبطلان رغم خلو النص من الجزاء⁵.

ويمكن أن ترجع أسباب البطلان إلى أسباب ذاتية إذ يجب لانعقاد العقد توافر أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب، ويرتب فقه النظرية التقليدية على انعدام أحد هذه الأركان انعدام العقد كله وهذا ما اصطلح عليه بالانعدام.

(1) جميل الشراوي، بطلان التصرف القانوني في المدني المصري، المرجع السابق، ص 140.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 31.

(3) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 191.

(4) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 420.

(5) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 65.

ويجعلون لركني المحل والسبب شروطا هي أن يكون المحل ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين وأن يكون السبب مشروعاً ويرتبون على اختلال أي شرط من هذه الشروط سواء في المحل أو السبب أن يكون العقد باطلا بطلانا مطلقاً، وهو ما اصطلح عليه بالبطلان المطلق.

ويجعلون لركن الرضا شروطاً لانعقاده وشروطاً أخرى لصحته وشروطاً انعقاده تقابل الإيجاب والقبول وتطابقهما، أما شروط الصحة فهي صدوره من ذي أهلية وخلوه من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال بحيث إذا اختل شرط من شروط الانعقاد فإن العقد يبطل بطلانا مطلقاً، أما إذا اختل شرط من شروط الصحة فإن العقد يبطل بطلانا نسبياً، و سمي بالبطلان النسبي أو قابلية العقد للإبطال¹.

وأسباب موضوعية لا تتعلق بشخص المتعاقد أو ذاته، وإنما تتعلق بأمر خارجة عنه، ولكن هذا لا يعني أن إرادته بعيدة عنها ولكن هذه المسائل تقع في الغالب الأعم منها خارج المتعاقد ولا تتصل مباشرة بذاته فقد تكون هذه الأسباب متعلقة بمحتوى أو مضمون التصرف كإفراغ المحرر في الشكل الاتفاقي أو القالب القانوني المطلوب، وتسليم العين محل التعاقد في العقود العينية، وتحرير أوراق الضد التي تثبت بين المتعاقدين - صورية التصرفات الظاهرة².

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 84، شكري أحمد السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، الرياض، المملكة المغربية، المطبعة المثالية، 1971، ص 94، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 94.

(2) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص ص 191، 203.

بالإضافة إلى وجود قاعدة تأخذ بها المحاكم على الرغم من عدم وجود نص خاص في شأنها ومضمونها، أن الغش يبطل التصرف الذي بني عليه إذا كان الغرض منه الاحتيال على القانون أي الهروب من حكم يتعلق بالنظام العام أو استخدم الغش كوسيلة للإضرار بحقوق الغير، وهذه هي حالة الغش ضد القانون. وكما أن البطلان قد تقتضيه طبيعة الأشياء أو المصلحة العامة وقد يفرضه الشارع حماية لمصلحة المجتمع العامة نتيجة الإخلال بالنظام العام والآداب لا لمصلحة أي من الطرفين¹.

ولكن رغم ما تقدم لا يمكن القول أن القانون هو المصدر الوحيد للبطلان بل يمكن للقاعدة الاتفاقية أن تنص على البطلان عندئذ على القاضي أن يطبق النص الاتفاقي الوارد بالتصرف آخذا بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وهو الرأي الذي أيده الأستاذ عبد الحكم فودة إلا أن الأستاذ جميل الشرقاوي يرى أن القانون هو المصدر الوحيد للبطلان، فمناطق البطلان هو العيب الذي يلحق التصرف، وهذا العيب مبعثه مخالفة القانون الذي يحدد شروط نشأة التصرف أو الجزاء المترتب على مخالفة هذه الشروط وأنه لا يجوز أن يكون للأفراد حق إيجاد أسباب للبطلان لم يأت بها القانون عن طريق الاتفاق عليها، لان معنى تسوية القاعدة الاتفاقية بالقاعدة القانونية من ناحية ما يترتب على كل منهما من جزاء، يجعل البطلان نتيجة تترتب على مخالفة الاتفاق كما تترتب على مخالفة القانون، وهي تسوية يقضي برفضها ما بين طبيعة كل من القاعدتين من اختلاف بين يبيح المقابلة بينهما².

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 284، 285.

(2) جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 94، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 191.

ثانياً_ أقسام البطلان: لما كان البطلان يعدم العقد فان المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج، إذ العدم لا تفاوت فيه ولكن نظرية البطلان مع هذه البساطة المنطقية قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ولاعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية، ثم محاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان إلى مراتب متدرجة، ومن ثم قالت النظرية التقليدية بالتقسيم الثلاثي للبطلان، في حين اكتفت النظرية الحديثة بالتقسيم الثنائي، وبعضهم جعل للبطلان مراتب متعددة، ونادى البعض الآخر بفكرة وحدة البطلان، وتقسم النظرية التقليدية البطلان إلى مراتب ثلاث فهناك بطلان يجعل العقد منعماً، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً¹.

فالعقد المنعدم أو غير الموجود²، هو الذي لا تتوافر فيه الأركان اللازمة له بحسب طبيعته والغرض منه، كالرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في العقود الشكلية، ويشترط أن يكون

(1) أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره، وقد برع الفقهاء في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة فنية موقفة، ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل ثم الفاسد ثم الموقوف ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر، فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض، والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد خالياً من الفائدة، أو يكون مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد، وهو يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه، والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه، والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة: خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث، هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، عرض واستدلال ومقارنات، بيروت، لبنان، دار المعارف للطبوعات، 1992، ص 35، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 494، 495، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 84.

(2) ترجع فكرة الانعدام إلى أصول تاريخية في القانون الفرنسي تحايل بها فقهاء وشراح القانون الخاص لتقادي الاصطدام بالقاعدة الأصولية القائلة أنه لا بطلان بغير نص، إذ أجبرتهم الحاجة العملية للجوء إلى هذا المخرج في حالات البطلان التي لم تكن هناك نصوص تعالجها مثل عقود الزواج التي انتفى فيها الشرط الطبيعي لانعقاد هذه الزيجات وهو اختلاف الجنس، زواج المثليين، أو قيام شخص غير مخول رسمياً بإبرام العقد إذ يعد عقد الزواج واضح البطلان، ولكن لا يوجد نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان قيل أن العقد منعدم وليس باطلاً فحسب، وهذا بغية التفرقة بين البطلان والانعدام،

الركن جوهريا أو حيويا، وأن يكون ركنا طبيعيا في العقد لا ركنا قانونيا فيه، وإلا كان الجزء البطلان المطلق، فالمقصود تخلف الوجود ذاته لا الصفات، ولذلك لا يمكن تصور وجوده فالحائل قانوني طبيعي¹، أي أن التصرف لم ينشأ أصلا حتى يلحقه البطلان كالعقد الهازل منعدم، والعقد الصوري، وعقد البيع من غير أن يكون هناك ثمن، لأن من شروط البيع الثمن، وعقد الزواج بين شخصيين من جنس واحد، لأن الزواج يشترط فيه اختلاف الجنس²، فهو منعدم انعداماً تاماً لا باطلاً بطلانا مطلقاً، ولا يحتاج إلى حكم من القضاء لتقريره، وإذا عرض أمره على القضاء فإن حكم القاضي يكون تقريرياً كاشف غير منشئ له فالعقد منعدم أصلاً، وانعدامه ظاهر بحيث يمكن للقاضي أن ينطق به حتى من تلقاء نفسه³، وعليه فالعقد المنعدم لا يترتب آثاراً قانونية⁴.

إلا أنه يؤخذ على أصحاب فكرة الانعدام عدة انتقادات من بينها أن الشخص لا يستطيع أن يقيم القضاء بنفسه وعليه اللجوء للقضاء للمطالبة بالاسترداد، سيتقدم بالعقد سند دعواه سواء كان باطلاً أو منعدمًا على خلاف ما تذهب إليه النظرية، بالإضافة أن العقد المنعدم قد يترتب بعض الآثار أحياناً ولا يمكن القول بعكس ذلك، فالعقد الرسمي الصادر من مجنون، ومن ثم فهو معدوم في منطق أصحاب النظرية، ولكن ضربت عليه الصيغة التنفيذية فهل سيمتنع المحضر القضائي عن تنفيذه كسند تنفيذي بحجة صدوره من مجنون؟.

=رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص60، حنان زغاري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2006-2009، ص28، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص86.

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص303،302، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص604.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص62.

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص443.

(4) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص304.

بالطبع سيضطر إلى تنفيذه كما أن التفرقة بين الانعدام والبطلان من الناحية العملية لا يوجد فرق بينهما فلا تحلقهما الإجازة ولا يرد عليهما التقادم، رغم اللجوء للقضاء لأنه مطلوب في الحالتين للحصول على الحقوق فالعقد الباطل بطلانا مطلقا عقد منعدم لا وجود له، ولا يعقل القول أن الانعدام على درجات متفاوتة في الشدة، وإن العقد المنعدم أكثر انعداماً من العقد الباطل بطلانا مطلقاً، أو أن المنعدم ميتا والباطل بطلانا مطلقاً مريض بداء عضال، أما النسبي فمريض بمرض قابل للبرء¹.

نخلص مما تقدم إلى أن فكرة الانعدام هي فكرة نظرية اقتضتها ودفعت إليها حالات معدودة كان يمكن التصدي لها بفكرة البطلان، إلا أن مغالاة الاجتهاد الفقهي ومد نطاقها من الأحوال الشخصية لتشمل مجالات التصرفات القانونية في المعاملات المالية جعلها عرضت لسهام النقد في منتصف القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين حتى استقر الأمر على مهاجمتها وهجرها.

وقد توصل الفقه إلى نتيجة مؤداها أن العقد المنعدم شأنه شأن العقد الباطل يصلح أن يكون موضوعاً لتحول العقد، فالانعدام وإن كان أشد صوراً اعتوار العقد جساماً، إلا أنه قد ينتج بعض الآثار العرضية، ولا يمكن إنكار وجود هذا العقد كواقعة قانونية يجوز لصاحب الشأن فيه دائماً أبداً رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه². إلا أن جانب من الفقه ينفي ذلك، حيث ذهب إلى القول بعدم إمكانية القول بتحول العقد إذا كان المقصود بالانعدام هو انعدام

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 605، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 356.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 69، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 494، 495.

الوجود المادي للعقد أصلا، إذ كيف يمكن القول بتحول عقد لم يكن له وجود فعلي من الأصل¹.

أما العقد الباطل بطلانا مطلقا أو البطلان الوجوبي، فيتحقق إذا اختل شرط من شروط الأركان الأساسية للعقد²، أي شروط الانعقاد التي لا يكون له دونها وجود كانهام الرضا أو عدم توافر في كل من المحل والسبب وصف المشروعية، أما بالنسبة للعقود الشكلية، انعدام الشكل الذي يشترطه القانون لصحة العقد³، والتسليم في العقود العينية، أو كانت مخالفة للقانون متعلقة بالنظام العام .

وإذا كان العقد باطلا فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، ويمكن للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه بحكم وظيفته وإعادة الحال إلى ما كان عليه، وليس له في ذلك سلطة تقديرية بل هو واجب عليه، والحكم الذي يصدره يرد إلى تاريخ نشوء التصرف وهو

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 121.

(2) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 361.

(3) الشكلية وضع معين يوجب القانون لانعقاد العقد من أجل حماية مصلحة اجتماعية راجحة وهي استثناء من مبدأ الرضائية في العقود، ويذهب جانب من الفقه المدني إلى القول بأن الشكلية القانونية يمكن ردها إلى أنواع ثلاثة: الرسمية والشكلية والعينية، فالنوعين الأول والثاني يقيد من مبدأ سلطان الإرادة وتفرضها مقتضيات المصلحة الاجتماعية لأن طابعهما حمائي بخلاف النوع الثالث ذو طابع فني، والرسمية في العقد يراد بها أن ينعقد العقد أمام موظف عام كموظف التسجيل العقاري، أما الكتابة فهي شكلية يوجبها الشارع لنشوء الاتفاق كعقد الشركة وهي للانعقاد لا للإثبات، أما الشكلية الاتفاقية فتبدو في التصرفات القانونية حينما يتفق الطرفان على أن يتخذ العقد بينهما شكلا معينا كالكتابة بتوثيقه من طرف الموثق فيكون العقد شكليا بالاتفاق وفيه فائدة للطرفين لتأكيد تمام العقد ولأطراف العقد جعل الشكلية ركنا موضوعيا دونها لا يقوم العقد أو عملا إجرائيا يقصد منه إثبات التصرف القانوني، لكن هناك جانب من الفقه ينكر على الأطراف ذلك بقولهم لا يستقيم القول بأن الأفراد يمكنهم إضافة عنصر آخر إلى العناصر المشتركة لتتمام التصرف القانوني وإن لم يشترطه المشرع، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 176، ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1992، ص 87.

حكم تقريري كاشف غير منشى¹، وهذا ما جسده المشرع الجزائري من خلال المادة 102 الفقرة الأولى من القانون المدني²، والمادة 103 الفقرة الأولى من القانون المدني³، وقضت المحكمة العليا بذلك⁴.

ويشترط أن يكون البطلان بنص، وليس المقصود النص صراحة على بطلان العقد بل يجوز أن يكون البطلان ضمنيا بمعنى أن تكون صياغة المادة آمرة ناهية مما يفهم منه أن المشرع يرتب على مخالفة النص البطلان المطلق دون حاجة إلى النص صراحة على لفظ البطلان⁵.

ويكون العقد باطلا نسبيا إذا تعلق بافتقار هذا الأخير لشرط يكون أقل أهمية من الشروط التي سبق ذكرها، والمتمثلة في شرطي الصحة، وعيوب الرضا، والأهلية الناقصة كإبرام العقد من طرف الصبي المميز أو من السفهيه أو ذو الغفلة⁶، والعقد القابل للإبطال هو عقد موجود قانونا ومن ثم لا يختلف عن العقد الصحيح حتى يتم إبطاله رضاء أو قضاء كونه يمر بمرحلتين:

(1) عبد الحكم فودة ، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 364.

(2) تنص المادة 102 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

(3) تقضي المادة 103 من الفقرة الأولى من القانون المدني ب: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فان كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

(4) قرار المحكمة العليا رقم 391371 المؤرخ في 2007/11/21، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، ص 116.

(5) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1991، ص 361.

(6) آمال سليم، المرجع السابق، ص 19.

مرحلة أولى يكون للعقد وجود قانوني كامل فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه أي نشأ صحيحا، ومرحلة ثانية يلقي فيها العقد أحد المصيرين، فإما أن تلحقه الإجازة، أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشأ لجميع آثاره فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع آثاره القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي¹، ويعتبر كأنه لم يكن شأنه في ذلك شأن العقد الباطل بطلانا مطلقاً²، لكن هذا طبعاً دون الإخلال بحقوق الغير حسني النية وهو ما نصت عليه المادة 100 من القانون المدني³.

وقد شرع هذا البطلان للمحافظة على مصلحة شخص معين⁴، إذ يكون البطلان نسبياً قاصراً على الطرف الذي نقصت أهليته أو شاب رضائه عيباً من عيوب الرضاء فله فقط التمسك به وورثته وخلفه الخاص ودائنيته⁵. والبطلان النسبي لا يكون بقوة القانون بل لا بد فيه من حكم ينشئه⁶.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء المجلد الأول، الإيجار والعارية، الطبعة الثالثة الجديدة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011، ص 491.

(2) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 473.

(3) تنص المادة 100 من القانون المدني على ما يلي: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

(4) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 444.

(5) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 475.

(6) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 444.

ويعيب كثير من الفقهاء على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلانا مطلقا فهذا التمييز غير ذي فائدة¹، إذ التمييز يصطدم مع المنطق لان العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلانا مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم كما قدمنا، وأما أن التمييز غير ذي فائدة فلان أحكام العقد الباطل بطلانا مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم، كلا العقدين لا ينتج أثراً ولا تلحقه الإجازة ولا يرد عليه التقادم².

وتقسم النظرية الحديثة البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي³، وهذا التقسيم يستبعد الانعدام لأنه يدخل في البطلان المطلق ولا يشكل قسماً مستقلاً بذاته، إذ يؤسس بعض الفقه التفرقة بين نوعي البطلان على فكرة النظام العام والآداب⁴، والمصلحة التي يحميها تقرير البطلان⁵، فهناك البطلان الذي يؤمن الحماية للمصلحة الخاصة، وآخر لحماية

(1) موريس نخلة، الجديد الكامل في شرح القانون، دراسة مقارنة، الجزء الثالث (من المادة 134 إلى المادة 248)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 369.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، العقود التي تقع العقود على الانتفاع بالشيء، المجلد الأول، الإيجار والعارية، المرجع السابق، ص 493.

(3) هناك اتجاه فقهي يقول بالبطلان المختلط الذي يضم بعضاً من صفات البطلان المطلق والبطلان النسبي، فهو من جهة يمكن لأي صاحب مصلحة أن يطالب به أي أنه بطلان مطلق ومن جهة يمكن تصحيح أسباب النقص الموجبة له وتثبيت العقد بعد التصحيح، وهذا ما يحصل في الشركات التجارية بخصوص شركة التضامن، إن البطلان الناشئ عن عدم النشر لا يسقط بمرور الزمن ويحق لجميع ذوي الشأن أن يدلوا به، أما الشركاء فلا يحق لهم أن يتذرعوا به ضد الغير، غير أنه إذا أجريت معاملات النشر متأخرة فإن الذين عاقدوا الشركة قبل التصحيح يحق لهم وحدهم التذرع بالبطلان الذي استهدفت له الشركة وكذلك في شركات التضامن فالبطلان الناشئ عن عدم الإعلان عن الشركة لا يسقط بمرور الزمن بينما يسقط مع غيره من أسباب البطلان، موريس نخلة، المرجع السابق، ص 373، 374.

(4) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 206.

(5) فطبيعة المصلحة هي الفيصل في التفرقة بين نوعي البطلان، ولكل من المصلحة الخاصة والمصالح الأعلى نوع من البطلان يحميها، فالبطلان الذي يحمي المصلحة الخاصة يمكن التنازل عنه، وذلك على خلاف البطلان المقرر لحماية المصالح العليا فإنه يمكن إبطال هذه العقود في أي وقت ويطلق عليه النظام العام، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 62.

مصالح أعلى من المصلحة الخاصة، فالبطلان المطلق هو الذي يتعلق بالنظام العام¹، ويتحقق إذا انعدم ركن من أركان العقد أو فقد شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي.

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي، وقد شرع هذا البطلان لحماية المصلحة الخاصة²، وإذا حاق البطلان النسبي بالعقد فيصبح قابلا للإبطال، وليس باطلا أصلا ويترك الخيار لمصلحة ناقص الأهلية والمتعاقدين المتضررين الذين ينتفعون به عن طريق الدفاع لرفع ما نزل بهم من ضرر، وينتقل هذا الحق لورثتهم³، مما يفيد أن الخيار متروك لمن وضع البطلان لمصلحته ولا يحق لغيره إثارته، وهو ما نصت عليه المادة 99 من القانون المدني التي جاء فيها: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، وإذا قضى القاضي ببطلان العقد فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن⁴.

إلا أنه توجد حالات معينة يقرر فيها القانون البطلان النسبي بموجب نص خاص، كما هو الشأن في حالة بيع ملك الغير الذي نصت عليه المادة 397 من القانون المدني، ومثال ذلك أيضا الملكية الشائعة إذ الشريك عندما يبيع جزء غير مفرز من المال الشائع ثم يقع في نصيبه جزء آخر فإن هذا الأخير يحل محل الجزء المباع، وهذا ما يعرف بقاعدة

(1) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص114.

(2) قد يصعب أحيانا التفرقة بين المصالح الخاصة والمصالح العامة، فيتدخل المشرع بنص خاص لتحديد أحكامها كعقد الشركة حيث أن انعدام الشكلية وهي ركن في هذا العقد يترتب عليه البطلان المطلق، غير أنه لا يمكن الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير، وهو ما أيدته محكمة النقض في قراراتها، قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 52055 المؤرخ في 17/02/1988، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991، ص25، وكذلك قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 34400، المؤرخ في 15/06/1985، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1998، ص141.

(3) مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 371.

(4) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 69.

الحلول العيني وللمشتري حق إبطال البيع إذا كان يجهل أن البائع لا يملك العين المبيعة المفرزة، والبطلان في هذه الحالة يكون على أساس قواعد الغلط¹، ونصت عليه المادة 714 الفقرة الثانية من القانون المدني².

إلا أنه يجوز تصحيح العقود الباطلة نسبيا بعمل يصدر عن صاحب حق البطلان سواء بإدراجه في شكل آخر صريح أو ضمني، ويكون في التصحيح أو التأييد تنازل عن البطلان وإذا كان التأييد صريحا فيتضمن مشيئة العدول عن دعوى البطلان وجوهر العقد والعيب الذي شابه فيصبح العقد خاليا من كل عيب ما عدا الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث عن حسن نية، كما يجب أن يكون العيب الذي أصاب العقد قد زالت أسبابه³.

ويرى جانب من الفقه أن العقد الباطل بطلان نسبيا الذي انتهى مصيره إلى البطلان قضاء أو اتفاقا بعد التمسك بالبطلان يقبل أن يتحول شأنه في ذلك شأن العقد الذي ولد باطلا فيجب النظر إليه باعتباره باطلا من أول الأمر، حيث يعتبرون أن العقد القابل للإبطال هو عقد باطل وأنه ليس هناك ضرورة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وأنه ليس هناك ما يمكن تسميته بالوجود المؤقت للعقد القابل للإبطال.

(1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 172.

(2) تنص المادة 714 فقرة ثانية من القانون المدني على الآتي: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

(3) موريس نخلة، المرجع السابق، ص 371.

ومن أهم القائلين بهذا الرأي الأستاذ جميل الشرقاوي الذي يرى: " أنه لا داعي لفكرة الوجود المؤقت لأنها تتنافى مع فكرة ارتداد الآثار إلى تاريخ النشأة، وأن الحكم في نوعي البطلان كاشف عن بطلان موجود لوجود سببه منذ نشأة التصرف، دون أي تفرقة بين بطلان مطلق وآخر نسبي، فالبطلان يرجع إلى عيب ملاصق لنشأة التصرف متمثلا في أركان التصرف، كذلك الحال بالنسبة للإبطال فعيوب الإرادة ملاصقة لنشأة التصرف القانوني فإذا قضى بالإبطال أو البطلان زالت الآثار من تاريخ نشأة التصرف ليس إعمالا للرجعية ولكن لان أسباب البطلان أو الإبطال موجودة منذ نشأة التصرف ذاته"¹، فبعد التمسك بالبطلان يمكن إجراء التحول على العقد الباطل الذي كان قبل هذا قابلا للإبطال²، أي إمكانية تحول التصرفات القابلة للإبطال شأنها شأن التصرفات الباطلة.

إلا أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا فيما بينهم، فمنهم من قال بتحول التصرف القابل للإبطال بصفة عامة مستندا في ذلك إلى نص المادة 105 من القانون المدني، بحيث يكون التصرف القابل للإبطال ولو لم يبطل يعد قابلا للتحويل أي يكفي مراعاة عناصر تحول العقد الأخرى وخاصة الإرادة.

ويرى أنصار الرأي الثاني من هذا الفقه أنه يجب التفرقة في تحول التصرف الباطل بطلانا نسبيا بين مرحلتين من مراحل وجوده التي سبق ذكرها، فالتصرف قبل إبطاله هو تصرف صحيح وان كان مشوب بالعيب الذي لحقه، ويجب معاملته باعتباره تصرفا صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يتم إبطاله ممن تقرر له هذا الحق، لاسيما وان نظام تحول العقد إنما يقوم على أنقراض العقد الباطل والتي يتم من خلالها استخلاص عناصر العقد الجديد الصحيح³، وحيث أن العقد القابل للإبطال لا يتولد عنه أركان عقد آخر كونه عقدا صحيحا

(1) جميل الشرقاوي ، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 365.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 72.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 123.

إلا إذا تم إبطاله وبالتالي يكون تحول العقد ممتعا في هذه المرحلة لان التحول إنما يرد على التصرفات الباطلة فقط دون التصرفات الصحيحة، ولذلك كان الأجر بالمشرع الجزائري الاكتفاء بعبارة "إذا كان العقد باطلا". أما في المرحلة الثانية ما بعد إبطال التصرف يجيز هذا الفقه أعمال تحول العقد حيث أصبح التصرف فاقد الأثر منذ نشأته مثله في ذلك مثل التصرف الباطل¹.

والرأي الأخير أقرب للصواب لان العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ولا يمكن تطبيق نص تحول العقد بشأنه حيث الشرط الأساسي لهذا الأخير هو بطلان العقد وهذا غير متوفر في البطلان النسبي إلا إذا تم إبطال العقد، لكن رغم هذا نجد أن أغلبية الفقه يرى أن العقد القابل للإبطال هو عقد شابه البطلان منذ نشأته ويمكن إجراء التحول بشأنه منذ هذا التاريخ، وأنه لا فرق بين تعيب أركان العقد أو شروط صحته في هذا المجال فكلاهما يؤدي إلى البطلان وبالتالي إلى تحول العقد سواء كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

ويبدو أن المادة 105 من القانون المدني جاءت استجابة لرأي الفقه المعاصر لوضعه متأثرا بأراء الفقيه سالي في مؤلفه إعلان الإرادة الذي أورد التصرفات القابلة للإبطال مع التصرفات الباطلة عند تقنين تحول العقد²، وذلك خلاف للنص الأم الوارد بالمادة 140 من القانون الألماني السابق ذكرها، وكان جدير بوضعي النص الاقتصار على التصرفات الباطلة لإعمال نظرية تحول العقد دون التصرفات القابلة للإبطال.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 74، 75.

(2) وربما التمسنا العذر للفقيه سالي إذا عرفنا أن المادة 138 من القانون المدني الألماني قد نظرت إلى الغبن على أنه سبب للبطلان العقد بطلانا مطلقا وذلك لمخالفته للأداب، إذ ينطوي على نية غير مشروعة من جانب المستغل، ذلك على خلاف القانون الفرنسي ومعه القانون المدني الجزائري فيعتبر سببا لقبالية العقد للإبطال، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 76.

إن التقسيم الثنائي للبطلان لم يسلم كغيره من النقد، فنقده بعض الشراح بأنه جامد ضيق لا يتوافق مع التطورات الاقتصادية والواجب الأخذ بمبدأ التعدد في البطلان حسب ما يقتضيه الحال، وان معيار التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي معيار غير صالح لتوزيع حالات البطلان¹.

كما يرى الأستاذ جميل الشراوي في هذا الشأن أن القول بالوجود القانوني المؤقت للتصرف الباطل بطلانا نسبيا إلى أن يقضى ببطلانه، وجعل زوال هذا التصرف ذا أثر رجعي بعد الحكم بالبطلان - أي اعتباره كأن لم يكن - ينطوي على تناقض واضح، لان الرجوع بأثر الحكم بالبطلان إلى تاريخ إبرام التصرف، وإزالة كل أثر ترتب على افتراض قيام هذا التصرف يعني أن هذا الأخير كان معيبا منذ نشأته، بحيث لم يكن صالحا لترتيب آثاره القانونية منذ البداية²، وهذا الحكم يتفق مع معنى البطلان لان المسلم به أن البطلان يترتب على عيب مصاحب لنشأة التصرف، يستوي في ذلك أن يكون بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا، فكيف نقول إذن بوجود قانوني مؤقت لتصرف كان باطلا منذ نشأته³؟.

وينتقد بعض الشراح البطلان النسبي ولكن ليس في أصل التقسيم وإنما في التسمية فيقولون أن تسمية العقد الباطل بطلانا نسبيا بهذا الاسم غير سليمة، وذلك أن البطلان نوع واحد يراد به العدم والعدم لا تفاوت فيه، بالإضافة إلى أن العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد

(1) يوسف رحمان، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم قانون خاص، تخصص قانون مقارن، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 201-2012، ص57، محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون الجزائر، ص 51.

(2) جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 223.

(3) محمد حبار، المرجع السابق، ص 52.

صحيح منتج لجميع آثاره وإنما صحته مهددة بإبطال ممن شرع البطلان لمصلحته فكان الأولى بأن يسمى العقد القابل للإبطال¹.

ومن الفقهاء من يرى أن أنواع البطلان لا تنتهى في العدد بل تتعدد مراتبه بتعدد الأغراض التي يتوخاها القانون من العقد. فما دام كل شرط في العقد يراد به أن يفى بغرض معين فإنه إذا اختل هذا الشرط كان هذا العقد باطلا في الحدود التي تتلاءم مع هذا الشرط وبذلك تتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعا للأغراض التي توخاها المشرع².

وقد وصفت نظريتهم بنظرية التأثيرين اللامنتاهي للبطلان وقد قام بعض أنصار نظرية تعدد البطلان بمحاولة هدم التقسيم الثنائي المستقر عليه ورأوا أنه لا يجب تقييد القاضي بأنواع محددة منه بل للقاضي أن يبحث بكل حرية عن الشرط المتخلف، وعن الجزاء المترتب على تخلفه فإذا تخلف شرط زالت آثاره وحده دون الآثار المترتبة على الشروط الأخرى التي يتعين أن تبقى قائمة، وقد لقيت هذه النظرية صدى لها في الفقه الحديث وبالرجوع إلى آراء الفقه نجده يورد صورتين تطبيقيتين للبطلان من نوع خاص كان لهما أثر في التشريع الجزائري أولهما بيع ملك الغير الذي نصت عليه المادتين 397 و 398 من القانون المدني، وبطلان الشركة التي نصت عليه المادة 418 من القانون المدني³.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بغداد، العراق، جامعة المستنصرية، 1976، ص 391، إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، مكتبة المدنية، 1999، ص 548، إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، المرجع سابق، ص 99.

(2) جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 124، 374.

(3) هناك خلاف فقهي حول طبيعة بيع ملك الغير إذ يرى جانب منه أن هذا الأخير بيع موقوف، يرى جانب آخر أنه بيع قابل للإبطال، ويرى الأستاذ سليمان مرقس أن بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة محل التزام البائع استحالة مطلقة حسب الظروف الخارجية المحيطة بالبائع، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد، فيتحول العقد من عقد بيع إلى عقد منشئ للالتزامات فقط أي غير ناقل للملك بذاته، وقد تأثر المشرع الجزائري بالرأي الثاني ونص على أن بيع ملك الغير هو قابل للإبطال، لكن ولو رجعنا إلى أسباب البطلان النسبي لوجدنا أنه يترتب إما على نقص الأهلية، وإما عن عيب من عيوب الرضا، وليس في ملك الغير شيء من ذلك، ولهذا وجب أن يتدخل المشرع ليضبط هذه المسألة أكثر نظرا لانتقادات التي وجهت إليه، وسيتم الحديث عن بيع ملك الغير بالتفصيل في الفصل الثالث، محمد حبار، المرجع

إلا أنه وبالرغم مما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي عن العقد، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير لأن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد تجعل البطلان مانعاً ليست له مراتب محصورة فيتزعزع استقرار التعامل¹.

وتوجد نظرية وحدة البطلان التي ينادي أنصارها بهدم التفرقة بين نوعي البطلان كونها مظاهر خادعة يستتر وراءها كل منهما²، ويعد الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أول من قال بهذا حيث يرى أنه خير من التقسيم الثلاثي والتقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق³، وعنه أخذ الأستاذ جميل الشرقاوي الذي حاول أن يجسد معالمها في رسالته سنة 1953 ثم طورها في مؤلفه مصادر الالتزام⁴.

=السابق، ص74، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 464، أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 53.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 87.

(2) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 114.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 535.

(4) محمد حبار، المرجع السابق، ص 105.

وفحوى هذه النظرية أن العقد الباطل بطلانا نسبيا توجد فيه حالتان هي حالة الصحة وحالة البطلان، فهو لا يعدو أن يكون عقدا صحيحا إذ لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقدا باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرر بطلانه. فهو إما عقد صحيح على الدوام، وإما عقد باطل بطلانا مطلقا منذ البداية، والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئا مستقلا يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على مرحلتين المتقدم ذكرهما، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق. ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيه البطلان النسبي كما اندمج في الانعدام¹.

ويرى الأستاذ عبد الحكم فودة أن البطلان النسبي يتميز عن البطلان المطلق في أنه يسمح بوجود قانوني مؤقت للعقد المعيب حتى يقضي ببطلانه فيزول بأثر رجعي مردود بأن اعتبار التصرف كأنه لم يكن نتيجة للبطلان النسبي لا بد أن يبنى على سبب مقارن لنشأته بعينه منذ البداية، وأنه من المسلم أن سبب البطلان لا بد أن يصاحب نشأة العقد لا فرق في ذلك بين بطلان مطلق وبطلان نسبي وهذه النتيجة تؤدي إلى القول بأن إرجاع البطلان إلى وقت إنشاء العقد معناه أنه لم يكن في الحقيقة أي وجود قانوني ما دام القضاء ببطلانه يكشف عن عيبه منذ وقت نشأته.

ولذلك فانه يتعين نبذ فكرة الوجود القانوني المؤقت للعقد الباطل بطلانا نسبيا لان سبب البطلان مصاحب، وعمله في إهدار آثار هذا العقد يسري من وقت هذه النشأة فلا معنى للالتجاء إلى حيلة قانونية هي حيلة الرجعية للقول بالوجود المؤقت للعقد الباطل بطلانا نسبيا².

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 491.

(2) محمد حبار، المرجع السابق، ص 105، عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 114.

ويضيف جانب آخر من الفقه إلى ما قيل أن ما استقر عليه الفقه وقننته نصوص التشريع من أن البطلان المطلق هو جزء انعدام الأهلية، وأن البطلان النسبي هو جزء نقصها محل نظر، لان فقدان الأهلية سواء بني على انعدام التمييز تماما أم على نقص هذا التمييز مع وجود بعضه، معناه أن الإرادة غير كافية في نظر القانون ليجوز عليها ما تقصد إليه من آثار أي أن التصرف الذي تشارك في إنشائه الإرادة التي عدها القانون منعدمة في اعتباره تصرفا لا يوجد في نطاق القانون¹، أي تصرف منعدم لان الإرادة بشروطها التي قررها القانون غير متوفرة في الحاليتين².

وقد تبنى المشرع الجزائري التقسيم الثنائي للبطلان، وتناول أحكامه في القسم الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني تحت عنوان " شروط العقد"³، فبعد أن عالج أركان العقد أعقبها مباشرة بتفصيل في القسم الثاني مكرر أحكام البطلان للدلالة على أن البطلان هو الجزء المترتب على عدم مراعاة تلك الأركان، وقد عالج البطلان المطلق والنسبي على حد سواء رغم أنه لم يربط الجزء بأحكام خاصة تحت عنوان مستقل⁴.

(1) نشير في هذا الصدد إلى أن أصحاب نظرية وحدة البطلان لا يفرقون بين نقص الأهلية وانعدامها بل يدخلهما معا في نطاق فقدان الأهلية، محمد حبار، المرجع السابق، ص 116.

(2) جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 264.

(3) يلاحظ على مسلك المشرع الجزائري بإدخاله مسألة بطلان العقد تحت عنوان " شروط العقد"، إذ أنه عند إيراده شروط العقد فعل ذلك تحت الترتيب الآتي: 1-الرضا، 2-المحل (وقد أدخل ركن السبب في المحل) 3- بطلان العقد، مع أن النظر السليم يقتضي أن تكون قواعد البطلان مستقلة عن شروط العقد فهي جزء على تخلف أو اختلال هذه الشروط لان شتان بين الشرط والجزاء الناتج عن تخلفه، محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 75، محمد حبار، المرجع السابق، ص 218، حنان زغاري، المرجع السابق، ص 32.

(4) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 98، محمد حبار، المرجع السابق، ص 16.

وحرص المشرع المدني الجزائري على النص على نوعي البطلان ضمن النصوص التي تحدد جزاء الشروط التي يشترطها ومن مجمل هذه النصوص يتبين أنه انحاز إلى رأي من يرى أن معيار التفرقة بين نوعي البطلان إنما يقوم على أساس تحليل عناصر العقد والتمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة، فمن جهة يظهر من هذه النصوص أن جزاء تخلف أحد أركان العقد أو اختلاله هو البطلان المطلق وتعتبر المواد 93 و94 و97 من القانون المدني خير مثال على ذلك¹، ولكن ما يمكن ملاحظته على هذه النصوص أنها جاءت متفرقة كل منها يعالج حالة معينة².

ومن جهة ثانية يفهم من نصوص أخرى أن جزاء تخلف شروط صحة الرضا هو قابلية العقد للإبطال³، على الرغم من عدم نصه على شروط الصحة على سبيل الأفراد والتخصيص، ودليل ذلك أنه بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة 101 من القانون المدني على مدة تقادم الحق في إبطال العقد، حدد في الفقرة الثانية وقت سريان هذه المدة

(1) تنص المادة 93 من القانون المدني على الآتي: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا".

تنص المادة 94 من القانون المدني على الآتي: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

تنص المادة 97 من القانون المدني على الآتي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

(2) محمد حبار، المرجع السابق، ص 16.

(3) يؤخذ على المشرع الجزائري أنه استعمل تارة عبارة العقد الباطل بطلانا مطلقا، وتارة أخرى عبارة العقد الباطل وهذا لدلالة على نفس الحالة، وهي تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله، أما بالنسبة إلى عبارة العقد الباطل بطلانا نسبيا فقد تغاضى عنها وفضل تسمية العقد القابل للإبطال، وكنا نود أن عبارة بطلان مطلق التي استعملها مشرعنا تستدعي بالضرورة أن يكون هناك بمقابلها عبارة بطلان نسبي، ومادامت التسمية الأخيرة قد تركها المشرع فكان يجدر به ترك العبارة الأولى، فيقول بطلان فقط فيكون عندنا وضعان للعقد عقد "باطل" وعقد "قابل للإبطال"، محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 99.

بالنسبة للغلط والتدليس والإكراه متبعا نفس الطريقة التي نهجها في نص المادة 90 من القانون المدني بصدده حديثه عن الاستغلال¹.

كما اعتمد المشرع أيضا معيار المصلحة إذ أن أساس البطلان المطلق هو المصلحة العامة وأساس البطلان النسبي هو المصلحة الخاصة². ويلاحظ أن المشرع المدني الجزائري لم يضع قائمة يبين فيها متى يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال لأن مهمته هنا توقفت على بيان أركان انعقاد العقد وشروط صحته لذا فإنه للإمام بحالات بطلان العقد وحالات قابليته للإبطال يجب الرجوع إلى ما وضعه المشرع من أركان للانعقاد وشروط للصحة، لكنه يتدخل في بعض الحالات ويقرر البطلان بموجب نص خاص ذلك ما نص عليه في المادة 92 الفقرة الثانية من القانون المدني في بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه³.

المطلب الثاني

اشتمال العقد الباطل على أركان عقد صحيح آخر

تنص 105 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر..."، ويعني هذا النص وجود عقد جديد آخر يحل محل العقد الأصلي الباطل ويكون مختلفا عنه ولكنه يشاركه في قليل أو كثير من مقوماته الفنية، وهذا يقتضي أن نبين الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر، وأركان العقد الجديد الآخر.

(1) محمد حبار، المرجع السابق، ص 15.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 326.

(3) محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 75، 76، محمد حبار، المرجع السابق، ص 29.

أولاً_ الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر: لقد نص المشرع على أن التصرف الأصلي الباطل يجب أن يتضمن جميع عناصر التصرف الثاني المراد توليده، إذ لا يكفي أن يستتير القاضي بالعرض الاقتصادي وحده، مادام القانون يستلزم لتحقيق هذا الغرض أن يلتجئ الطرفان إلى وسيلة قانونية، ومادامت الوسيلة التي اختارها الطرفان لا تجمع عناصر أية وسيلة قانونية كفيلة بتحقيق هذا الغرض.

فجميع عناصر التصرف الصحيح التي يتطلبها القانون يجب أن تكون متوافرة في التصرف الباطل دون حاجة إلى إضافة جديدة، إلا أنه يجب أن يكون التصرف الثاني مختلفاً عن التصرف الأول الباطل، بمعنى أن يكون هناك فرق بين التصرفين سواء من حيث الآثار أو المضمون أو من حيث النوع، وإلا ما الفائدة من تقرير نظام تحول العقد إذا كانت الأركان المتوافرة هي ذات الأركان الخاصة بالعقد الباطل، وأن الأركان التي يجب أن تتوافر في العقد الباطل يجب أن تشكل بذاتها عقداً آخر صحيحاً من دون أي تغيير يطرأ عليها كالإضافة أو الاستبدال أو الانتقاص، وإلا امتنع في هذه الحال إجراء تحول العقد حيث سنكون أمام نظام قانوني آخر هو التصحيح¹، وهو ما نتج عنه اختلاف فقهاء القانون حول الوصف القانوني الذي يجب أن يتصف به العقد الجديد لتقضي النصوص الخاصة بتحول العقد، أن يكون هذا العقد من نوع آخر يختلف عن العقد الباطل، أم أن اختلاف مضمون العقد الباطل يكفي في هذه الحالة لإعمال مبدأ تحول العقد لاسيما أن كلا العقدين لا يجوز أن يقع في مجالين مختلفين تماماً وأن الاختلاف القانوني ليس بأية حال عقبة مانعة من إجراء عملية تحول العقد في حال توافرت شروطه، بالرغم من وجود اتجاه فقهي يرى أن تحول العقد يدور حول تغيير أو تصحيح اسم التصرف الصحيح فيستبقي نفس التصرف وإن كان تحت مسمى آخر، وإن الأمر لا يخرج عن كونه تفسيراً².

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 127.

(2) إلا أن الأمر في تحول العقد جد مختلف، فالتصرف الجديد يختلف عن هذا التصرف الباطل من نواح كثيرة، وإن كان يتوافق معه في علاقة واحدة على الأقل وهي الغرض الاقتصادي الذي يسعى إليه الطرفان، وذلك على خلاف التفسير

ويرى البعض الآخر من الفقه أن العقد الصحيح الجديد يجب أن يكون مختلفا عن العقد الأصلي الباطل كشرط لتحول العقد، أي أن يكون من طبيعة قانونية مختلفة وليس من ذات الطبيعة وإلا امتنع القول بإمكان إجراء تحول العقد، ويستدل بعض الفقهاء بما ورد في المادة 105 من القانون المدني التي تنص: "... وتوافرت فيه أركان عقد آخر..." إذ لا يقف حائلا إجراء تحول العقد أن يقع التصرف الجديد في نطاق قانوني يختلف عن النطاق القانوني الذي وقع فيه التصرف الباطل، كما يكفي أن يكون العقد الباطل يختلف عن العقد الصحيح على الأقل في الغرض الذي إذا ظل يمكن أن يقوم بين الطرفين أكبر اختلاف، أما الحالات التي يمكن أن يختلف فيها العقد الجديد عن العقد الباطل بأن تتغير طبيعته القانونية كثيرة¹، فالبيع الصادر من مريض مرض الموت إذا وقع باطلا فإنه يحتفظ بآثاره كوصية إذا كان مشتملا على عناصر هذه الوصية الصحيحة²، وتحول عقد البيع بثمن زهيد أو تافه إلى هبة، وكذلك تحول رهن باطل إلى حق حبس أو كفالة باطلة إلى حوالة دين.

ويضرب لنا الأستاذ أحمد يسري في هذا المجال مثلا معروفا أخذ فيه بتحول العقد وفقا لهذا الاتجاه في القضية التالية:

(نقل المدعي إلى المدعى عليهما وهي بنته وزوجها ملكية عقار مملوك له بمناسبة زواجهما، ولكن دون أن يتبع ذلك العقد المجرى الناقل للملكية القيد في السجل العقاري، فطلب المدعي بدعواه استحقاق العقار لأنه تخلى عنه للمدعي عليهما على سبيل العارية فقط لمدة غير محدودة، بينما يتمسك المدعي عليهما بأنهما أعطيا العقار باعتباره هبة بمناسبة الزواج، أما التصرف فقد كان باطلا بسبب عدم استيفاء الشكل المقرر قانونا، ولكن المحكمة استبقت التصرف الباطل باعتباره إنشاء حق انتفاع لمدى الحياة إذ تبين الغرض

=وتصحيح التسمية، فالتصرف الأصلي باق لأنه تصرف صحيح، وكل ما في الأمر أنه يحتاج إلى تفسير ما غمض منه أو تصحيح الخطأ الوارد في تسميته، وقد سبق تبيان ذلك، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 82.

(1) هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 382.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 79، هند فالح محمود العلاف، المرجع السابق، ص 382.

من الوعد أن الطرفين لو كان قد علما ببطلان العقد الوارد على نقل الملكية لكانا على الأقل وافقا على إنشاء حق الانتفاع¹.

وعن ضرورة اختلاف العقد الجديد عن العقد الباطل يقول الأستاذ حسام الدين الالهواني أيضا: "والراجح هو ضرورة أن يكون التصرف الجديد من نوع آخر غير التصرف الباطل، وأن مجرد تغيير المضمون لا يكفي للتحويل"².

فالعبرة إذن بتحقيق الغرض الاقتصادي للمتعاقدين الذي تتقهر أمامه الوسيلة القانونية التي تتحقق عن طريقها هذه النتيجة فكل متعاقد يسعى من جانبه إلى تحقيق نتيجة يرتبها التعاقد مع الطرف الثاني فإذا حقق التصرف الصحيح الغرض الاقتصادي ولو جزئيا أمكن الحكم على تحول العقد في ضوء هذا الضابط، ولا يشترط أن يتطابق التصرف الباطل مع التصرف الصحيح في شكله ومضمونه وإلا كانت النتيجة هي أن تحول العقد نظرية عديمة القيمة، ويكفي اللجوء إلى فكرة أخرى مثل التفسير، لان ذلك معناه أن مضمون التصرف الجديد أصبح محلا لإرادة المتعاقدين المعلنة³.

ومما تقدم نستخلص أن الاتجاه الأول في الفقه والقضاء يذهب إلى أن العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل يمكن أن يكون عقدا من نوع آخر، ويقع في نطاق قانوني يختلف عن العقد الأول المقصود والأكيد توافر عناصر العقد الثاني بين حطام العقد الأول، وعلى القاضي التأكد من ذلك قبل الحكم بتحول العقد وإلا امتنع التحول، إذ يبنى العقد الجديد على أنقاض العقد الأصلي⁴، والاختلاف بينهما لا يحول دون حصول عملية تحول

(1) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 80.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 130، حسام الدين كامل الالهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، 1995، ص 271.

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 87، 88، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي

الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 500.

(4) آمال سليم، المرجع السابق، ص 28.

العقد طالما أن تحقق النتيجة المتوخاة من تحول العقد أو تقاربها قائم أي طالما أن التصرف الثاني يوافق في عناصره عناصر التصرف الأول¹.

ويرى بعض آخر من الفقه أنه لا يشترط أن يكون الوصف القانوني للتصرف الجديد مختلفا عن العقد الباطل بل يكفي أن يكون مختلفا من حيث المضمون فقط، حتى وإن كان الغالب أن يكون العقد الجديد هو من طبيعة أخرى، فالقانون عندما تطلب تصرفا آخر تم التحول إليه لم يتطلب أن يكون التصرف الجديد نوعا آخر، وإنما يكفي أن يميز التصرف الجديد عن التصرف الباطل أي تعبير²، إذ تقوم الحاجة كذلك إلى التحول لتصرف آخر من نفس النوع مع مضمون أقل أو مختلف.

وللتدليل على هذا الاتجاه يضرب الفقهاء الكثير من الأمثلة، مثال ذلك عقد الإيجار بشكل دائم الباطل الذي يتحول إلى عقد إيجار مؤقت³، إذ يقع باطلا بطلانا مطلقا ويتحول إلى عقد إيجار مؤقت صحيح⁴، وكذلك تحول تصرف ذو مضمون مخالف للقانون أو ذو مضمون مستحيل إلى تصرف من نفس النوع ذو مضمون صحيح مثل توريد بضاعة أجنبية يقوم بالنسبة لها أمر تحريم استيراد إلى عقد ذي مضمون ممكن، مثل توريد بضاعة مشابهة من داخل البلاد⁵.

(1) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 267.

(2) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 383.

(3) منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، 1957، ص 375.

(4) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 383.

(5) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع سابق، ص 83، 84.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن وجهة النظر التي تشترط اختلاف التصرف الجديد من حيث النوع عن التصرف الباطل الأول غير صائبة وهي مرفوضة عموماً، لأن نصوص القوانين الخاصة بتحول العقد لا تقدم دليلاً على مثل هذا التقييد، فالتصرف المتغير من حيث المضمون هو تصرف آخر كذلك ما دام بالإمكان تحقيق الغرض الاقتصادي الذي يريده الطرفان عن طريق تصرف آخر من الصورة القانونية نفسها فإن تحول العقد يكون جائزاً، فالعبرة إذن ليست بموضع اختلاف التصرف الثاني عن التصرف الباطل وإنما إذا كانت الصورة القانونية للتصرف الجديد تساعد الطرفين على النتيجة المقصودة على وجه أسرع من الصورة القانونية للتصرف الأصلي¹، وبهذا الصدد يقول الأستاذ أحمد يسري: "فالتصرف المتغير من حيث مضمونه فقط هو تصرف آخر كذلك، فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتصادي المطلوب عن طريق تصرف آخر من نفس الصورة القانونية فإن التحول يكون جائزاً"².

ونرى ضرورة أن يكون العقد الآخر الذي تحول إليه العقد الباطل من طبيعة قانونية مختلفة عن العقد الأصلي، وإن كانت النصوص القانونية التي عالجت نظرية تحول العقد لم تشر إلى ذلك صراحة، ولكن يمكن فهم هذا المعنى منها، حيث أن العقود الباطلة والتي تتضمن عقوداً من ذات الطبيعة مع اختلاف المضمون وفقاً لرأي الفريق الثاني، إنما تقع وفق ما يراه الفقه ضمن نطاق قانوني آخر غير تحول العقد ألا وهو إنقاص العقد، فعقد الإيجار الباطل بسبب تأييده والذي يتم تخفيضه إلى المدة التي تتسجم مع المدة القانونية، فإن هذا الأمر يتم من خلال استبعاد المدة الزائدة قانوناً، الأمر الذي يجعلها تدخل ضمن نطاق إنقاص العقد وليس تحول العقد، على أن هناك من يؤيد رأي الاتجاه الثاني كون هذا الأخير يوسع من نطاق مبدأ تحول العقد ويجعله أكثر قدرة على استيعاب الكثير من العقود

(1) هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 383، أحمد حشمت أبو ستييت، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 267.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 129.

الباطلة واستثمارها حيث يمكن حصول تحول العقد سواء كان العقد الثاني من نوع آخر أو من نفس النوع مع اختلاف في المضمون، وهو بذلك يحقق ليس إرادة الطرفين فقط وإنما إرادة العامة المتمثلة بمصلحة الجماعة إذ العبرة ليس بموضع اختلاف التصرف الجديد عن التصرف الباطل، وإنما فيما إذا كانت الصورة القانونية للتصرف الجديد تساعد في الحصول على النتيجة المبتغاة التي أخفقت الصورة القانونية للتصرف الباطل في تحقيقها.

ثانياً_ أركان العقد الصحيح الآخر: من بين شروط تحول العقد الأساسية ضرورة اشتغال التصرف الباطل عناصر تصرف صحيح آخر أو توافر أركان عقد آخر في العقد الباطل، أي اشتراط احتواء التصرف الباطل على كل عناصر التصرف الجديد فإذا اختلف هذا الشرط امتنع تحول العقد¹، مثال ذلك إذا باع شخص عينا غير مملوكة له، كان العقد قابلاً للإبطال لوروده على ملك الغير.

ولا يجوز تحوله إلى عين أخرى لأن في ذلك تغيير للمحل مما يتطلب إضافة عناصر جديدة فليس للقاضي أن يلتمس أو يستعين بأي عنصر من خارج العقد الباطل، ومثال ذلك أيضاً إذا تبين هلاك المحل قبل التعاقد فلا يتحول العقد بإحلال محل جديد حتى لو كان العاقدان يقبلان ذلك فلهما إبرام عقد جديد، وإذا باع شخص قطعة أرض مملوكة للدولة فلا يتحول هذا البيع لمنزل يملكه هذا الشخص حتى لو اتضح أن الأطراف يرحبون بذلك².

(1) لا بد لنا من الإشارة هنا إلى أن كلمة (احتواء) تأتي في اللغة بمعنى الاستيلاء، بينما تعني كلمة توافق في اللغة الموافقة بين شيئين كالالتزام، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص740.

(2) على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، ص 199، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص66.

ويرى البعض من الفقه والقضاء أن التوافق هنا لا يعني أكثر من الاحتواء حيث لا يوجد بينهما أي فارق موضوعي، فالتصرف الباطل يجب أن يتضمن في واقعه المادية العناصر القانونية المكونة للتصرف الآخر ويجب أن يحتويها في ذاته، وتبعاً لذلك يجب أن تكون هذه العناصر ليست هي نفسها وليست أكبر من عناصر التصرف المقصود الباطل، ونصل إلى نتيجة حيث يعتمد بعض الفقهاء إلى عدم ذكر الاحتواء صراحة، ولكن يتطلبون أن يوجد في التصرف القانوني كافة عناصر التصرف الجديد الموضوعية أو وجود كافة العناصر ما عدا عنصر إرادة التصرف القانوني.

في حين يرى جانب آخر في الفقه والقضاء عامة، هو أن التوافق لا يمكن أن يكون معناه الاحتواء فالمادة 105 من القانون المدني تتكلم عن التوافق لا عن الاحتواء، هذا التعبير الحذر من جانب المشرع ليسهل تفرقة كانت طبيعة الأشياء تؤدي إليها، فثمة فرق بين كل من الاصطلاحين إذ أن كل تعبير اصطلاحى له معنى مختلف فاستعمال هذا التعبير غير المحدد يتضمن مجالاً أكثر حرية في كشف وإيجاد التصرف الثاني، فالمشرع بهذا التعبير (التوافق) يريد القول أن واقعة التصرف الباطل لا تشبه من كافة الوجوه ومن كل وجه واقعة التصرف المحول¹، حتى لا يكون التصرف الآخر الصحيح متضمناً على وجه كامل في التصرف الباطل، وإلا انتهينا إلى نتيجة هي أن يكون مضمون التصرف الجديد إما هو نفسه مضمون التصرف الباطل تماماً، وإما أن يكون مجرد مضمون أقل محتوى منه.

وهذا يجعل تحول العقد نظاماً عديم القيمة حيث يقتصر تطبيق تحول العقد على حالات يكون لها وضع قانوني خاص. وعليه فإن التوافق ليس معناه احتواء عناصر

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 86.

التصرف الجديد في التصرف القديم، وإنما معناه رابطة تقوم بين التصرفين يجب جعلها موضع الاعتبار وهي التي تحقق هذا التوافق¹.

ويبدو أن الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى الصواب، كونه يفتح دائرة تحول العقد لإنقاذ أكبر عدد من التصرفات المقصودة من مصير البطلان لغرض حماية مصلحة الطرفين واستقرار الأوضاع والمعاملات، لكن هذا لا يمنع من معرفة المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد عملية التوافق بين العقدين حيث لا بد من أن يكون هناك ثمة رابط بين هذين العقدين حتى يصار إلى إمكانية إجراء تحول العقد. والحقيقة أنه يمكن استنتاج هذا المعيار أو الضابط من خلال الهدف الذي يسعى إليه المشرع من إقراره لنظام تحول العقد، وهو بالتأكيد يدور بين محورين:

المحور الأول: العمل على سياسة إنقاذ العقود من البطلان بما يسهم في تحقيق التوازن الاقتصادي واستقرار العلاقات العقدية.

المحور الثاني: هو العمل قدر المستطاع على تحقيق الهدف أو الغاية الاقتصادية للمتعاقدين، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد المعيار الذي يمكن من خلاله معرفة التوافق بين العقدين وهو الغرض الاقتصادي أو العملي، الذي كان يرمي إليه أطراف العلاقة العقدية والتي جاءت باطلة دون علم المتعاقدين².

ويمتنع تحول العقد إذا لم تتوفر العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني لصحة التصرف الجديد أو إذا ثبت أن نية المتعاقدين لم تكن تنصرف إلى التصرف الجديد لو أنهما علما ببطلان التصرف الأصلي، أو إذا كان لابد من تغيير أحد أطراف العقد حيث أنه من المؤكد سيتخلف ركن الإرادة الافتراضية التي يجب أن تكون متوافرة لدى طرفي العقد

(1) هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 385، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 137، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 87.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 138.

لحظة إبرامه، والطرف الذي يحل محل أي من طرفي العقد الأصلي يصعب بل يستحيل الوقوف على إرادته الأصلية وقت إبرام العقد الباطل.

ففكرة تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الصحيح بين نفس العاقدين بصفاتها التي اتصفا بها في العقد القديم، فليس في سلطة القاضي إجراء أي تغيير في هذه الصفات لخروج ذلك من نطاق تحول العقد، لما كان ذلك فان تحول العقد يكون ممتنعاً إذا كان يستلزم إدخال متعاقد جديد ليعقد العقد لكن الأستاذ أحمد يسري يرى إمكانية إجراء تحول العقد مع تغيير أطراف العلاقة العقدية، معللاً رأيه هذا أن العقد أو التصرف الجديد هو تصرف آخر غير التصرف المراد أصلاً، وبالتالي إذا توافرت الشروط القانونية لتحول العقد فليس هناك ما يمنع من إجراءه¹.

كذلك إذا كان التصرف الجديد يتطلب عناصر أشد من عناصر التصرف الباطل فإذا كان التصرف الجديد يتطلب الشكل الرسمي في الوقت الذي يتطلب فيه التصرف الباطل الشكل الكتابي لا يتحول العقد، رغم أن عنصر الشكل لا يعتبر إضافة إلى العناصر الموضوعية، وإنما هو شرط لصحة التصرف الجديد في الأحوال التي يحتاج فيها التصرف الجديد إليه.

ضف إلى ذلك لا يقبل أن ينتج التصرف الجديد أثر أكبر من أثر التصرف الباطل إذ لا يمكن افتراض قبول أن يتحمل المدين التزامات أكبر من تلك المتولدة عن التصرف الباطل فعقد البيع في مرض الموت يتحول إلى وصية والعكس غير صحيح، فلا يجوز أن تتحول الوصية إلى عقد بيع حيث يتضمن هذا الأخير عناصر أشد وأكثر من عناصر الوصية إلا أنه يمكن تحول عقد البيع الباطل الذي يلزم فيه الشكل الرسمي لتفاهة الثمن إلى عقد هبة رغم أنه يستلزم الشكل الرسمي وذلك إذا استوفى الرسمية مصادفة لكن إذا لم

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 55، 56، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 135.

تتوفر الرسمية يقف الأمر عند بطلان عقد البيع دون تحول، كون التصرف الباطل إذا كان شكليا يمكن أن يتحول إلى تصرف موافق غير شكلي، إذ هنا لا يحتاج التصرف الجديد إلى شكل خاص، ويجوز كذلك تحول تصرف شكلي إلى تصرف شكلي آخر¹.

كما يرى البعض من الفقه إمكانية تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر باطل، بشرط أن يكون قابلا للتصحيح وبمعنى أوسع أن يكون التصرف الجديد أقل تعيبا من التصرف الأصلي الباطل بأن يكون صحيح نسبيا أو موقوفا إذا كان هو الطريق الوحيد الذي يحقق الغرض المطلوب، إلا أن هذا الرأي انتقد كونه يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية إذا انتهى التصرف الأقل تعيبا إلى البطلان، ولا يستقيم مع فكرة تحول العقد ومع الغرض منها في إنقاذ التصرفات المعيبة من مصير عدم الصحة أو البطلان².

أما فيما يخص العقد الموقوف فانه لا يمكن إعمال نظرية تحول العقد لا قبل الإجازة ولا بعدها على حد سواء، لأنه في الحالتين العقد صحيح وبالتالي انعدام شرط تحول العقد الأساسي وهو بطلان العقد، وحيث انعدام هذا الشرط لصحة العقد الموقوف فلا مجال للقول بتحول العقد، فإذا نقض العقد الموقوف ممن يملك حق نقضه فقد أصبح عقدا باطلا وبأثر رجعي وهنا لا مانع من إعمال تحول العقد إذا توافرت شروطه ويمكن توضيح هذا الأمر في المثال الآتي:

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 450، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 103.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 87، 88، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 500.

إذا ارتبط صبي مميز بعقد من عقود المعاوضة كان العقد موقوفاً باعتباره من العقود الدائرة بين النفع والضرر، وحيث أن الصبي لا يملك الأهلية الكاملة وإنما يملك أهلية ناقصة ومحددة بالعقود النافعة نفعاً محضاً، أما العقود الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة وليه، فإذا بلغ هذا الصبي سن الرشد واكتملت أهليته وقام بعد ذلك بنقض عقد المعاوضة، أو أن وليه لم يجر العقد ابتداءً فإن العقد يصبح باطلاً وبأثر رجعي، فإذا تضمن هذا العقد الباطل عناصر وأركان عقد آخر كعقد التبرع مثلاً ففي مثل هذه الحالة فقط يمكن القول بتحول عقد المعاوضة الذي تم إبطاله إلى عقد تبرع¹.

المطلب الثالث

انصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح الآخر

إن نظرية تحول العقد قائمة بالأساس على اعتماد مبدأ سلطان الإرادة، كون الإرادة القلب النابض للتصرف القانوني لما لها من دور أساسي في نشأة أي تصرف إذ يعبر عنها بالإرادة اللازمة لتحول العقد أو بالشروط الذاتية للتحول²، فهي محاولة لدعم وتأييد إرادة المتعاقدين وتوجيهه الوجهة التي تجعل العقد الباطل ذا أثر فعال بالنسبة لأطرافه الذين أخفقوا في اعتماد الوسيلة القانونية أو الفنية التي توصلهم إلى الغاية الاقتصادية والعملية المنشودة، فإذا قام الدليل على أن إرادة المتعاقدين المفترضة كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبين ما في العقد الأصيل من أسباب البطلان لذلك جاءت القوانين

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 126، ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص 274.

(2) المعروف أن الإرادة جوهر العقد، حيث يشترط لقيام العقد وصحته بالدرجة الأساس وجود التراضي الذي يقوم على اتحاد إرادتين قادرتين على إحداث أثر قانوني، وهاتان الإرادتان هما إرادة من يريد واقعة التعاقد أو ما يعرف (بالإيجاب) وإرادة أخرى مقابلة لها والتي تعرف (بالقبول)، ومن ثم تطابق هاتين الإرادتين للعمل على إنتاج آثار ومفاعيل قانونية، ويفهم من هذا أن الإرادة اللازمة للتعاقد هي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، والتي يعبرون عنها من خلال واقعة التعاقد، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 139.

بنصوص يكشف من خلالها القاضي عن نية الطرفين المفترضة صوب تحول العقد، ولنعرض فيما يلي دور إرادة المتعاقدين في تحول العقد، ودور إرادة القاضي في تحول العقد¹.

أولاً_ دور إرادة المتعاقدين في تحول العقد: إن الإرادة المطلوبة لإعمال تحول العقد هي ليست الإرادة الحقيقية بالتأكيد، يضاف إلى ذلك أن المتعاقدين لم يدر في وقت من الأوقات بأن عقدهما الأصلي الذي ارتبطا به جاء باطلاً وإلا فإنهما بالتأكيد لن يقدموا على واقعة التعاقد، لكن ماهية الإرادة اللازمة لتحول العقد في هذه الحالة؟.

وللإجابة عن هذا السؤال نجد أن الفقه قد انقسم على نفسه إلى اتجاهين في تحديد نوع الإرادة، فالفريق الأول يرى أن الإرادة اللازمة لإعمال تحول العقد هي الإرادة الاحتمالية، ونجد أن الفريق الثاني يرى أن الإرادة التي يتطلبها المشرع كشرط أساسي لتحول العقد هي الإرادة الافتراضية.

ويجب أن تتصرف إرادة الطرفين المحتملة أو النية المشتركة الاحتمالية إلى التصرف الجديد في حالة بطلان العقد الأصلي، وليس المقصود بالإرادة المحتملة الإرادة الباطنية الحقيقية بل الإرادة المفترضة التي لا يوجد بالعقد ما ينافيها²، والتي تقوم على مجرد

(1) تختلف شروط تحول العقد في كل من نوعي الأعمال القانونية باختلاف طبيعة هذه الأعمال، فبالنسبة إلى التصرفات القانونية حيث يكون للإرادة سلطان ودور هام في تحديد مضمون التصرف أي آثاره، يتعين أن تنتج إرادة طرفي التصرف المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي. أما بالنسبة إلى الأعمال القانونية (بالمعنى الضيق) حيث يحدد القانون- والقانون وحده- الآثار المترتبة على مباشرتها، وليس للإرادة دخل في تحديدها إنما يقتصر دورها على مجرد الاتجاه إلى الواقعة المكونة للعمل القانوني. وفي هذه الأعمال يكفي لقيام تحول العقد أن يكون العمل الباطل تتوافر فيه عناصر عمل آخر صحيح، عبد الحكم فودة موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 465، 464.

(2) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 450.

التصور، وهذا محل اتفاق بين الفقه والقضاء فهي ليست إرادة حقيقية لكن الأستاذ سمير تناغو خرج عن هذا الإجماع عندما رأى بأن الإرادة اللازمة لإعمال تحول العقد هي الإرادة الحقيقية حيث يقول: "والشرط الثالث هو أن الإرادة كانت تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح الذي وجدت عناصره في العقد الباطل. والواقع أن المقصود بهذا الشرط هو ألا يكون التكييف الذي أطلقتته الإرادة على العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، بحيث ما كانت لتبرم بغير هذا التكييف، فإذا لم يكن التكييف جوهريا على هذا النحو فإن القاضي يعطي التكييف الصحيح للعقد، ويعتبر الكمبيالة مجرد سند دين عادي، وهو في هذا لا يبحث عن إرادة افتراضية للمتعاقدين كما يقال أحيانا، ولكنه يعطي الاسم الصحيح للإرادة الحقيقية للمتعاقدين"¹.

فهذا الجانب من الفقه يرى أنه ليس من المعقول أن تكون إرادة العقد الباطل حقيقية وكذلك إرادة العقد الصحيح حقيقية أيضا، وإلا كنا بصدد عقدين نتجا عن إرادتين تختلف كل منها عن الأخرى ومقتضى هذا القول أن هناك إرادتين متعاصرتين احدهما هي الإرادة الحقيقية لأطراف العلاقة العقدية وهي التي انصرفت إلى العقد الأصلي الذي جاء باطلا والذي أرادوه حقيقة، وإلى جانب هذه الإرادة توجد هناك إرادة احتمالية تعاصرها في الوجود، وتتجه إلى العقد الجديد الصحيح الذي تضمنه العقد الباطل².

لكن أنصار الإرادة الباطنة وكذا الفقيه سالي (Salleilles) يذهبون إلى أبعد من ذلك حيث يرون أن التصرف الباطل لا يتحول إلى تصرف صحيح إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين الاحتياطية للتصرف الجديد منذ إبرام التصرف الأصلي، وشبه سالي مهمة القاضي في الكشف عن هذه الإرادة بمهمته في الكشف عن إرادة المشرع، فمثلا إذا كانت السفنجة باطلة لعدم استوائها لبعض البيانات كذكر تسمية السفنجة نتساءل عن الإرادة

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 96.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 142.

المحتملة للمتعاقدين أمام هذا الوضع، وإذا اتضح أنهما يريدان تثبيت الدين، وتحديد ميعاد الوفاء به فلا شك إذن أن إرادتهما انصرفتا إلى هذا العقد الجديد وهو سند الدين العادي¹.

فيجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي فتتصرف إرادتهما احتياطيا إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال، لكن الإرادة الاحتياطية في هذه الحالة هي إرادة حقيقية، وعليه يكون المتعاقدان قد أرادا تصرفا باطلا في الأصل، وأرادا تصرفا صحيحا على سبيل الاحتياط، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة لكن هذا القول ينطوي على مجافاة للمنطق والأساس القانوني الذي شرعت على ضوءه النصوص القانونية التي تناولت نظام تحول العقد، إذ لا يمكن أن تكون إرادة التصرف الذي تحول إليه العقد الباطل إرادة احتياطية، إذ ليس من المتصور أن توجد في كل عقد إرادتان احدهما حقيقية تتصرف إلى العقد الأصلي، والأخرى احتياطية تتوجه إلى عقد آخر إذا ما تبين بعد ذلك بطلان العقد الأصلي.

حيث من غير المعقول أن يعلم الشخص بأن العقد الذي يريد الارتباط به هو عقد باطل ومع ذلك يقدم عليه، لأنه يعلم ابتداء بأن غرضه الاقتصادي المنشود من واقعة التعاقد لن يتحقق، ولا يمكن أن يتضمن العقد الواحد إرادتين بذات الوقت، احدهما حقيقية هدفت إلى الارتباط بالعقد الباطل وأخرى احتياطية تتجه بذات الوقت للارتباط بالعقد الصحيح الآخر، إذا ما تبين بأن العقد الأصلي وقع باطلا، وإذ حدث ذلك استغلقت أبواب تحول العقد وانتقلنا إلى تنظيم تشريعي آخر وهو التفسير وعلى هذا الأساس فلا مجال للقول بأن الإرادة اللازمة لتحول العقد هي إرادة احتياطية².

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 353.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 503، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 90، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 147، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 67.

ويضيف أصحاب الإرادة الباطنة أن التصرف الصحيح قام على الغاية التي قصد إليها المتعاقدان فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها وقد اختار لذلك طريقاً قانونياً، غير أنه تبين بطلان هذا الطريق فإذا كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية نفسها فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح¹، فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية²، إذ تحول العقد لا يقع إلا في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر.

ويرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه: "يجب أن تتصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادوا التصرف الآخر إرادة حقيقية، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطلاً، فأرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلي الباطل، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر، ومن ثم يجب التمييز تمييزاً دقيقاً بين الإرادة الاحتياطية والإرادة الاحتمالية وكثيراً ما يخلط بينهما، فتحول العقد لا يمكن أن يقوم على إرادة احتياطية، وان جاز أن يقوم على إرادة احتمالية"³.

وعكس ما قيل يرى أنصار الإرادة الظاهرة أنه ليس من الضرورة أن تكون هناك إرادة احتياطية أو محتملة بل يكفي انعدام الإرادة العكسية، وعلى القاضي التأكد من انتفاء هذه الإرادة، فيتحول العقد ما لم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول لكن رأي آخر يرى أنه لا يكفي انعدام الإرادة العكسية، بل يجب أيضاً أن يقوم

(1) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، بيروت، لبنان، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2007، ص 170.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 105، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 207.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 106، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 91.

من الظروف والقرائن ما يتضح معه أن إرادة المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى هذا التصرف الآخر¹.

وهذا القول هو الآخر لا ينسجم مع المنطق القانوني إذ أنه يعني في الحقيقة الأخذ بفكرة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهو أمر غير مقبول، حيث لا يمكن تصور ارتباط أطراف العلاقة العقدية بالعقد مع علمهم المسبق بالبطلان ضف إلى ذلك أن الإرادة الاحتمالية أمر لا يمكن قبوله في نطاق تحول العقد على اعتبار أن القول بالإرادة الاحتمالية يعني تحقق العلم لدى المتعاقدين ببطلان العقد، الأمر الذي لا يمكن قبوله بأي حال من الأحوال، وبهذا الصدد يقول الأستاذ عبد الحي حجازي: "إن إمعان النظر في هذه الفكرة يشير إلى أنها فكرة جوفاء"، وبنفس المعنى يقول الأستاذ حسام الدين الاهواني: "إن أطراف العقد لا يمكن أن يكون لهم إرادة احتمالية، إذ لم يعرفوا البطلان ولم يفكروا في تصرف احتياطي على وجه الاحتمال، بل أن تلك الإرادة الاحتمالية يجب ألا تكون موجودة وإلا كان الأمر يدور حول التفسير"².

كما تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرون بأن الإرادة اللازمة لإعمال تحول العقد هي الإرادة الاحتمالية، وقد اختلط الأمر عليهم ليصفوا الإرادة اللازمة لتحول العقد بالاحتمالية، حيث يفهم من كلامهم في تحليل فكرة الاحتمال أنهم كانوا يقصدون في حقيقة الأمر الإرادة الافتراضية التي مبناهما الخيال والتصور كونها إرادة غير موجودة أصلاً يعمد القاضي إلى تصورها في ضوء فهمه لنظام تحول العقد بهدف مساعدة المتعاقدين في تحقيق

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 105، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 149، محمد عمار تركماني غزال، المرجع السابق، ص 67.

(2) عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 33، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 149، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 503.

غايتهما الاقتصادية أو على الأقل لتحقيق جزء منها، وذلك في إطار سياسة إنقاذ العقود من البطلان.

حيث بعد أن قرر أصحاب هذا الاتجاه بأن الإرادة اللازمة لتحول العقد هي الإرادة الاحتمالية عادوا وهم يفسرون المقصود بالإرادة الاحتمالية بأنها ليست الإرادة الحقيقية، وإنما هي الإرادة الافتراضية، وعلّة ذلك أنهم لا يريدون الإعلان صراحة بأن الإرادة اللازمة هي الإرادة المفترضة، بسبب تأثرهم بمبدأ سلطان الإرادة والخشية من الحديث عن دور المساهمة القضائية في إنشاء العقد الجديد في إطار تحول العقد من خلال الإرادة الافتراضية التي يقوم القاضي بافتراضها الأمر الذي يعطيه دورا ايجابيا في مجال إنشاء العقود¹.

وقد انتقد القول بالإرادة الاحتمالية حيث أن وجود إرادة احتمالية للمتعاقدين قد توقعا البطلان مما يعني تحقق العلم لديهم بالبطلان، ونتيجة لذلك أرادا العقد الآخر إرادة حقيقية أيضا وهو أمر غير مقبول، إذ لا يمكن للعقد الواحد أن يتضمن إرادتين تهدف كل منهما إلى عقد يختلف عن العقد الآخر في ذات الوقت، بحيث إذا تبين لهما بطلان العقد الأول ارتبطا بالعقد الآخر، كما أنه لا يمكننا بأي حال من الأحوال تجاهل النصوص القانونية التي عالجت موضوع تحول العقد والتي أشارت صراحة بأن المقصود بالإرادة اللازمة لتحول العقد هي ليست الإرادة الحقيقية.

وبعكس الاتجاه الأول الذي يرى بأن الإرادة اللازمة لتحول العقد هي الإرادة الاحتمالية يرى أنصار هذا الاتجاه أن القول بالإرادة اللازمة لتحول العقد إنما هي الإرادة الافتراضية بمعنى أن الإرادة غير حقيقية تقوم على أساس الافتراض أو التصور والعلّة في هذا لا إمكانية ولا صحة القول بالإرادة المحتملة كما يذهب جانب واسع من الفقه إلى ذلك

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 651.

لعدم إمكانية الإقرار بأن للشخص إرادتين في ذات اللحظة¹، وهذا يدخل في جمع المنافيات كما يعبر عنه الفقه الإسلامي.

وعلى هذا الأساس فليس هناك إلا إرادة حقيقية واحدة هي إرادة المتعاقدين والتي اتجهت إلى العقد الباطل، أما الإرادة المطلوبة لإعمال نظام تحول العقد فهي إرادة تقوم على الافتراض والتصوير فهي إرادة غير موجودة أصلاً، وهي إرادة منسوبة إلى القاضي الذي يفصل بالنزاع بأن يفترض أن مصلحة المتعاقدين كانت تقتضي الارتباط بالعقد الجديد الصحيح حيث سلمنا بما ذهب إليه هذا الرأي²، كونه يركز على الغاية العملية أكثر من الوسيلة القانونية، لكن هناك سؤال يطرح نفسه كيف يمكن للقاضي التعرف على هذه الغاية؟.

يتعرف القاضي على الإرادة من واقع التصرف الأصلي، وذلك بأن يفترض أن مصلحة المتعاقدين كانت تقتضي الارتباط بالعقد الجديد لو تبينا أصلاً البطلان الذي شاب عقدهما الأصلي، ومن كل الظروف التي صاحبت عملية التعاقد والمقارنة له والغرض الاقتصادي، أو النتيجة التي سعى كل منهما لتحقيقها، التي أدت بكل طرف لإجراء هذا التعاقد والذي يعد الدليل الأهم في رسم صورة الإرادة الافتراضية هذه³، والضابط المهم الذي يلتصق بنظرية تحول العقد مادام التصرف الآخر يحقق كلياً أو جزئياً هذه الغاية العملية فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادوا هذا التصرف⁴.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 150.

(2) ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص 247.

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 93، 92، حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 272.

(4) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 31، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 92، 93.

كما يمكن أن يرتكن القاضي في استخلاص هذه الإرادة إلى بعض الضوابط المتصلة بعمله بصفة عامة، مثل التجائه إلى محاولة التوفيق بين الحاجات العملية لطرفي التعاقد، ومقتضيات العدالة وما تستوجبه، والمفاوضات الأولية الاحتمالية بين الطرفين، ونواياهما وحقيقة واقعة الحال، وكذلك إرادتهما اللاحقة، وكل ذلك رهين بالتقاء العقدين الأصلي والجديد أو تقاربهما على أسوأ الفروض فيما يتعلق بالنتيجة التي تؤدي إليها كلاهما باعتبارها إرادة الطرفين وغيرها من الوسائل القانونية، لان إنشاء الإرادة الافتراضية يعد من المسائل المعقدة كونها إرادة غير حقيقية تقوم على أساس التصور لاسيما و أن النصوص القانونية التي عالجت نظام تحول العقد لم تضع معايير محددة يمكن للقاضي أن يستدل بها للتعرف على هذه الإرادة الافتراضية¹.

وبالرغم من وضوح نص المادة 105 من القانون المدني التي تقصد إرادة لم تكن موجودة في يوم من الأيام، ومنذ إبرام العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، فلا هي إرادة حقيقية، ولا هي إرادة احتياطية إنما هي نية المتعاقدين وقت إبرام العقد الأصلي، وهي نية غير معروفة وغير حقيقية بل هي نية مفترضة أساسها القاعدة الفقهية: "أن ما لا يدرك كله لا يترك كله" يمكن للقاضي إثباتها عند إعمال تحول العقد².

إذ يقع على عاتقه البحث عن إرادة لم تظهر للوجود وقت إبرام العقد، وربما لم تظهر حتى لحظة العلم ببطلان هذا العقد، وهو أمر عسير فأحيان يصعب البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فما بالك بالبحث عن إرادة لا يعرف عنها العاقدان شيئاً ولم تخطر ببالهما، هذا بالإضافة إلى أنه لا يوجد في نص المادة 105 من القانون المدني ما يعين في الكشف عن هذه النية الافتراضية، ولعل المشرع قصد ذلك خشية أن محاولته تكون قيدياً يشل

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 162، حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 272.

(2) عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 337، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،

الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 503.

فاعلية النظرية، فليس من المستحسن أن يحاول المشرع نفسه أن يقوم بمثل هذه المهمة فيكون تضييقاً لنطاق تحول العقد، وإما ضابط بالغ الجمود يؤدي إلى نتائج لا يمكن احتمالها.

لكن لا تراعى في جميع الأحوال إرادة المتعاقدين كأصل عام، ففي بعض الأحيان يتدخل المشرع استثناءً ليقضي بتحويل العقد الباطل بقوة القانون دون حاجة إلى اللجوء للإرادة المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، وفي نفس السياق نصت كذلك المادة 776 من القانون المدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف...".

ويبدو أن الرأي الذي يرى أن الإرادة اللازمة إلى تطبيق نظام تحول العقد هي الإرادة الافتراضية والتي تقوم على أساس التصور، وهي تدخل ضمن سلطة القاضي في الإنشاء، ويرى أن القاضي يملك دوراً إنشائياً هاماً في مجال تحول العقد ولا يمكن القول بأن الإرادة اللازمة هي الإرادة الحقيقية لخروج هذا القول عن نطاق تحول العقد، على اعتبار أن المتعاقدين لم يتحقق لديهما العلم بالبطان، وإلا فإنهما لن يقدموا على الارتباط بعقد يعلمان سلفاً ببطلانه، الأمر الذي يفقدهما تحقيق الغرض الاقتصادي الذي يسعيان إليه، كما لا يمكن القول بفكرة الإرادة الاحتمالية لأن معنى الاحتمال يعني توقع أطراف العلاقة العقدية للبطان، وفي هذه الحالة يكون لهما إرادتان حقيقيتان إحداهما اتجهت للعقد الباطل والأخرى إلى العقد الصحيح، وهذا الأمر غير ممكن في الواقع العملي، وبالتالي فإن الأمر يدور برمته حول إرادة هي من صنع القضاء، فهو يفترض وجودها في ضوء الغرض الاقتصادي للمتعاقدين الأمر الذي يسهم في إنقاذ عقدهما من البطان، وهو رأي أقرب للصواب¹.

(1) عبد الحي ججازي، المرجع السابق، ص 533.

ثانياً_ دور إرادة القاضي في تحول العقد: يكفي ليقضي القاضي بتحول العقد أن يكشف عن وجود نية مفترضة، وأن الطرفين كانا يبرمان العقد الجديد لو أنهما علما بأمر بطلان التصرف الأصلي، وهذا دليل على الدور الكبير الذي يلعبه القضاء في تحول العقد، من خلال الإرادة الافتراضية التي على أساسها يؤسس الحكم الذي يصدره في النزاع العقدي المعروض عليه¹.

وعملية افتراض الإرادة للمتعاقدين يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه، وهو جوهر عمل القاضي في نظرية تحول العقد، وذلك عندما يتبين له أن التصرف الآخر يحقق لهما الغاية نفسها التي أرادها من التصرف الأول، لان القاضي سوف يعتبر أن الأطراف إنما أخطأت فقط في اختيار الوسيلة القانونية المناسبة للغاية التي كانا ينشدها من خلال تصرفهما الباطل وفي ذلك تطبيق واقعي لقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فعلى سبيل المثال لو اشترط العامل في عقد العمل عدم خضوعه لإشراف رب العمل، وعدم تبعيته الإدارية له، فان العقد يصبح بهذا الشرط باطلاً لفقدانه عنصراً جوهرياً من عناصر العمل، لكن من الممكن للقاضي أن يتحول به إلى عقد مقاوله إذا توافرت في العقد الباطل نفسه عناصر عقد المقاوله والعكس صحيح.

فتبني المشرع نظرية تحول العقد يطلق سلطة القاضي في التحري عن نية المتعاقدين من خلال معطيات الدعوى من أجل الوقوف على المراد حقيقة من التصرف بغض النظر عن تسمية الأطراف، وعليه وحتى ولو تمسك أحد الأطراف بالبطلان فان هذا التمسك لا ينبغي أن يحرم القاضي من سلطته في تحويل العقد إن توافرت الشروط القانونية، لان هدف نظرية تحول العقد أصلاً هو التقليل من حالات البطلان عن طريق تصحيح الوصف

(1) علي كاظم الشناباني، المرجع السابق، ص 253.

القانوني، فالمشرع إنما أنشأ ما يعرف اليوم بالعقود المسماة لترتيب آثار كل عقد بناء على المسمى الذي أعطاه إياه العقد، فسمى عقد البيع بهذا الاسم لأن أثره الأصلي هو نقل الملكية بعوض، فان تمسك أحد أطراف عقد البيع ببطلانه لانعدام ركن الثمن فان ذلك لا يسلب القاضي حقه في إعادة توصيف العقد على أنه هبة، ومن ثم تصحيحه على هذا الأساس¹.

ولكن سالي يعترض على هذا الدور الإنشائي للقاضي إذ يرى أن القاضي بذلك يخلق التصرف القانوني شأنه شأن المشرع في خلق القاعدة القانونية، والمفروض أن القاضي المدني ذو دور سلبي محايد بخلاف القاضي الجنائي، فالقاضي في نظر سالي يساهم في تكوين العقد بإضافة إرادته إلى إرادة المتعاقدين بل أنه يحل إرادته محل إرادتهما فيكون لهما تصرفا جديدا لفشلهما في إنشاء التصرف الأول².

ولكن هذا التحليل لسالي محل انتقاد إذ أن الدور الذي يقوم به القاضي هو مجرد تفسير العقد إذ مصدر سلطته بالنسبة لتحول التصرفات مستمدة من حقه في تفسير العقد³، وذلك بالكشف عن النية المشتركة المفترضة للطرفين بالوقوف على الغرض الاقتصادي الذي يرمي إليه الطرفان إلى تحقيقه دون الغرض القانوني⁴، فهذا الأخير مجرد شكل أو وسيلة لتحقيق الغرض الاقتصادي الذي يعتبر معيارا هاما لتحديد الإرادة المفترضة للأطراف⁵، فلا يهم المتعاقد أن يصل إلى غرضه بعقد بيع أو إيجار المهم أن يتحقق الهدف الاقتصادي أيا كانت الطبيعة القانونية للتصرف.

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 76.

(2) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص ص 652، 653.

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 66.

(4) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 467، عبد العزيز مرسي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 406.

(5) أمال سليم، المرجع السابق، ص 37.

فإذا كانت الوسيلة الأولى باطلة فلا مانع من تواجد وسيلة قانونية أخرى المهم تحقيق الغرض الذي يرمي إليه. وفي هذا السياق نضرب المثال التقليدي تحول عقد الهبة إلى وصية فإن هذين العقدين يحققان نفس الهدف الذي أراده المتعاقدان، فهو يعمد إلى إعطاء الشخص كل أو جزء من تركته إلى شخص آخر ينتفع بذلك بعد وفاته، أو البيع بثمن تافه الذي يتحول بموجب عقد البيع الباطل إلى هبة، فهنا الهدف الخاص للأطراف الراغبة في إثراء الطرف المقابل وهو هدف اقتصادي بالأساس يتحقق أيضا في إطار عقد الهبة.

فدور القاضي ليس الإنشاء بل الكشف والتفسير مستعينا بالهدف الاقتصادي، ومدى توافر العناصر القانونية للوسيلة الجديدة في الوسيلة القديمة الباطلة وهو من واجباته القانونية فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصل والتأكد من انصراف النية الافتراضية للمتعاقدين للارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصل من أسباب البطلان فهو يسترشد بإرادتهما بالذات.

إلا أنه يوجد رأي فقهي يرى أن دور القاضي يتجاوز فيه الدور الكاشف إلى حد الإنشاء، وهاجسه في ذلك بالتأكيد ليس مصادرة إرادة أطراف العلاقة العقدية بقدر مساعدتهم في تحقيق الغايات الاقتصادية التي بات من المتعذر تحقيقها بغير الدور المنشئ الذي يمارسه القاضي، وذلك من خلال افتراضه ما كانت ستتجه إليه إرادة الأطراف أو تبينا البطلان قبل ارتباطهما بالعقد محل النزاع¹، وسلطة القاضي ليست تحكيمية في مجال تحويل العقد إذ تعتبر الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود، قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير سلطة القاضي بحيث يقترب ما أمكن من إرادة الطرفين².

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 251.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 467، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 67.

فالقاضي لا يفعل شيئاً أكثر من التأكد من توافر عناصر التصرف الجديد في العقد القديم، وأنه ليس هناك بالعقد القديم أي شرط يكشف عن عدم الأخذ بنظام تحول العقد كتمسك الأطراف المطلق بوسيلة قانونية معينة إذ عليه احترام إرادة الأطراف وبالتالي حريتهم التعاقدية، وتقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين الحقيقية ونيتهما المفترضة¹، عندئذ يفرض القاضي العقد الجديد على الطرفين تحقيقاً لإرادتهما المشتركة المفترضة، فالقاضي بذلك لا ينشئ عقداً جديداً بل يكشف عن تصرف قائم متخفي في ثوب العقد القديم²، فيصدر حكم بتحول العقد وهو حكم لا يستطيع أحد المتعاقدين أن يرفض العقد الصحيح الجديد لكن يستطيع كلاهما إقالته³.

والتصرف الصحيح الجديد لا يحتاج إلى أي عمل من قبل المتعاقدين، وأثر تحول العقد يقع بأثر رجعي يترد إلى تاريخ انعقاد التصرف الباطل الأصلي، وصحة هذا التصرف الجديد وآثاره لا تسري بحق المتعاقدين فقط بل باتجاه الغير أيضاً⁴.

إلا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ذلك أنه لا يمكن تفضيل إرادة الأطراف على حساب المشرع، لا يمكن استبعادها حتى وأن تبين اتجاه إرادة الأطراف الصريحة إلى شكل قانوني معين دون الآخر، فالمبدأ هو تفوق إرادة المشرع أي إرادة القانون على حساب إرادة الأطراف، ويتجلى ذلك في تحول العقد بقوة القانون⁵.

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 652، أمال سليم، المرجع السابق، ص 13، 44.

(2) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 653.

(3) إبراهيم أنيس محمد يحيى، المرجع السابق، ص 25، محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 41.

(4) ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص 274.

(5) أمال سليم، المرجع السابق، ص 44.

والنظرية بشروطها الثلاثة المتقدمة لا تصلح إلا في نطاق التصرفات القانونية ذلك أن الشرط الثالث وهو اتجاه إرادة طرفي التصرف المفترضة إلى التصرف القانوني هي إنما تطبيق لفكرة التصرف القانوني، هذه الفكرة التي مؤداها أن الإرادة لها سلطان في تحديد آثار التصرف في حدود القانون. وعلى ذلك فإذا باشر الطرفان تصرفاً قانونياً معيناً بقصد تحقيق آثار معينة فإن العبرة هي بالآثار التي استهدفا تحقيقها.

وبعبارة أخرى إن العبرة هي بالغاية القانونية التي أرادا تحقيقها، فإن كان التصرف الذي اتجهت إليه إرادتها تصرفاً قانونياً باطلاً ليس من شأنه أن يحقق هذه الآثار، وكان هذا التصرف الباطل يقوم على أنقاضه تصرف آخر صحيح يؤدي إلى تحقيق هذه الآثار، فليكن هذا التصرف الآخر هو الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، فهما وقد أرادا تحقيق آثار معينة لا تترتب إلا بناء على هذا التصرف الأخير فإن إرادتهما المفترضة بلا شك قد انصرفت إلى هذا التصرف. والقاضي عندما يستخلص هذه الإرادة المفترضة فإنه يستقل بهذا الأمر ولا يخضع إلى الرقابة على اعتبار أن هذا الأمر من وسائل الواقع¹.

والخلاصة أن طرفي العقد قد أرادا تحقيق آثار قانونية معينة، فإن تنكبا السبيل في تحقيق هذه الآثار بولوج طريق خاطئ لا يؤدي إلى توافرها، وكان هناك طريق سليم يوصل إلى هذه الآثار فإن إرادتها بلا شك قد اتجهت إلى السير في هذا الطريق الأخير.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص145، عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص464، 465.

الفصل الثاني

آثار تحول العقد وتطبيقاته

بعد أن تستوفى أركان تحول العقد المختلفة التي تمثل الشروط الأساسية لقيامه، يتم تحويل العقد فنصبح أمام عقد جديد يعتبر الأثر الرئيسي والمباشر لتطبيق نظام التحول، الذي لا بد من معرفته وكيفية حصوله ودوره في إخضاع العقد الباطل لأحكام النظام العام أو لمتطلبات التنمية، والى أي مدى يمكن أن يؤثر أو ينصرف إلى أشخاص العقد وغيرهم.

وعموما فإن آثار تحول العقد تخضع لمبدأ ثابت يتعلق أساسا بوظيفة العقد في النظم القانونية المختلفة انطلاقا من أن العقد لا يعدو أن يكون أداة للتبادل الاقتصادي في المجتمع أي كانت الفلسفة السائدة فيه، وتختلف طبيعة آثار تحول العقد في ظل النظم والقوانين المختلفة تبعا لاختلاف المبادئ التي تقوم عليها تلك النظم، من حيث اعتبار إرادة المتعاقدين أو التقليل منها أو التضيق عليها أو إهمالها. ومن هنا تأتي خصوصية هذا الموضوع مما يقتضي دراسة آثار تحول العقد في النظام أو في القانون، ثم معرفة آثار تحول العقد من حيث الزمان لمعرفة كيفية سريانها هل تتحقق بشكل رجعي كما في البطلان، وأخيرا معرفة الأشخاص الذين تسري بحقهم هذه الآثار التي نتجت عن العقد الصحيح، ولنعرض فيما يلي آثار تحول العقد في مبحث أول، وتطبيقات تحول العقد في مبحث ثان.

المبحث الأول

آثار تحول العقد

لقد كانت كل التعريفات والتحديدات والصياغات التي اقترحت لنظام تحول العقد ليست بكافية ولا دالة والسبب في ذلك يرجع إلى الاختلاف القائم بين الفقه حول آثار العقد الجديد الذي تم التحول إليه، فالتحول في العقود يقتصر على إشباع الحاجات الفردية فقط، أم أن آثار العقد الجديد في ضوء متطلبات الاقتصاد الموجه يجب أن تحقق متطلبات النظام العام، وخطة التنمية اللذين يشكلان فعلا أساس ووجود صحة هذا العقد الجديد، بالاعتماد على سياسة نظامية مؤداها المحافظة على الآثار التي تتلاءم مع أغراض النظام العام. ومن أجل توضيح أهمية آثار تحول العقد والهدف منها نعرض فيما يلي آثار تحول العقد قانونا، ثم آثار تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

آثار تحول العقد قانونا

إن آثار تحول العقد تختلف تبعا لاختلاف المبادئ التي يقوم عليها العقد ففي الفقه والقوانين التقليدية نجد إرادة المتعاقدين كما أنها لها الحرية في إنشاء العقود لها الحرية كذلك في الآثار التي تترتب على العقد¹، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره، وكل ما اشتمل عليه ما لم يكن مشتملا على شيء يخالف النظام العام والآداب.

إذ نجد في القوانين التي تعتمد المعيار الذاتي توجب أن تنصب الإرادة على المعقود عليه فكأن جميع الالتزامات التي تترتب على العقد مفروض فيها أنها أريدت جميعها من

(¹) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 100.

العاقدين، وكأن الإرادة هي التي تخلق العقد والالتزام الذي يترتب عليه¹، وفي هذا يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري ما يلي: "وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام فهو خاضع للإرادة أيضا"². وبالتالي لا يجوز أن تغلت آثار تحول العقد عند بطلان العقد الأصلي عن هذه القاعدة³.

وآثار تحول العقد وفقا لهذا المبدأ يجب أن تترتب وفق إرادة المتعاقدين، أما ما يقال عن المصلحة العامة وقواعد العدالة والنظام العام فهذه الأشياء لا يصح أن تكون قيود على حرية المتعاقدين في إنشاء العقود وترتيب آثارها ونتائجها القانونية. والقول بصحة التصرف الجديد تقع بقوة القانون لا يعني - كما نعتقد - إخضاع آثار تحول العقد لمتطلبات القانون بما يحقق المصلحة العامة، بل يعني حصول حالة تحول العقد وثبوت آثاره عندما تتوافر شروطه كما أقرتها، وأن يقف في طبيعتها شرط اتجاه نية المتعاقدين إليه⁴.

ونجد في المقابل وعلى خلاف الرأي الأول، رأي آخر يقلل من شأن الإرادة ويرون أن العقد ليس سبب في الالتزام، وإنما هو الفرصة التي تهيأت لوجوده، وإن إخضاع العقد في آثاره وتفسيره لسلطان الإرادة قول لا تنهض به حجة، لأن أكثر آثار العقد يرتبها القانون بنفسه، كون المتعاقدان بعد أن يتفقا على الشيء الجوهرى في العقد يتركان الأمر للقانون، ولا أدل على ذلك من أن هناك التزامات تترتب على العقد لم تخطر في ذهن الملتزم، وكثيرا ما تثبت الوقائع أيضا أن الطرفين قد عقدا العقد دون أن يدركا طبيعته والآثار التي تترتب عليه، ومع ذلك يتحملان جميع نتائج التصرف القانونى الذي تنطبق عليه عناصر هذا العقد، كونهما يتفقا على الشيء الجوهرى ويتركان الأمر للقانون، وهو الذي يرتب آثار العقد.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 230.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 100.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 230.

(4) سليمان مرقس، نظرية العقد، جمهورية مصر العربية، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، ص 320.

وعليه القاضي إذا فسر العقد لا يتوقع أن يجد المتعاقدين قد نظرا في كل شيء وانتقفا عليه، فهو لا يستعين في الواقع بافتراض إرادة موهومة كما يدعي أنصار مبدأ سلطان الإرادة بل ويطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد¹، وتبعاً لذلك فإن آثار تحول العقد تقع بقوة القانون، لأن صحة التصرف الجديد لا تقوم على إرادة المتعاقدين الحقيقية، بل لأن التصرف الثاني له نشوء مستقل وصحة خاصة به، فصحته يقرها القانون مباشرة ولا تستند إلى الإرادة المتجهة إلى التصرف الباطل والحكم الذي يقضي بتحول العقد ليس منشأ، أي أن الحكم ليس هو الذي يبدأ بإعمال تحول العقد، وإنما هو يقرر فقط الحالة الفردية أن تحول العقد قد تم لهذا فإن الذي يتمسك بحق التصرف المحول يستطيع دون تردد أن يقاضي بناء على التصرف الجديد، وإنما فقط بشرط أن يقتنع القاضي طبعاً بتوافر أركان تحول العقد².

وخلاصة القول فإن آثار تحول العقد في الفقه التقليدي تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية ليس إلا.

وإذا كان أساس صحة العقد الجديد، وكذلك آثار تحول العقد في الفقه التقليدي يرتكز على إرادة المتعاقدين، فإن هذا الأساس وتلك الآثار يختلفان في الفقه الحديث، فالعقد في ظل الفقه الحديث والقانون الذي يسعى إلى أن يقوم بوظيفة اقتصادية واجتماعية في تداول الأموال وتبادل الخدمات، يجعل العقد لا يخرج عن هذا النطاق أو ينافي هذه الغاية، وإلا سحبت منه الحماية القانونية، وبوجه خاص لا يجوز أن يتحول العقد إلى أداة

(1) لقد اتسعت دائرة النظام العام فهناك نظم كثيرة ارتفع فيها المشرع فوق إرادة المتعاقدين فلا يسعها مخالفتها، وذلك راجع إلى فقد المشرع ثقته بسلطان الإرادة، وهو كثيراً ما يتخطى الظواهر ويتغلغل في الصميم فلا يرى أمامه في العقد إرادتين حرتين تتفقان، بل يرى في الميدان الاقتصادي قوتين غير متكافئتين فيتقدم لنصرة الجانب الضعيف ويحميه من استغلال الجانب القوي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 105، 108.

(2) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 283، سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 320.

للإضرار بالاقتصاد الوطني أو إلى وسيلة لاستغلال الآخرين، لذلك إذا كان العقد باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي أرادها المتعاقدان، ولكن يجوز أن تترتب عليه الآثار التي يقررها القانون.

فالأکید ليس هو هدر العقد الذي ينضوي على مخالفة القانون وغاياته الاقتصادية، وإنما إبقاء هذا العقد وإخضاعه لهذه الغايات على نحو يكفل تنفيذه وفاعليته، ويضمن التوفيق والملائمة بين مضمونه وما يفرضه القانون¹، فالقاضي عندما يبحث عن الإرادة الافتراضية فالنقطة الأساس التي يركز عليها لإعمال تحول العقد هو الغرض الاقتصادي، طبعاً هذا الأخير الذي يجب أن يخدم المتعاقدان وكذا اقتصاد البلاد، فلا يمكن تحويل عقد بيع بضاعة حدد القانون سعرها، لكن المتعاقدان اتفقا على سعر مخالف لما حدد، ولو توافرت فيه عناصر عقد آخر².

وهذا هو المبدأ الذي يحكم العملية الاقتصادية التي يرمي العقد تحقيقها، حيث يعنى بإقامة التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد وفقاً لما يستلزمه النظام العام الاقتصادي³، أي كان أساسها من اعتبارات العدالة، وسواء نظمتها إرادة الطرفين أو كانت واجبة بمقتضى القانون.

(1) يقصد بمضمون العقد هنا آثار العقد أي الحقوق والالتزامات التي تترتب عليه، وهو ما يعنينا في هذا المقام، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 69.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص 61، 60.

(3) يحمل النظام العام الاقتصادي الفكرتين اللتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فأحياناً يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسيير الفرد، فيجبر على المساهمة في غاية اقتصادية أو اجتماعية لا يرغب فيها، وأحياناً أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، فتوفر له تلك الحماية، وهكذا يكون هذان الاهتمامان وجهي النظام العام الاقتصادي الذي يتفرع إلى نظام اقتصادي توجيهي أو موجه، ونظام عام حمائي أو اجتماعي، ولعل أحسن مثال على ذلك هو قانون 29/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 20/07/1988، ص 1062، خاصة المرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 13/02/1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية رقم 12 بتاريخ 20/03/1991،

ففي قانون العقود لم يعد يقتصر دور المشرع على تحديد مضمون العقد وفقا للظروف الاقتصادية، بل يشمل كذلك تنظيما فنيا جديدا للجزاء، فالى جانب البطلان وهو الجزاء التقليدي في قانون العقود، يوجد جزاء جديد هو إخضاع العقد للمتطلبات الاقتصادية، لان البطلان التقليدي لا يستجيب لما يتطلبه القانون المعاصر في مواجهة الظروف الاقتصادية، ولقواعد النظام العام مبدأ عاما في نظام الجزاء إلى جانب الصور التقليدية، لان المصلحة العامة للبلاد تكون عادة مرتبطة بتنفيذ العقود أكثر من عدم تنفيذها بشرط أن لا تكون مراجعة هذه العقود غير متماشية مع النظام العام، لان تحول العقد لا يجب أن يكون المراد منه إشباع الحاجات الفردية فقط¹.

ورغم اختلاف الآراء حول هذا الموضوع فآثار تحول العقد تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأولى ليس إلا، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والاقتصاد الوطني².

=ص 418، والذي ألغى احتكار الدولة في مجال التجارة الخارجية، وقانون 12.89 المتعلق بالأسعار الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 1989/07/05، ص 757 الذي حرر الأسعار، علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 282، 283.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 240.

(2) إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يجعل للعاقدين كل الحرية في أن يتقفا في حدود القانون والنظام العام، والآداب على ما بشأن من آثار العقد، فان نظرية سلطان الإرادة تحاول أن تقلل من شأن القيود التي وضعها المشرع على إرادة المتعاقدين، ومعلوم أن دائرة النظام العام والآداب تضيق وتتسع طبقا للمقتضيات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية و الخلقية، وأن هذه الدائرة تضيق بشكل كبير في الفقه والقانون التقليديين، مما يجعل أثرها بالنسبة لآثار تحول العقد ضعيفا، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص ص 238، 234، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 135، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 106.

المطلب الثاني

آثار تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص

إذا توافرت شروط تحول العقد، يتم تحويل العقد الباطل الذي لم يعد له وجود إلى عقد صحيح آخر مرتبا لجميع آثاره القانونية من حيث الزمان، ومن حيث الأشخاص، ولنعرض فيما يلي آثار تحول العقد من حيث الزمان، وآثار تحول العقد من حيث الأشخاص.

أولاً_ آثار تحول العقد من حيث الزمان: يعتبر البطلان الجزاء المترتب على الاختلال الحاصل في تكوين العقد، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بشكل عام وكأنه لم يكن، لم ينعقد أصلا فيعاد الحال إلى ما كان عليه، ورجعية آثاره إلى وقت حصوله، وتحول العقد هو الآخر يترتب آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان، وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، بمعنى أن تحول العقد ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر فوري¹، وعلّة ذلك أن التحول إنما يقصد به إنقاذ العقد من البطلان الذي لحق به، ولكن هذه القاعدة تطبق على العقود الفورية والعقود المستمرة على السواء أم لا؟، ولنعرض فيما يلي سريان الآثار في العقود الفورية، وسريان الآثار في العقود الزمنية.

(1) لا بد لنا من الإشارة هنا إلى أن مجال تطبيق الأثر الرجعي في التصرف القانوني متباين فهو قد يعمل على محو التصرف تماما وكأنه لم يوجد أبدا كما في حالة التصرف الباطل، وقد يعمل بخلاف ذلك حيث يقوم على تأكيد التصرف إذا كان غير نافذ ثم زال ما يمنع نفاذه، كما في حالة إجازة العقد الموقوف حيث يستند نفاذ العقد إلى وقت إبرامه، فضلا عن أن حكم الأثر الرجعي في التصرف متباين في مدى المساس بحقوق أطراف التصرف وبحقوق الغير الذي يتعامل مع الأطراف، فلو حكم ببطلان التصرف فإنه يزول بأثر رجعي في حق أطراف التصرف، وفي حدود غير تامة تبطل الحقوق المبرمة من قبل الأطراف لمصلحة الغير، وبذلك يكون الأثر الرجعي قد مس كلا من أطراف التصرف و الغير في ان واحد، حمد خاطر نوري، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، دراسة في القانون المدني العراقي والمقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة بغداد، العراق، 1986، ص 9.

1_سريان الآثار في العقود الفورية: إن البطلان يلحق بالعقد حال نشوئه وقيامه، إذ لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحاً ثم بعد ذلك يلحقه البطلان، وعلى هذا الأساس فإن القول بتخليص العقد وإنقاده من البطلان لا بد أن يتم من اللحظة التي يلحق بها بالتصرف وليس من أي وقت آخر هذا من جهة. ومن جهة أخرى حيث قلنا عند الحديث عن الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد هو أن الإرادة اللازمة لتحول العقد هي الإرادة الافتراضية وهي إرادة غير حقيقية، ومبناها الخيال والتصور الأمر الذي يعني استبعاد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وعليه فإن القاضي وهو يفترض أن إرادة المتعاقدين كانت ستتجه إلى العقد الصحيح الآخر الذي تضمنه العقد الباطل بين طياته لو أنهما علما بالبطلان قبل إبرامه، ومعنى هذا القول بالتأكيد أن هذا الافتراض لا بد أن يكون وقت إبرام العقد وليس في أي وقت آخر، إذ أن القول بغير ذلك يعني بالتأكيد أن أطراف العلاقة العقدية قد تحقق لديهما العلم بالبطلان ومع ذلك أقدموا على الارتباط بهذا العقد الباطل، هو أمر لا يمكن تصوره عقلاً.

وعلى هذا الأساس فإن تحول العقد لا بد أن ينتج آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان وإلا امتنع القول بإمكانية إعمال تحول العقد¹، كما يمكن أن نستخلص هذا المعنى من خلال مراجعة نص المادة 105 من القانون المدني التي عالجت نظام تحول العقد حيث جاء في عجز هذه المادة ما يشير إلى هذا المعنى: "...فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد"، وهكذا يمكن لنا من تدقيق هذا النص معرفة أن آثار تحول العقد من حيث الزمان إنما تتم بأثر رجعي إلى وقت حصول البطلان بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط افتراض أن المتعاقدين سيرتبطان بالعقد الصحيح لو علما بالبطلان.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 360.

وقد سائر الاجتهاد القضائي هذه النصوص من خلال الأخذ بفكرة الأثر الرجعي بالنسبة لتحول العقد، فالقاضي وهو يلجأ إلى افتراض إرادة تحل محل إرادة المتعاقدين إنما يعتمد إلى هذا الافتراض من تاريخ إبرام العقد وليس في أي وقت آخر، على اعتبار أن العقد الجديد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل يحمل تاريخ العقد الأصلي نفسه الباطل.

ويعد العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل هو الرابطة القانونية بين المتعاقدين، وهو لا يحتاج إلى إجراء آخر حتى يحكم العلاقة القائمة بينهم بموجب هذا العقد الجديد، وهو ينفذ بين المتعاقدين ويرتب آثاره كاملة من تاريخ إبرام العقد، كما وقد يسري في مواجهة الغير كذلك على وفق القواعد العامة المقررة لآثار التصرفات القانونية.

وهناك من يرى أنه على وفق المبدأ وهو رجعية أثر تحول العقد من حيث الزمان إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي، فإنه إذا ما أصدر القاضي قراره بتحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح فلا يحق بعد ذلك للمتعاقدين رفض هذا القرار بحجة أنهم اعترضوا عليه كونه لم يتوافق مع ما كانوا يهدفون إليه من إبرام العقد الأصلي، إذ المفروض بهم في حالة عدم رغبتهم بإتمام تحول العقد أن يثبت أحد المتعاقدين أو كلاهما إرادة معاكسة لإجراء التحول وقت إبرام العقد الأصلي.

وقد برر أصحاب هذا الاتجاه قولهم هذا بأن الهدف من قيام المتعاقدين أو أحدهما بوضع (عدم قابلية العقد للتحول في حالة بطلانه) هو عدم إمكانية اللجوء إلى إرادة افتراضية من قبل القضاء طالما هناك إرادة واضحة وصريحة للمتعاقدين برفض إجراء تحول العقد، حيث لا يمكن للقاضي بأي حال من الأحوال أن يلجأ إلى الإرادة الافتراضية، كونه يتعارض مع أهدافه وغاياته من إبرام العقد¹.

(¹) عبد المجيد خلف العنزي، بطلان العقود في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2010، ص 546.

لكن هذا الرأي انتقد كون نص المادة 105 من القانون المدني لم تتضمن مثل هذا الشرط بأي وجه من الوجوه وعليه لا يمكن تحميل النص أكثر من معناه، لأنه إذا كان من الممكن القبول بهذا الرأي من الناحية النظرية فإنه لا يمكن القبول به من الناحية العملية، ذلك أن اتفاق المتعاقدين الصريح على عدم قبول تحول العقد في حالة البطلان يفيد بأن المتعاقدين قد توقعوا حصول البطلان مسبقاً¹.

والافتراض الآخر أن المتعاقد الذي علم بالبطلان إنما أراد العقد الآخر ولو بشكل احتياطي تحسباً لتلافي العقد الأول الذي جاء باطلاً، وفي هذه الحالة يمتنع القول كذلك بإمكانية إعمال نظام تحول العقد، حيث أن الأمر يدور في هذه الحالة حول إرادة حقيقية وضرورة الكشف عنها، وعليه فإن الأمر يتعلق بالتفسير وليس بتحول العقد، على اعتبار أن الإرادة اللازمة لقيام نظام تحول العقد إنما هي الإرادة الافتراضية للقاضي عندما يحل نفسه محل المتعاقدين من أجل إنقاذ عقدهما الباطل².

وسواء قلنا أن المتعاقد لم يرد بأية حال من الأحوال الارتباط بأي عقد من العقود كونه قد أقدم على الارتباط بالعقد الباطل مع علمه بالبطلان أو أنه أراد العقد الآخر على سبيل الاحتياط خشية حصول البطلان في العقد الأول الذي ارتبط به ابتداءً، ففي كلتا الحالتين لا يمكن القول بإمكانية حصول تحول العقد، كون القول بذلك يعني مخالفة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، والمثال على ذلك أن يقوم تاجر بمنح تاجر أو أي شخص تفويضاً عاماً، وهو يعلم بأن مثل هذا التفويض باطل كونه لا يجوز منحه إلا من قبل فئة التجار الكبار، ففي هذه الحالة يعد التفويض الذي منحه التاجر الصغير باطلاً، ولا يمكن بأي حال

(1) عبد المجيد خلف العنزي، المرجع السابق، ص 546.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 368.

من الأحوال القول بإمكانية تحول هذا التفويض إلى توكيل بالتعامل، طالما تحقق العلم بتطبيق نظام تحول العقد، ومن ثم تحويل هذا التفويض إلى توكيل في حالة واحدة فقط، وهي أن يكون التاجر الصغير لا يعلم من الأصل ببطلان التفويض الذي يجريه¹.

2_ سريان الآثار في العقود الزمنية: وإذا بات الأمر واضحاً بالنسبة لآثار تحول العقد من حيث الزمان بالنسبة للعقود الفورية أو آنية التنفيذ²، وذلك من خلال رجعية آثار تحول العقد إلى وقت إبرام العقد الأصلي، حيث وقوع البطلان ولا يمكن تصور أي وقت آخر لذلك وإلا امتنع القول بتحول العقد، لكن كيف تتحقق آثار تحول العقد بالنسبة للعقود الزمنية³؟ وفي أي وقت يمكن أن ينتج التحول آثاره في مثل هذه العقود؟ هل يمكن القول بمبدأ الرجعية إلى وقت إبرام العقد أو لا؟ على اعتبار أن الزمن له أثر جوهري في مثل هذا النوع من العقود.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 368.

(2) العقد الفوري أو الآني هو العقد الذي لا يمثل فيه الزمن عنصراً جوهرياً أي العقد الذي لا يدخل الزمن فيه لقياس مقدار الأداء أو الالتزامات الناشئة عنه، ويكون تنفيذه فوراً في الوقت الذي يحدده المتعاقدان، ولو تراخى إلى أجل معين أو إلى آجال متعاقبة، حيث أن المعول عليه في مثل هذا النوع من العقود هو تنفيذ الالتزامات التي تنتج عنه، وليس المدة التي تبقى فيها، فالبيع الذي يسلم فيه الشيء المبيع في الحال بثمن يدفع فوراً، هو عقد فوري ينعدم فيه عنصر الزمن حتى لو أجل دفع الثمن فإن ذلك لا يعني أن العقد فقد صفة الفورية، ذلك أن عنصر الزمن قد تدخل فيه بصورة عرضية، ولم يدخل في الأصل في تحديد الثمن، لا بل الأكثر من ذلك فإن العقد يحتفظ بصفته الفورية حتى لو تم الاتفاق على تسديد الثمن في آجال متعاقبة على شكل أقساط على اعتبار أن هذه الآجال عرضية ولا تأثير لها في تحديد مقدار الثمن، هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص ص 55،56.

(3) العقد الزمني هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد، ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة المعقود عليها، وعقد العمل لمدة معينة عقد زمني لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن، فالزمن عنصر جوهري فيه، إذ هو الذي يحدد مقدار المحل المعقود عليه. وينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة وعقد ذي تنفيذ دوري كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة. وترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهريّة هي أن المعقود عليه هو الزمن، والزمن كما معروف إذا مضى لا يعود أبداً. فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت، وما نفذ من العقد أصبح أمراً محسوماً بشكل نهائي لا يمكن الرجوع فيه، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 179، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 154.

لقد ذهب الفقه في هذه المسألة إلى اتجاهين مختلفين، فبينما يرى الجانب الأول أن هناك مبدأ عاماً يطبق بخصوص آثار تحول العقد من حيث الزمان مفاده أن تحول العقد ينتج آثاره بشكل رجعي دائماً، وفي جميع الأحوال سواء أكان العقد فوراً أم عقداً زمنياً حتى وإن كانت هنالك ثمة صعوبات تظهر بشأن رجعية الأثر بالنسبة للبطلان، وذلك نتيجة لطبيعة الالتزامات التي تم الإيفاء بها وبهذا يقول الأستاذ أحمد يسري: "إن أثر تحول العقد الباطل يقع عادة في وقت إبرامه، فالعقد الجديد يحمل تاريخ العقد المراد أصلاً"¹، أي أن العقد الجديد يحل بأثر رجعي محل العقد الباطل ويصح دون أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقد، إذ أنه هو الرابطة الوحيدة التي تقوم بين الطرفين وإنما يمكن إنهاؤه أو تعديله عن طريق اتفاق عكسي إقالة هذا العقد².

وبعبارة أخرى فإن تحول العقد ينتج أثره بشكل رجعي وليس بأثر حال، وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن تحول العقد يقع بصفة عامة بأثر رجعي³، إلا أن هذا الاتجاه لم يأت في هذا بشيء جديد، فعقود المدة أو ما يسمى بالعقود الزمنية التي قيل بأن تحول العقد يعمل بالنسبة لها بأثر حال لأن البطلان يعمل فيها بأثر حال كذلك، لا تكون استثناء من تلك القاعدة لأن طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن فيها باعتبارها الركن الجوهرى في الوفاء بالالتزامات تجعل الأثر الرجعي للبطلان من الصعب تصوره، حيث أن رد هذه الالتزامات الموافاة يكون متعذراً بسبب سريان الزمن إن لم يكن قد أصبح مستحيلاً⁴.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 245، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 138.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 137.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع سابق، ص 243، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370.

وإذا كان هذا الرأي الذي ذكره الأستاذ أحمد يسري كما يبدو هو الموقف السائد ذلك أن أحد الفقهاء لم يذهب خلاف ذلك بالنسبة للعقود الزمنية، إلا أن ثمة رأي فقهي حديث قد ظهر مؤخرا يذهب إلى خلاف الرأي السابق بالنسبة لآثار تحول العقد من حيث الزمان، حيث عدا الفقيه الفرنسي (lipinski) أن تحول العقد في العقود الزمنية كعقد العمل مثلا لا يمكن استرجاع الالتزامات التي تم تنفيذها بموجب دعوى الاسترجاع، ففي مثل هذه الحالات لا يكون للبطلان أن يعمل إلا بالنسبة للمستقبل فقط وليس للماضي، وإن كان قد أقر بأنه في بعض هذه الحالات لا يمكن محو الماضي أو التغاضي عنه، ويسوغ رأيه هذا على: "إن البطلان ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل" بنظرية الظاهر التي اعتمدها القضاء بالنسبة لمثل هذه العقود والأوضاع الناتجة عنها¹، فهو يقر ضمنا بأن تحول العقد يمكن أن ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل وليس بأثر رجعي نظرا لصعوبة القول بانتفاء الأوضاع التي ترتب على تنفيذ العقد أو جزء منه².

ولا شك بأن فكرة الأثر الرجعي للبطلان تعتبر من الأسباب الهامة التي جعلت نظام تحول العقد أكثر أهمية وخطورة في معالجة الكثير من النتائج التي تترتب على هذه الفكرة كون الأمر يكون دقيق عند التعرض لحالات معينة كحالة بطلان عقد الزواج والآثار المترتبة عنه³.

(1) عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 44.

(2) Lipinski(pascal), la conversion des actes juridiques ,ouvrage précité,2002 , p 1178 .

(3) القاعدة أن البطلان لا يزيل الزواج بالنسبة للمستقبل فحسب بل و أيضا بالنسبة للماضي، ويعتبر الزواج كأن لم يكن وهذا يترتب على فكرة الأثر الرجعي للبطلان، ولكننا رأينا أن تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للزواج يعد أمرا خطيرا، ولذلك اتجهت القواعد القانونية والدينية إلى الحد من حالات البطلان ومن قاعدة الأثر الرجعي للزواج فقررت استبعادها إذا أبرم الزواج بحسن نية، أما إذا كان الزوجان سيء النية، فإن البطلان يترتب آثاره بأثر رجعي، ومع ذلك فقد يثار الأمر بالنسبة لترتب بعض الآثار بمناسبة هذا الزواج الباطل إذا حصل دخول بين الزوجين كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية خاصة فيما يخص ثبوت النسب، والعدة ...، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 245.

ولا تؤيد فكرة أن نظام تحول العقد يمكن أن يقع بأثر حال حتى بالنسبة للعقود الزمنية ذات الآجال الطويلة، حتى وإن كانت هذه العقود قد نفذت آثارها بشكل كامل أو بشكل جزئي في كل يوم من أيام تنفيذها، الأمر الذي ينتج معه أوضاعاً قانونية سواء بشكل دائم أو مؤقت، حيث لا يمكن لقرار المحكمة الذي يصدر ببطلان هذا النوع من العقود بأي حال من الأحوال أن يؤدي إلى محو هذه الآثار والأوضاع الناتجة عن التنفيذ، كما هو الحال مثلاً في عقد الإيجار، حيث إن الحكم ببطلان العقد لا يمكن أن يمحو الآثار التي ترتبت على تنفيذ هذا العقد، على اعتبار أن المستأجر في هذا العقد قد شغل المأجور وانتفع به فعلاً وعليه لا يمكن إلغاء هذه المنفعة، حيث أن هذه الآثار تعد من باب النتائج المادية التي ترتبت على تنفيذ العقد أو جزء منه.

إلا أنه ومع ذلك نرى أنتحول العقد في مثل هذا النوع من العقود إنما يحدث آثاره بشكل رجعي من حيث الزمان إلى وقت حصول البطلان، وهو وقت إبرام العقد وليس إلى تاريخ الحكم به¹، لأن القول بغير ذلك يعني الاعتراف صراحة أن العقد الباطل قد أنتج آثاراً قانونية صحيحة وهو أمر غير مقبول قانوناً، وإلا ما العلة من القول بالبطلان أصلاً، ذلك أن العقد الباطل لا يمثل بأي حال سبباً قانونياً لإنتاج الآثار كونه غير موجود أصلاً في نظر القانون من تاريخ حصوله.

ومن ثم لا يمكن اعتباره متحققاً في أي وقت آخر طالما كان في حكم العدم، فعقد الإيجار بالنسبة للقائلين بإمكانية تحول هذا النوع من العقود من حيث المضمون فقط دون الحاجة إلى تحول العقد إلى عقد آخر من طبيعة مختلفة، فإن الواقع في هذه العقود وبعد تحولها من عقود باطلة إلى عقود صحيحة ستستمر بذات المضمون الأمر الذي يعني تحقق أثر تحول العقد بأثر رجعي كذلك وليس من أي وقت آخر.

(1) مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 463، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 372، 375.

فإذا أبرم عقد الإيجار بشكل مؤبد فهذا العقد يعد باطلا لمخالفة نصوص القانون وبالتالي فإنه يمكن أن يتحول وفقا للقائلين بهذا الرأي إلى عقد صحيح من ذات المضمون وهو عقد إيجار أيضا ولكن لمدة مؤقتة، وعليه فإن هذا العقد الصحيح الذي تحول إليه عقد الإيجار الباطل قد استمر بذات الطبيعة بين نفس الأطراف الأمر الذي لا يجعل للوقائع المادية المتمثلة بواقعة الانتفاع ذات تأثير كبير وبالتالي فإن العقد الجديد يسري بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد الأصلي الباطل(عقد الإيجار المؤبد)، ومن ثم فليس مجال لقول أن تحول العقد ينتج آثاره بشكل حال أو مستقبلي.

كما أن القول بأن تحول العقد يتم بالاستناد إلى الإرادة الافتراضية التي تقوم على أساس افتراض القاضي حيث لا يمكن القول بالإرادة الحقيقية، إذ أن هذا القول يعني أن العقد الآخر الصحيح لو أريد حقيقة ففي هذه الحالة فإن صحته تستند إلى إرادتهم الحقيقية، الأمر الذي يعني هدم أحد أركان تحول العقد الأساسية، ومن ثم الخوض في نظام آخر هو التفسير الذي يهدف إلى معرفة حقيقة ما عناه العاقدان من عقدهما المبرم.

وبالتالي طالما سلمنا بأن الأمر في تحول العقد يقوم على أساس الإرادة الافتراضية التي يوجد بها القضاء بما له من سلطة الإنشاء وفي ضوء الهدف الاقتصادي للمتعاقدين عليه فلا يمكن القول بأن هذه الإرادة الافتراضية يمكن أن تحصل في غير وقت إبرام العقد، حيث في هذا الوقت فقط دون غيره يمكن للقاضي أن يفترض أن أطراف العلاقة العقدية لو تحقق العلم لديهما ببطلان العقد الذي ينويان الارتباط به لكانا قد أرادا العقد الآخر الذي توافرت أركانه في العقد الباطل.

وعلى هذا الأساس نرى أن نظام تحول العقد إنما ينتج آثاره من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي الذي جاء باطلا، وليس من أي وقت آخر¹.

(1) على أنه يجب ملاحظة أن فكرة الأثر الرجعي هذه تجعل نظام تحول العقد يشتهب في هذه الناحية مع نظام الإجازة، على اعتبار أن تأييد العقد يؤدي هو الآخر إلى زوال العيب الذي لحق العقد القابل للإبطال من تاريخ إبرامه، ومن ثم

ثانياً_ آثار تحول العقد من حيث الأشخاص: العقد ناتج ارتباط إرادتين تهدفان إلى إنتاج آثار قانونية بينهما، وذلك لكي يحقق كل منها الهدف أو الغاية الاقتصادية المنشودة من وراء واقعة التعاقد، لذا متى نشأ هذا العقد صحيحاً ومستوفياً لشروط انعقاده وأركانه كان العقد منتجاً لآثاره كاملة، وتكون هذه الآثار ملزمة لأطرافه حيث يمكن من خلالها إجبار كل من أطرافه على تنفيذ ما التزم به بموجب هذا العقد، ومعنى هذا القول أن آثار العقد من حيث المبدأ لا تتصرف إلا إلى أطراف العلاقة العقدية دون غيرهم بوصفهم قد التزموا بهذا العقد بموجب إرادتهم الحرة، حيث لا يمكن للشخص أن يلزم غيره بعقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه، وإن كانت هناك بعض الاستثناءات التي تسري فيها أثر العقد على الغير الأجنبي عن العقد، وهذا المبدأ أي اقتصار أثر العقد على طرفيه يعرف في اللغة القانونية بالآثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص¹.

وإذا كان هذا المبدأ يؤخذ في العقود التي تنشأ على الوجه الصحيح والقانوني، فما هي طبيعة الآثار التي تنشأ عن تطبيق نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر؟ لاسيما وأن الذي يبرز للوجود نتيجة تطبيق نظام تحول العقد هو عقد صحيح مما يعني أن آثاره تسري في حق طرفيه، وحق الغير حسب التفصيل الآتي:

1_ سريان الآثار في حق المتعاقدين: بما أن الغاية الأساس للمشرع من إيجاد نظام تحول العقد هو إنقاذ العقد الذي ارتبط به المتعاقدان من واقعة البطلان، وما قد يترتب من آثار سلبية عليه متى تمت عملية تحويل العقد من قبل القاضي الذي عرض عليه النزاع، فمعنى هذا القول أن يظهر إلى الوجود عقد آخر صحيح نتج عن العقد الباطل، الذي ارتبط به العاقدان أصلاً، حيث توافرت أركان هذا العقد الآخر الصحيح في ذات العقد الباطل، وعليه

=فتأييد العقد يجعل العقد مستقراً في التعامل بأثر رجعي إلى تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ حصول التأييد أو الإجازة، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 373، 374.

(1) نفس المرجع، ص 376.

طالما سلمنا بقيام هذا العقد الآخر الصحيح الذي ظهر إلى الوجود الواقعي القانوني لذا فان هذا العقد لا بد أن ينتج عنه آثارا ما.

وترتيب الآثار هذا يعني أن العقد قد أوجد التزامات متبادلة في جانب كل طرف من أطرافه اللذين ارتبطا به، ومن ثم لا بد لكل طرف من هؤلاء بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه طبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود¹.

ويرى الفقيه لبينسكي (lipinski): " أن المهم في هذا الأمر هو أن العقد الذي برز إلى الوجود نتيجة التحول إنما يحدث أثرا مهما جديدا، ألا وهو إنقاذ العمليات القانونية الناتجة عن عقد واحد أو حتى تلك الأكثر تعقيدا التي تكون قد تألفت عبر عدد من العقود المبرمة بين الأطراف"².

ويبدو أن ما ذهب إليه الفقيه (لبينسكي) من أن النتيجة أو الأثر الأساس الذي ترتب على أعمال تحول العقد بالدرجة الأولى هو إنقاذ العقد من البطلان، وهو الأمر الأساس

(1) نشأ مبدأ حسن النية مع نشأة القانون الروماني فيما يعرف بمبدأ *bonne foi* بحيث اعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة، وبموجبه كان يستطيع القاضي الروماني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد للوصول إلى حالة من التوازن العقدي فيما بينهما متى اختل هذا التوازن نتيجة عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد، وعادة ما ينشأ اختلال التوازن العقدي في ثلاث حالات: قيام أحد طرفي التعاقد بإعفاء نفسه من المسؤولية العقدية متى أخل بالتزام تعاقدية أو قانوني مترتب عليه، وتمتع أحد طرفي العلاقة التعاقدية بسلطة تعديل شروط العقد بعد تكوينه أو إنهائه بإرادته المنفردة، فرض أحد الطرفين لمبالغ تعويض مبالغ فيها لا تتناسب مع ما قد يرتكبه الطرف المقابل من مخالفات دون أن يكون ملتزما بمبالغ تعويض مكافئة، وقد اجتهد خبراء القانون اجتهادوا ووضعوا تعريفا جامعاً لهذا المبدأ على أنه: "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية، وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن"، وقد اعتمد المشرع المدني الجزائري حسن النية مبدأ عاما لكافة التصرفات وذلك من خلال نص المادة 106 من القانون المدني، والمادة 107 الفقرة الأولى من القانون المدني، سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، العدد الثالث والعشرون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، 2014، ص 24، محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، العدد الرابع والخمسون، السنة السابعة والعشرون، مجلة الشريعة والقانون، 2013، ص ص 228، 229.

(2) Lipinski (pascal),op.cit , p 1192 .

الذي يستتبع بالضرورة ترتيب آثار العقد الأصلية التي تنتج عن واقعة التعاقد الصحيحة الأخرى أقرب إلى الصواب.

وهذه الآثار التي تنتج عن أعمال نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها والذي يجب أن لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة، بمعنى أنه لا بد لكي ينتج العقد الآخر الصحيح آثاره بحق المتعاقدين نتيجة تحول العقد أن لا يتغير أحد أطراف العلاقة العقدية، وعليه إذا تطلب الأمر إدخال متعاقد جديد لتمام العقد، فمعنى هذا بالتأكيد هو امتناع تحول العقد¹.

ويعد العقد الآخر الذي تحول إليه العقد الباطل ملزماً لأطرافه، فهم يلتزمون بتنفيذ فقراته كاملة، وليس في وسعهم التنصل من الالتزامات التي تنتج عن هذا العقد على أساس أنهم لم يتفقوا عليه ابتداءً، ذلك أن حلول إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين إنما تمت بالاستناد إلى تحقيق الغايات الاقتصادية للمتعاقدين، أو على الأقل القدر الذي من خلاله أن يحققا أهدافهما، وذلك من خلال افتراض أن إرادتهما كانت ستوجه إلى العقد الجديد الصحيح في حال علمهما بالبطلان، ولذا يعد العقد الجديد ملزماً لهما بكل ما يتولد عنه من التزامات².

وطالما قلنا أن العقد الصحيح الذي ظهر إلى الوجود نتيجة لإعمال تحول العقد يرتب آثاره بالدرجة الأساس في حق المتعاقدين، فإن معنى هذا القول بالتأكيد هو أن آثار تحول العقد ستنقل إلى الخلفاء العموميين للمتعاقدين، كالورثة والموصى لهم بمجموع الشركة أو

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 246.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 382.

بجزء منها على اعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام¹. والطرف الذي يتمسك بتحول العقد لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه. إنما اللازم فقط ضرورة اقتناع القاضي دائما بتوافر هذه الشروط، إلا أن هناك من يعتقد بأن الذي يتمسك بتحول العقد يكون مع ذلك ملزما بالإثبات، ويحتج على ذلك جانب من الفقه الذي يرى بأن تحول العقد إنما يخدم في المحل الأول حاجة المتعاقد وعليه فإن إعماله ضد إرادة ذلك الذي كان من الواجب أن يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض².

ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون فمن الواجب على القاضي مراعاة إمكان تحويل العقد في الدعوى من تلقاء نفسه، ومع ذلك فعلى طرفي العلاقة التعاقدية أن يقدموا للقاضي مادة حكمه، ويضعوا أمامه الوقائع التي ينتج عنها تحول العقد يكون له مجال في الدعوى، ولكن جانبا من الفقه ينفي إمكان أن يحول القاضي العقد من تلقاء نفسه.

2_ سريان الآثار في حق الغير: إن صحة العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل لا تسري بين المتعاقدين فقط، بل تسري كذلك في مواجهة خلفائهم العموميين، فإنه يجب ملاحظة أن آثار تحول العقد هذه لا تقف عند هذا الحد، وإنما تسري هذه الآثار أيضا في حق أي شخص ثالث بمعنى الغير عن العقد، كما هو الحال بالنسبة إلى الغير حسن النية³.

(1) أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، إساءة استعمال الحق والقانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التصديرية، الجزء الأول، ص 404.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 248.

(3) الغير هو الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد، فالصلح الذي يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسري في حق بقية الورثة، والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشروع لا يقيد بقية الشركاء إلا في حدود الفضالة، وبيع ملك الغير لا يسري في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفا في العقد، على اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضي بانصراف أثر العقد إلى الغير، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 554.

ويتبين بوضوح انصراف آثار تحول العقد إلى الغير، وليس إلى أطراف العلاقة العقدية فقط، ولبيان ذلك أكثر يمكن أن نضرب المثال الآتي: إذا كان هناك عقد توريث ملزم لجانب واحد، وكان هذا العقد باطلا نظرا لكون أحد طرفيه قاصرا ولم يبلغ السن القانونية، وتحول العقد الباطل إلى وصية لاحتوائه أركان الوصية رغم بطلانه، ففي هذا المثال فان الورثة أو الموصى إليهم ببعض المال في وصية سابقة أن يستندوا إلى بطلان الوصية التي تحول إليها عقد التوريث الباطل، ذلك أن آثار هذه الوصية تسري بحقهم بعد أن تحولت وأصبحت صحيحة¹. وقد اختلف الفقه حول مسألة الإثبات في تحول العقد وعلى من يقع عبء إثبات توافر شروط تطبيقه؟.

يرى البعض من الفقهاء، إن عبء الإثبات إنما يقع بالدرجة الأساس على عاتق الطرف الذي يتمسك بتحول العقد، فهو المطالب بالإثبات كونه هو المستفيد منه، غير أنه بذات الوقت وفي بعض الظروف الخاصة فان عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف الذي يتم التمسك بتحول العقد ضده، وذلك في حالة ما إذا كانت هذه الظروف تؤدي إلى استبعاد تحول العقد الذي يبدو في ذاته مرجحا على أساس عنصر الإرادة الخاص.

(1) وفي حقيقة الأمر فان مسألة انصراف آثار تحول العقد إلى الغير من دون أن تقتصر على أطراف العقد تعد من أهم الأمور التي تميز نظام تحول العقد عن نظام التأييد، كون آثار التأييد تقتصر على الطرف الذي أيد العقد، لأنه تنازل عن طلب إبطال العقد ولذا فلا يمكن أن تمتد آثار هذا التنازل عن طلب الإبطال إلى شخص آخر وكذلك الحال بالنسبة لخلفائه العامين الذين يخلفونه في ذمته المالية، وبهذا الصدد يقول الأستاذ مصطفى العوجي: "إن التأييد يجعل العقد قائما للمؤيد دون سواه، لأنه فعل إرادي منفرد لا يمكن أن يمتد إلى الغير المؤيد، وعليه لا مفعول له تجاه الشخص الثالث الذي اكتسب حقوقا عن حسن النية، على أنه يجب ملاحظة أن الخلف العام الذي تنتقل إليه الذمة المالية للمتعاقد الذي أيد العقد القابل للإبطال لا يعد من قبيل الغير، كونه يخلف سلفه في ذات المركز القانوني، وعلى هذا فهو يلزم بالآثار القانونية المترتبة على التأييد الذي صدر من سلفه وليس له أن يعترض على ذلك، بينما نجد أن الأمر مختلف في تحول العقد حيث يسري في حق أطراف العلاقة العقدية كلاهما وهكذا يتبين بوضوح الفارق الأساسيين بين نظام تحول العقد ونظام التأييد من هذه الناحية، حيث أن آثار التأييد لا تسري بحق الغير وإنما تقتصر على المتعاقد الذي تنازل عن حقه في طلب إبطال العقد، وكذلك الحال بالنسبة لخلفائه العامين الذين يخلفونه في ذمته المالية، بينما نجد أن الأمر مختلف في تحول العقد حيث يسري في حق أطراف العلاقة العقدية كلاهما ويسري بحق الغير عن العقد، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 387، 388، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 542.

يرى البعض الآخر من الفقه أن عبء الإثبات لا يقع على أي طرف من أطراف العقد الباطل، بل أن القاضي هو الذي يتولى عملية إجراء تحول العقد من تلقاء نفسه طالما أن تحول العقد يقع بقوة القانون، وأن التصرف أو العقد الجديد يقع هو الآخر بقوة القانون، حتى وإن كان أطراف العلاقة العقدية هما اللذان يقدمان للقاضي مادة الحكم من خلال وضع الوقائع اللازمة لإصدار حكمه، حيث أن هذا الأمر هو شيء طبيعي، إلا أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن أياً منهما ملزم بالإثبات، فالقاضي يقتصر دوره سوى إقرار تحول العقد متى توافرت شروط قيامه الأساسية التي فرضها القانون¹.

ويبدو القول أن القاضي ليس له أي أثر في عملية إجراء تحول العقد سوى ملاحظة مدى انطباق شروط تحول العقد من عدمها، ومن ثم الحكم بإجراء التحول في ضوء ذلك قد جانب الصواب، ونرى أنتحول العقد إنما يدخل في صلاحية القاضي في الإنشاء والكشف وأنه هو الوحيد الذي يقرر إجراء تحول العقد من عدمه، وذلك بإحلال نفسه محل المتعاقدين من خلال إرادته الافتراضية، وكل ذلك طبعاً في ضوء تحقيق الأهداف الاقتصادية للمتعاقدين.

ويتضح مما تقدم أنتحول العقد ينتج آثاره بالدرجة الأساس في حق أطراف العقد الباطل الذي تحول إلى العقد الصحيح الآخر الذي تواجد في ذات العقد الباطل، وتسري في حق الخلف العام للمتعاقدين وكذلك تسري في حق الخلف الخاص والغير عن العقد، لكن ما يؤخذ على المشرع المدني بهذا الخصوص أنه لم يبين بشكل واضح كيفية سريان آثار تحول العقد من حيث الأشخاص.

(¹) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص 391، 392.

المبحث الثاني

تطبيقات تحول العقد

إن تطبيقات أو حالات تحول العقد كثيرة لا يمكن حصرها في نطاق معين، لكن في الوقت نفسه لا يمكن إطلاق عدد هذه الحالات، وأن الحالات التي سيتم ذكرها ليست الوحيدة في ميدان تحول العقد ولكنها الأكثر وقوعاً في إطار القانون المدني، فالقانون المدني لا يمنع من وجود نصوص أخرى تمثل تطبيقات لتحول العقد وإن كانت لا تمثل تطبيقاً مباشراً لنصوصه¹، ولنعرض فيما يلي لأهم تطبيقات تحول العقد في القانون المدني، والمتمثلة في تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، وتحول بيع ملك الغير الباطل إلى عقد منشئ للالتزامات، وتحول عقد الوكالة الباطل إلى فضالة كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية

لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت²، واكتفى بإيراد حالات خاصة فيه¹، ولهذا كان لزاماً الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني في القانون طبقاً

(1) نقصد بالإرادة التشريعية هو ما اصطلح عليه الفقه بالمشرع إذ لا يوجد في النظم الدستورية بما يسمى بالمشرع، وهو كائن لا وجود له وليس شخصية تاريخية أو مجازية بل تسمية موجزة تطلق على مصالح الجماعة التي فرضت نفسها في التشريع، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2008، هامش رقم 295، ص 151.

(2) يرجع خلو القانون المدني من تعريف مرض الموت إلى عدة أسباب منها: اعتبار مرض الموت وأحكامه من مسائل الأحوال الشخصية التي ترجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية، إن مرد مرض الموت ظهور حق آخر للورثة عند قرب أجل حياة المريض وليس انعدام رضاه، حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الإسلامي، 2007، ص 96.

لنص المادة الأولى من القانون المدني، فالأصل أن تصرفات الشخص صحيحة ونافاذة ولا يجوز الطعن فيها ما دامت ضمن حدود القانون، وكان هذا الأخير بالغا عاقلا راشداً، ولكن قد يصيب الشخص مرض الموت، فيحد من حريته في التصرف بأمواله حال حياته بالرغم من تمتعه بالأهلية القانونية، ويكون مرضه هذا سببا في تقييد تصرفاته كونها قد تلحق ضررا بمصالح الآخرين فجعل المشرع تصرفات المريض مرض الموت نافذة في حالات معينة وبحدود معينة، وغير نافذة في حالات أخرى، وقد استقى التشريع المدني الجزائري حكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كانت تبرعات أم بيوع من الشريعة الإسلامية التي تقرر مبدأ عام "أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" رأت أن تصرفات المريض مرض الموت تختلف في أحكامها عن تصرفات الصحة².

لقد حاول الفقهاء الاجتهاد ووضع تعريف لمرض الموت، وتحديد شروطه إذا توافرت اعتبر المرض مرض موت، ففقهاء المذهب المالكي يعرفون مرض الموت بأنه: "ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب"³.

(1) إن المراد بالمرض هنا هو مرض البدن، أي المرض العضوي الذي يصيب البدن يؤثر على التصرفات الصادرة من المريض. أما الأمراض النفسية كالحقد والحسد والغرور وكذا ضعف الدين، فمثل هذا رغم كونه مرضا لا يكون مرادا في هذا البحث.

(2) فاطمة أسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 383.

(3) عرف الفقه الحنفي مرض الموت بأنه: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت"، وعرف أيضا مرض الموت: "إن المرض الذي يجب اعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير ازدياد، وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي، كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم"، مع الإشارة أن سبب اختلاف الفقهاء في تعريف مرض الموت اختلافهم في تحديد أمارات المرض، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2011، ص 313، إياذ محمد جاد الحق، هبة المريض مرض

ويمكن أن نستنتج من هذا التعريف شرطين لا بد من توافرها معا حتى نكون بصدد ما يعرف بمرض الموت.

أولهما: أن يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الهلاك¹.

ثانيهما: أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق ونحوه.

ومفاد ذلك أن الموت إذا اتصل بالمريض كان التصرف الذي أبرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل أو الموت حرقا أو غرقا²، ومعنى

=الموت في مجلة الأحكام العدلية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، مجلة الجامعة الإسلامية، 2011، ص 524، نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الإقرار، الإبراء، موسوعة الفكر القانوني، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، ص 9، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 103.

(1) وما تجب الإشارة إليه أن حالة المرض حالة موضوعية، وإن القضاء في حاجة إلى رأي فني في هذا المجال لا ينفي سلطته الأصلية المنوطة به، عادة ما يلجأ إلى نذب خبير بعد الدفع من قبل صاحب المصلحة، أو الاستماع إلى شهادة الطبيب المعالج، وتبعا لهذا الأمر لا يمكن حصر الأمراض التي تعد مرض الموت حصرا دقيقا، بل متى تحققت علة التصرف اعتبر التصرف مرض الموت. وهذا ما ذهب إليه الفكر الإسلامي إذا ألحق بعض من الأصحاء بحكم المريض مرض الموت، بالرغم من عدم توافر المرض أصلا، ولكن يجب على قضاة الموضوع تكييف المرض تكييفا دقيقا للقول أنه مرض الموت، واستجلاء جميع الظروف والملابسات والقرائن الدالة على ذلك، مع تسببب حكمهم تسبببا واضحا حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها في اقتناع قضاة الموضوع، ذلك أن الوارث الطاعن عليه أن يثبت أن التصرف وقع في مرض الموت، حتى يستفيد بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت، وسريان حكم الوصية على التصرف، عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، البليدة، الجزائر، دار قصر الكتاب، 2006، ص 38.

(2) وقد ألحق الفقهاء بمرض الموت حالات يعدم فيها المرض، ولكن الموت يتصل بها فيولد نفسية تجعل الشخص يشعر بدنو أجله كمن يقتل قصاصا أو كمن يكون في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها والأسير عند من يعرف عنهم قتل الأسرى، ومن حوصر في الحرب، وسبب ذلك هو اتحاد العلة في كل من مرض الموت وفي ذلك فإنه في الحالات التي لا تغلب فيها خشية الهلاك لا يمكن القول بأن التصرف يلحق بالوصية حتى لو اتصل واحد منها بالموت، لأن هذه العلة إذا امتدت عاما من غير أن تتبدل أو تتغير فإن التصرفات بعد مضي هذا العام تعتبر كتصرفات الأصحاء، وهو رأي

هذا أن لا يشترط في مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حاجته أو أن يؤثر هذا المرض في قواه العقلية أو أهليته¹، وعليه إن تصرفات الشخص تعتبر سليمة وسارية إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين لان المرض لم يكن بمرض الموت.

والأصل أن مرض الموت في الجسم لا يؤثر في عقل الإنسان ولا يتناول أهلية الوجوب أو الأداء بالزوال أو النقص لان مناط الأولى الحياة، ومناط الثانية العقل والتمييز، والمريض المذكور متمتع بالحياة وبالعقل والتمييز، إلا إذا تأثر عقل الإنسان بسبب المرض أو بسبب آخر فتطبق على المريض أحكام عديم العقل و ناقصه تبعا لخطورة آفة العقل رغم أن بعض الفقه رأوا أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية وأن المريض مرض الموت يعد محجورا عن بعض التصرفات الضارة بورثته ودائنيه²، ومنهم الأستاذ شفيق الجراح متأثرا بما جاء في كتب أصول الفقه، لكن هذا الرأي منتقد لأنه من غير أساس قانوني، وقد جانب الصواب في ذلك³.

=أقرب إلى تحقيق العدالة، فإذا ما برئ المريض من سقمه فان تصرفاته وقت المرض أو خشية الهلاك تعد سارية كتصرفات الأصحاء سواء بسواء، محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، الجزائر، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991، ص ص 39،40، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 37.

(1) بالإضافة إلى ما اشترطه المذهب المالكي يضيف فقه المذهب الحنفي شرطا ثالثا فحواه أنه يجب أن يقعد المرض المريض عن التماس مصالحه المألوفة وقضائها كما يقوم الأصحاء بها، فهذه العلامات مجتمعة أو الشروط كلها أمور موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة رغم أن الفقه لم يتفق على حصرها، لكن الراجح عندهم توافرها ويفترض أنه إنما يوصي فيجعل لتصرفه حكم الوصية ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض و ما يضمرة، فهذا البحث عسير إن لم يكن متعذرا، ويكفي أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية فنقف عندها ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك، أنور سلطان، العقود المسماة شرح البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الطبعة الثالثة، جمهورية مصر العربية، دار نشر الثقافة، 1952، ص 437، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 314، محمد زهدور، المرجع السابق، ص 42، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 33.

(2) فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 383.

(3) عوارض الأهلية هي: الجنون، العته، السفه، الغفلة، منصوص عليها بالمواد 42،43 من القانون المدني، والمادة 85 من قانون الأسرة، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، هامش رقم 81، ص 41، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، هامش رقم 283، ص 122.

ومع هذا فقد قرر جمهور الفقهاء أحكاماً استثنائية للمريض مرض الموت في بعض تصرفاته سواء كانت معاوضة أو تبرعاً، واعتبروا مرض الموت سبباً للحجر على المريض في كل ما يضر بدائنيه وورثته، ويرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض في مرض الموت.

ونظراً للتقدم العلمي الهائل في مجال الطب، فقد أصبح الطب يصنع المعجزات وبذلك فإن الأطباء بخبرتهم وطبيعة عملهم ومعرفتهم بسر مهناتهم يستطيعون تقدير قوة تأثير المرض وامتداده، كما يجب ملاحظة الحالة النفسية للمريض إذا أخبر بمرضه فإنه يصبح يرتقب الموت بين الحين والآخر فتكون تصرفاته تبتغي الإيثار أو الإضرار، لأن تصرفه الذي يمس الورثة أو الدائنين يكون الدافع إليه هو إيثار بعض الورثة أو إضرار الدائنين.

لذلك اعتبرت فكرة مرض الموت فكرة مرنة متطورة تختلف من زمان إلى آخر وفقاً لتغيرات العصر وما يواكبه من اكتشافات طبية مختلفة، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولته أعماله المعتادة، ومثال ذلك الفشل الكلوي المزمن¹، والتليف الكبدي المتأخر، ومرض الايدز²، وعليه فإن المعيار في تحديد

(1) الأمراض المزمنة أو الممتدة هي التي تستمر زمناً طويلاً، ولا تعتبر مرض موت، والعلة تكمن في أن المرض إذا طال ولم يحسن منه الموت صار مرضاً مزمناً لا قاتلاً، وتعتبر تصرفات المريض في مرضه الذي طال ولم يشد ولم يتغير صادرة من صحيح، إلا إذا اشتدت وطأته وغلبت هلاكه ابتداءً من وقت التغيير، وانتهى بالموت متصلاً فهو في حكم المريض، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 35، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 131.

(2) جاء في رأي طبي: "إن حياة المريض بالايديز قد تطول عشر سنوات أو أكثر صحيح أن نهايته - بحسب معارف اليوم - محتومة، وهي الموت إلا أنه كالمصاب بالسرطان يمكن أن يعيش سنين، من أجل ذلك لا ينبغي الحكم على تصرفاته على أنها تصرفات مريض مرض الموت الله إلا في مراحلها النهائية، إلا أنه وفقاً لقرار مجلس المجمع الفقهاء الإسلامي في دورته الثانية المؤرخ في 1994/07/09 فإن مرض الايدز يعتبر مرض موت شرعاً إذا اكتملت أعراضه واقعد المريض عن ممارسة الحياة العادية، واتصل به الموت، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، دمشق، سوريا، دار الفكر، 1985، ص 612، محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار مرض الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المجلد اثنان وعشرون، العدد الأول، كلية

وجود مرض الموت من عدمه هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بدنو الأجل من عدمه ولا يهم إن كان هذا الشخص شيخاً أم شاباً¹.

وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع مرض الموت واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، وتنهض الشهادات الطبية دليلاً قوياً لا سيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة لذلك، على أساس أن الطبيب مختص ومؤهل للقول في مثل حالات المرض، وغالباً ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلاً حاسماً في الدعوى، وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراء تحقيق، غالباً ما يتم هذا بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفى في آخر أيامه، بل وقد يلجأ قضاة الموضوع إلى القرائن في ذلك كأن يوثق العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ويشهر بعد الوفاة وتنتقل الملكية نقلاً تاماً²، ويقع عبء الإثبات طبعاً على الورثة أن تصرف مورتهم قد صدر في مرض الموت عملاً بنص المادة 776 الفقرة الثانية من القانون المدني³، مع الإشارة إلى أن الفقه اختلف في الوقت المعتبر في تعيين صفة الوارث، هل هو وقت وفاة البائع أم وقت البيع؟.

=الحقوق، جامعة جرش الأهلية، المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة جامعة جرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2006، ص 73، 72.

(1) الشيخوخة لا تعتبر مرض الموت، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان حتى وإن وصل الإنسان إلى سن متقدمة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، وتبقى تصرفاته تبعاً لذلك مثل تصرفات الأصحاء، إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 520، 521، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 38، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 108.

(2) فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار منشأة المعارف، 1992، ص 120، إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 525، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 61.

(3) تنص المادة 776 الفقرة الثانية من القانون المدني: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورتهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".

هناك رأي يرى بأنه يجب اعتبار صفة الوارث في وقت البيع لان القانون نفسه اعتبر ذلك الوقت لمعرفة إن كانت قيمة المبيع لغير الوارث تزيد على ثلث مال البائع أم لا، رأي ثان يرى اعتبار صفة الوارث وقت وفاة المورث، فمن لم يكن وارثا وقت المبيع وأصبح وارث وقت موت المورث يعتبر وارثا في هذه الأحكام أي يصبح له حقا في التركة بعد وفاة مورثه ما دام لم يحرم من هذا الميراث بالطرق التي حددها القانون لحرمانه كقتل المورث مثلا¹، فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد البيع مولودا نكرا اعتبر الابن وارثا ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وان كانت تعتبر وارثة وقت البيع، كذلك تقدر قيمة المبيع لمعرفة نسبة الثمن إليها وقت الموت لا وقت البيع².

في حين يرى الأستاذ محمد حلمي أن يعمل بالرأيين بحسب ظروف الأحوال، فان تبين أن البائع كان يقصد الإحلال بالتوريث وإيثار بعض الورثة رد على المورث قصده واعتبرت الصفة وقت الموت وإلا فلا، ولنعرض فيما يلي أهم تصرفات المريض مرض الموت، وهي البيع والهبة، والوقف.

(1) عرف الجمهور التركة بأنها ما يتركه الميت بعد موته من أموال وحقوق مالية أو غير مالية وسواء تعلقت بعين التركة كالديون الموثقة كالرهون مثلا أو بذمة الميت كالديون الشخصية، وحتى لا يحرم المستحقين أو يؤثر بعضهم على بعض الزيادة التي تقرها الشريعة فقد تولى الله بنفسه توزيع التركة على المستحقين بالعدل والحق والمصلحة التي يقدرها وحده من سواه سبحانه وتعالى، أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون المقارن، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص57، سعاد إبراهيم صالح، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، جمهورية مصر العربية، دار الضياء، 1991، ص180.

(2) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1987، ص315، سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص ص44،42، صاحب عبيد القتلاوي، المرجع السابق، ص ص221، 222، نبيل صقر، المرجع السابق، ص87، فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص386.

أولاً_ بيع المريض مرض الموت: لقد وضع المشرع الجزائري تنظيماً خاصاً لحكم بيع المريض مرض الموت، فنصت المادة 408 من القانون المدني على ما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"¹.

تجدر الإشارة أن المشرع عندما نظم المواد المتعلقة بالبيع في مرض الموت والآثار التي تترتب على ذلك إنما قصد بيع المريض الذي فيه التبرع لأنه يفترض أن البيع حقيقته هبة مستترة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري، وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري أي البيع بغير ثمن أصلاً ولكن هذه القرينة البسيطة أو الفرض قابل لإثبات العكس، وقد علق الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري على هذا قائلاً: "ولا يقال أن البيع يكون باطلاً ويتحول إلى هبة صحيحة، بل العقد هبة مكشوفة رأساً"².

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً. وعلى المشتري لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه فعلاً دفع ثمن المبيع لا يقل عن قيمته فإن لم يستطع أن يثبت أنه دفع ثمناً ما

(1) ما يمكن ملاحظته بالنسبة لنص المادة أنها فرقت بين البيع لوارث والبيع لأجنبي، فجعل صحته في الحالة الأولى متوقفاً على إقرار بقية الورثة، أما في الحالة الثانية فجعله قابلاً للإبطال إما لأنه غير مصادق عليه كما جاء في النص العربي، وإما لعب في الرضاء كما في النص الفرنسي، بالإضافة إلى أن النص في النسخة الفرنسية أورد شرط لم يتضمنه النص العربي فاشتراط أن يتم البيع في فترة حدة واشتداد المرض، في حين أن هذا الشرط لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية وهي مصدر حكم البيع في مرض الموت، وأضاف النص الفرنسي عبارة لم ترد في النص العربي إذ تقول (يعتبر العقد قد حدث دون رضاء صحيح)، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 487، 488.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 635.

للمريض اعتبار هذا البيع هبة بغير ثمن وكان لها حكم الوصية لا البيع الجدي إذا كان مشتتلا على عناصر الوصية¹.

وعلى سبيل المثال لو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان، ولم يستطع المتصرف له إثبات واقعة دفع الثمن، وكانت قيمة التركة ضمنها العقار محل التصرف تبلغ ستة آلاف دينار، فإن التصرف يكون نافذا في حق الورثة دون أية حاجة إلى إجازة الورثة، بينما لو كانت قيمة التركة تبلغ ثلاثة ألف دينار، فإنه مع الفرض السابق تكون الدار محلا للتصرف قد جاوزت ثلث التركة وعليه لا بد من إجازتهم لذلك، أما إذا لم يجيزوا وجب على المتصرف له إعادة ما يفي بثلثي التركة²، لأنه من غير المعقول أن المشرع يقصد بإبطال ما زاد على الثلث في بيع حصل لأجنبي لا تربطه أية رابطة بالبائع ودفع له ثمن المثل بغير محاباة، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: "حيث وبمراجعة القرار المطعون فيه يستنتج أن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 408 من القانون المدني.

لكن حيث أن بعد الرجوع إلى نص المادة 408 من القانون المذكور أنها توضح، فإذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

(1) لا يكون الثمن جديا إذا كان ثمنا صوريا لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري بل ذكر مبلغا من النقود ليكون ثمنا حتى يسلم للبيع مظهره الخارجي ولأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع، وعلى هذا الأساس لا يجوز للمشتري التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمنا وذكر ذلك في عقد البيع، لأن هذا إقرار من مريض في مرض موته لا يعتد به، ومتى ثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعا ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصبح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية إلا في الحالات التي تشترط فيها الرسمية في الهبة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش رقم 4، ص 384، 385.

(2) علي كاظم الشناباني، المرجع السابق، ص 457.

حيث أن المادة 409 من نفس القانون تنص بأن لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على شيء المبيع.

حيث حسب عقد البيع أنه تم بحضور شاهدين وزوجة البائع التي فوض لها الأمر بقبض ثمن المبيع من مكتب التوثيق.

حيث لذلك فإن شروط البيع متوفرة ولا داعي لتطبيق المادة 408 من القانون المدني¹.

كما أنه من غير المعقول أن يرغم المشتري المريض على تكملة ما نقص من الثلثين بغير أن يكون في البيع غبن فاحش²، أما إذا كان التصرف الأصلي وهو البيع لا يشتمل على العناصر اللازمة لصحة وفعال الوصية فإنه يظل باطلا ولا يتحول إلى وصية³.

وعلى هذا الأساس فالبيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع وفي هذه الحالة يعتبر البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث⁴، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار ما دفع، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فإن البيع هنا أيضا يكون صحيحا نافذا في حق الورثة، ويستوي في

(1) قرار المحكمة العليا رقم 106193 المؤرخ في 1994/01/05، غير منشور، عمر بن سعيد، الاجتهاد الفقهي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، الجزائر، دار الثقافة مفدي زكريا، ص 138.

(2) لم يبين المشرع الجزائري سواء بالنسبة للتصرف في مرض الموت المنصوص عليها بالمادة 776 من القانون المدني، ولا في أحكام البيع في مرض الموت سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت. فهي عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة فالنصوص جاءت غامضة، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 41، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 233، 234، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 327.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 220.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 329، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، هامش رقم 09، ص 51.

ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث¹، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمنا مبلغا هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذا في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم، وهذا هو حكم الوصية ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث²، مثال ذلك لو أن المريض باع سيارة وكانت قيمتها عند موته أربعة آلاف وخمسمائة دينار بمبلغ ألفي دينار، فإن المقدار المحابي به يكون ألفان وخمسمائة دينار وهو يزيد عن ثلث التركة حيث أن ثلثها هو ألف دينار، وهذا يكون بحاجة إلى إقرار الورثة فإن البيع لا ينفذ في حقهم فيما يجاوز ثلث التركة³، وذلك حسب التفصيل الآتي:

1_ بيع المريض مرض الموت لوارثه: وفقا للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني فإن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه، فإن أقروه أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرام التصرف، وإن رفضوه يكون غير صحيح ويترتب عليه بطلان العقد وبهذا قضت المحكمة العليا التي جاء في قرارها: "من المقرر أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 329.

(2) إذا تعددت عقود البيوع الصادرة من المورث في مرض الموت اعتبر المشترون في حكم الموصى لهم، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخا أو تسجيلا. لان الشريعة الإسلامية لا تعرف نظام التسجيل، فضلا عن أن القانون لم يشترط التسجيل للاحتجاج به على الغير إلا في العقود الصادرة بين الأحياء، والوصية خارجة عن هذه العقود لأنها لا تنفذ إلا بعد الوفاة، ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضا في حكم الوصية فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضا للوصية الأولى، وإما نافذا معها في حدود ثلث التركة، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 706، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 329.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 456.

إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون¹.

لكن قد يحدث أن يقر بعض الورثة التصرف ولا يقره آخرون وفي حال أقر بعض الورثة البيع وبعضهم لم يقره وكان البيع يقبل التجزئة ينفذ البيع في حصص من أقره من الورثة، ولا ينفذ في حصص من لم يقر البيع بالنسبة إلى أنصبتهم، ويترتب على ذلك أن يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته².

وهذا الإقرار لا يكون معتدا به إلا بعد وفاة المورث لان صفة الوارث لا تثبت لأحدهم إلا بعد وفاة مورثهم، كما لا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه³.

والحكمة من هذا الحكم هي خشية أن يكون تصرف المريض مرض الموت في حقيقته تبرعا مستورا بعقد بيع وفي ذلك تفضيل لأحد الورثة عن باقيهم، فالبيع لو ارث البائع في أثناء مرض الموت يعتبر مخفيا لوصية⁴، وان البائع ما التجأ إلى البيع إلا للتهرب من شرط الإقرار، فاشتراط النص وجوب إقرار باقي الورثة حتى لو حصل في صورة عقد بمقابل، ومعنى الإقرار نفاذ هذا البيع في حقهم وأن العقد لم يعد موقوفا، فإذا لم يقروا بيع

(1) قرار المحكمة العليا رقم 62156 المؤرخ في 09 / 07 / 1995 ،المجلة القضائية ، العدد الرابع، 1991، ص 68.

(2) سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص46، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 706.

(3) يجب أن يكون الوارث المقر عاقلا بالغا رشيدا، وإلا فإنه لا يكون أهلا للتبرع ويقع إقراره باطلا بطلانا مطلقا، فلا يصح أن يكون الوارث المقر صبيبا، أو مجنونا أو محجورا عليه أو أن يكون هو نفسه مريضا مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة وراثته، محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة، 1993، ص ص 507،508.

(4) يرجع سبب البطلان إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تحيز الوصية لوارث إلا إذا أجازها باقي الورثة، إذ تنص المادة 185 من قانون الأسرة على ما يلي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 70.

مورثهم فان المال المبيع يعتبر عنصرا من عناصر التركة¹، وهو ما أيدته المحكمة العليا في قرارها: " من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة".

ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي آثاره الطاعن فانه استوجب النقض².

ما يمكن ملاحظته أن المشرع فرق بين إقرار الورثة للبيع ولم يقل بإجازتهم له وهو مصيب في ذلك لان الإجازة تلحق التصرف _ العقد _ القابل للإبطال وتصدر من أطراف التصرف ولا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا كما هو الأمر في عقد البيع في مرض الموت، وبذلك يكون قد تقادى الخط بين الإجازة والإقرار فلفظ الإجازة يعبر عن التصوير الشرعي ولا تكون الإجازة إلا من طرف في التصرف، أما لفظ الإقرار فانه يعبر عن تصوير القانوني الوضعي³.

2_ بيع المريض مرض الموت لغير وارثه: نصت الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني على ما يلي: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك قابلا للإبطال"⁴.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 488.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 139123 المؤرخ في 1996/07/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1998، ص 80.

(3) نبيل صقر، المرجع السابق، ص90، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 573، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص88، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 573.

(4) يرى الأستاذ علي علي سليمان أن هذا التعبير "غير مصادق عليه" غريب عن أحكام القانون المدني، بل هو مصطلح غير قانوني لم تأت به جل التشريعات، أما النص الفرنسي فانه يبني أساس قابلية الإبطال إلى عيب شاب الرضا، والإشكالية تطرح في معرفة مصدر هذا العيب، ولهذا تطبيق هذه المادة يثير إشكالات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض

عند الرجوع إلى نص الفقرة المذكورة نرى أن المشرع الجزائري قد جعل البيع لغير وارث في مرض الموت قابلاً للإبطال ما لم يكون مصادق عليه، ونجد أن هذه الفقرة تتسم باللبس والغموض فلم يبين المشرع الجزائري هل أن البيع تم دون ثمن أصلاً أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذا كان فيه محاباة تجاوزت ثلث التركة، ولكل أحكام خاصة بها للمقارنة بين قيمة المبيع وتقدير التركة ونسبة الثمن إليها، كما لم تبين من له الحق في الإبطال، ولما كان حق الإبطال مقرر لمن شرع لمصلحته وحده، وفي حالتنا هذه هو المريض مرض الموت ولن يستطيع ذلك لوفاته، إذن فإن الإبطال غير ممكن بالنسبة إليه فلم يبق إلا الورثة الذين لهم حق ذلك.

ولما كان من المعروف أن من له حق الإبطال له أيضاً حق الإجازة أو التنازل عن حقه في الإبطال، فإن تصرف المريض مرض الموت يكون معلقاً على إجازة الورثة، وعلى ذلك يستوي أن يكون التصرف لوارث أو للغير. ولا نرى ما يدعو إلى التفرقة التي أوردها القانون بين التصرفين.

وعلى هذا يرى البعض من الفقه أنه من الأفضل أن تعدل المادة 408 من القانون المدني كما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث، فلا يكون البيع نافذاً في حق الورثة إلا إذا أقروه"، كما أُلح أيضاً الأستاذ علي علي سليمان على ضرورة إعادة النظر في نص هذه المادة، من أجل ذلك تم اقتراح تعديل صيغة المادة 408 الفقرة الثانية المنتقدة على النحو الآتي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الوارث"¹.

=الموضوعي وفي الأساس بين القانون المدني وقانون الأسرة، ولا يقع تطبيق المبدأ المعمول به القانون الخاص يقيد العام حائلاً ليلاقى هذا التناقض ولأجل هذا يعتبره فقهاء القانون الخاص نصاً معيباً، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 90.

(¹) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص ص 93، 90.

وبهذا يستقيم التعديل ويتفق حكم القانون المدني مع قانون الأسرة، وإذا كان التقنين المدني لم يبين المدة التي يجب خلالها رفع دعوى الإبطال لذا يجب إعمال القواعد العامة في هذا الشأن¹.

والأصل أنه يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغير يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين، فإذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغير فاحش نقصا في الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله، فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يكون محلا للطعن، و يخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع².

أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا بأن باعها مثلا إلى شخص آخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية، أي لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقا فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع فنص المادة 409 من القانون المدني يحميه من هذا التتبع والاسترداد³، ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض، أما إذا كان المشتري سيء النية، كأن

(1) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 90،93.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 313.

(3) أشار الفقه إلى البيع في مرض الموت إذا لم يكن للبائع ورثة، ولم يكن عليه دين نفذ ما باع لغير وارث سواء أجازها بيت المال أو لم يجزها، وذلك لأن الحكمة التي توختها الشريعة في قصر البيع في الثلث لغير وارث هي لكي لا يترك الورثة عالة يتكفون الناس، ولذا لا يصح لبيت المال أن يطعن في عقد البيع الصادر من الزوج للزوجة في مرض الموت بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة، بما أن الشريعة الإسلامية تجيز في هذه الحالة الوصية للزوجة وتجعلها مقدمة على حقوق بيت المال، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 79.

أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض فلا يجوز له أن يطالب بالحماية¹.

وواضح من المادة 776 من القانون المدني أن جميع تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية²، وقد أدرج المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة فقد نصت المادة 184 منه على ما يلي: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع"³، ثم جاءت المادة 185 من نفس القانون محددة الجزء الموصى به من التركة ووضعت حكما لما بقي من التركة⁴.

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص 92، 93، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 78.

(2) الشريعة الإسلامية تفترض دائما الوصية في تصرفات المريض مرض الموت وقد استمد القانون الوضعي منها أحكام هذه التصرفات، حيث أن الوارث عليه فقط إثبات مرض الموت، ويترتب عليه حتما افتراض الوصية بغير تقديم الدليل عليها، ويرون قبول الدليل على عكسها فحالة مرض الموت ليست حالة استثنائية بل هي تطبيق للفائدة العامة، وهي أن الوصية يجب أن تأخذ حكمها مهما حاول المورث سترها بإعطائها أي اسم آخر ووضعها في صورة تصرف منجز حال الحياة فمثل هذه التصرفات لا يملك الورثة حق الطعن فيها، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 80.

(3) إن استعمال مصطلح "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعا وشاملا لكل أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره، فهي بذلك تشمل التملك، والإسقاط، وتقرير مرتبات، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض، والوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات، أما المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي، بالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة لأن الهبة تمليك بلا عوض في الحال كأصل عام، وعرفها الأستاذ علي علي سليمان الوصية بأنها: "تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت" وهو تعريف شامل استخدم فعل "يضاف" بدلا من كلمة "مضاف" التي استعملها التشريع الجزائري مؤكدا بذلك على الأثر المستقبلي لنفاذ الوصية، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 61، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 221، عبد الحميد محمود النبطي، المرجع السابق، ص 18.

(4) أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 57، سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 180.

فالمشرع المدني الجزائري عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت سواء كانت معاوضة أو تبرعا فاعتبره وصية مستترة¹، وإن كان هذا الفرض قابلا لإثبات العكس، فالعبرة إذن بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله والمعروف أن هذه المسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاضي الموضوع، لأن التصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة، أما إذا كان التصرف في ظاهره معاوضة وادعى أحد الورثة أنه تبرع، وأثبت ذلك بالطرق المخولة قانونا سرت أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت². وحتى يمكن الحكم على تصرف أنه وصية يجب أن يتوافر فيه الشرطان الآتيان:

(أ) _ أن يكون تصرفا صادرا في مرض الموت: من الواضح أن كلمة "تصرف" تتسع للتبرعات والمعاوضات لأنها كلمة عادية، ولذلك فالنص لا يقتصر على البيع بل يشتمل كل تصرف قانوني صدر من الموروث ومهما كان هذا التصرف والاسم الذي أعطى له من أطرافه، فيجب أن يصدر التصرف في مرض الموت وهو المرض الذي يتصل بالموت فعلا، والذي تتوفر فيه شرطان:

أولهما: أن يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الهلاك.

ثانيهما: أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق ونحوه.

(1) وفي نفس السياق نصت الشريعة الإسلامية على تحول القرض إلى وصية ، فلو أقرض رجل دراهم وقال: "إذا مت فأنت في حل"، كانت وصية، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 221، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 18 .

(2) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 58، محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص 78. نبيل صقر، المرجع السابق، ص 134، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 65.

ويلاحظ أنه متى أثبتت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت، وأصبحوا من الغير في هذا التصرف، فلا يسري في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه.

(ب)_ أن يكون القصد من التصرف هو التبرع: فقد يحدث العكس ويتضح أن التصرف وان كان قد صدر في مرض الموت فان المورث قبض مقابل لما تصرف، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فان كان الثمن لا محاباة فيه فان البيع ينفذ في حق الورثة، وتسري عليه أحكام عقد البيع، ولكن إذا كان في هذا المقابل محاباة للمتصرف إليه كأن يبيع بثمن أقل من قيمة المبيع، فان هذا القدر المحابي فيه هو الذي تسري عليه أحكام الوصية، فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية¹.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فانه يعد صدر تبرعا، لان المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله، فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها، فلا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي إلا إذا كان عن طريق الوصية بقيودها المعروفة².

(1) وهذه حماية من المشرع للورثة في تركة مورثهم بل أنه أقر أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه طبقا لنص المادة 92 الفقرة الثانية من القانون المدني التي تنص: "...غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا"، وقد تم الإشارة إلى ذلك سابقا، وكفل للتركة حماية جزائية بتجريمه الاستيلاء على أموال التركة طبقا لنص 363 الفقرة الأولى من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 3000 دج الشريك في الميراث أو المدعي بحق في التركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء قبل قسمته..."، محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 5.

(2) وفقا للقواعد العامة عند صدور وصية لاحقة لوصية سابقة، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة فإنها تتحول إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 169.

وكان ينبغي أن يجوز ايضائه لوارث بالثلث أو ببعضه، كما جاز لغير الوارث لان الثلث أصبح خالصا له فلم يتعلق به حق الورثة، إلا أن الشارع منع ذلك نفيا لتهمة إيثار بعض الورثة على بعضهم ودفعاً للمضرة لا وصية لوارث امتثالاً للحديث النبوي الشريف: "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"¹، وهذا فيه حماية للورثة من التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت، والتي تتطوي في الحقيقة على اعتداء على حق الورثة من الغير، والحال أن الوارث يتلقى حقه من القانون المستمد من الشريعة الإسلامية التي أقرت له هذا الأخير.

غير أن للمريض المورث حقوقاً تتعلق بماله وبحاجته الشخصية وغيرها، هناك ضرورة تدفعه إلى التصرف في ماله فوجب إذن أن تراعي حاجاته الشخصية، وأن تراعي حقوق الدائنين والورثة، ولذا كانت عقودهم وسائر تصرفاته الشرعية خاضعة لهذين العاملين، فإن كان التصرف لحاجته الخاصة أو يتصل بها، كان جائزاً وخارجاً عن دائرة المنع، ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة، ومالا يعتبر من الحاجات الشخصية، وفيه مساس بحقوق الدائنين والورثة فهو باطل ومحل للمنع حتى يقره الدائنون أو الورثة.

وقد اختلف الفقه في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت، فيرى بعضهم أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، ويرى آخرون أن حق الملكية إنما يكون عند الموت مستنداً إلى وقت بدء المرض، ويرى فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس ملكية، بل هو حق خلافة لوارث، وأياً كانت طبيعة حق الورثة، فإنه حق يقيد من تصرف المريض².

(1) محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص 79.

(2) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 59، 60.

ثانياً_ هبة المريض مرض الموت: عقد الهبة هو عقد تملك الإنسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض في الحال كما يطلق عليه لفظ الصدقة على الهبة التي يراد بها وجه الله، وهبة التودد التي يراد بها التودد والمحبة أي يقصد بها وجه المخلوق¹، وهبة الثواب على هبة العوض²، واعتبرها المشرع في المادة 202 من قانون الأسرة بأنها: "الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالقيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط"³.

والهبة تعتبر من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضرراً محضاً، لذلك يحيطها المشرع المدني بضوابط هامة فاعتبرها العقد العيني الوحيد، واشترط الرسمية لانعقادها فنصت على ذلك المادة 206 من قانون الأسرة⁴، بمعنى أن الهبة لا تتم بموجب عقد عرفي¹، كما ضبط المشرع الأحكام المتعلقة بأهلية المتبرع².

(1) وعرفها الفقه المالكي بما يلي: "هي التبرع بالمال فيحال الحياة وهي مستحبة منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها" وعرفها أيضاً بأنها: "تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة، وصحت في كل مملوك .."، محمد بن أحمد تقيّة، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، القليعة، الجزائر الديوان الوطني للأمناء التبروية، 2003، ص 16.

(2) الفرق بين الهبة والصدقة، أن الهبة للمواصلة والوداد، والصدقة لا يتبعها الثواب عند الله تعالى، محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب مالك، في جميع العبادات والمعاملات والميراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الندوة، 2001، ص 132، 133، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 14، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 292.

(3) الهبة في الأصل دون عوض غير أن هناك حالات يكون التصرف من قبيل الهبة، ويكون مقابل عوض فإن كان العوض نقدياً أو التزاماً فإن التصرف يلتبس بعقد البيع خاصة إذا كان العوض نقدي كبيراً بحيث يقترب من ثمن الشيء الموهوب ولذلك يرجع دائماً إلى نية المتصرف، وهذه الأخيرة هي مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع في تقديرها ولا يخضع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض، والهبة إذا كانت بشرط العوض يصح العقد ويتحول إلى بيع، فيثبت فيه الخيار والشفعة ويلزم قبل القبض ويرد بالعيب وخيار الرؤية، ويقول الكمال بن الهمام: "وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض"، سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص 42، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 14.

(4) نصت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود بطلت الهبة"، وتعتبر نية التبرع ميزة خاصة في عقد الهبة وكذلك الشكلية والعينية في عقد الهبة صفتان وضمانتان تخول للواهب نفسه والورثة من خلال سهولة علمهم وإحاطتهم بها، من تبصر من مغبة إقدامه عليها لأنها تحمل من معنى تجريد الوارث من مال كان سيؤول إلى التركة، كما اعتبر المشرع الحيازة أي تسليم المال الموهوب إلى الواهب ركن في الهبة أي الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض، وعند الإمام مالك تتم الهبة وتلزم بإيجاب الواهب ويستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم، فينتقل إليه

فالأصل إذا كان الواهب صحيحا وكان أهلا للتبرع جاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له، أم فرعا، أم قريبا أو أجنبيا ولو كان مخالفا لدينه، وله إمكانية أن يفصل بين الحق العيني وحق الانتفاع والدين لدى الغير، فله أن يهب حق الرقبة دون حق الانتفاع، أو يهب حق الانتفاع بعين دون حق الرقبة، ويستطيع أن يقسم الهبة فيهب لشخص هبة العين، ويهب لآخر حق الانتفاع ويهب العين كحق رقبة، أي أنه يحق أن يحتفظ الواهب بحق الانتفاع من غير أن ينقلب العقد وصية، فالمبدأ هو إطلاق الهبة وهو ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

غير أن الجدل قائما حول نصاب الهبة³، حيث يرى بعض الفقه أن الهبة لا تصح أن تتجاوز حد النصاب الذي يحق للواهب أن يتصرف فيه قياسا على الوصية، ويرى البعض الآخر من الفقه أنه يجوز التصرف بطريق الهبة خارج مرض الموت دون تقييد التصرف، ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه، بمعنى أنه لا تقييد حرية التصرف بالهبة إلا في مرض الموت وعلى ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب المال له أن يهب من المال ما شاء حتى ولو جرد أولاده من احتمال

=المالك بالقبض ولو قبض بغير إذن الواهب صح وانتقل الملك له، وعند الشافعية والحنابلة لا تصح الهبة إلا بالإيجاب والقبول، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة، والقروض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة الجديدة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار نهضة العربية، 2011، هامش رقم 1، ص 5، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 25، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 218.

(1) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 52.

(2) ما يلاحظ أن المحكمة العليا في هذا القرار اتخذت موقفا صريحا في التفرقة بين الدفع بمرض الموت والدفع بسلامة عقل المتصرف بما في ذلك الدفع بعيوب التراضي، قرار المحكمة العليا رقم 41111 المؤرخ في 05/05/1986 غرفة الأحوال الشخصية غير منشور.

(3) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 107.

استحقاقهم للميراث، إذ الثابت أنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة، لكن رغم ذلك لا تصل حرية الشخص إلى تقسيم تركته حال حياته¹.

ويبدو أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب كونه وضع رغم إطلاق حرية التصرف في الهبة استثناء بتقييدها إذا كان الشخص في مرض الموت، فهو قيد من حرية هذا الأخير قصد حماية حق الورثة وعدم الإضرار بهم.

لكن إذا كان الواهب مريض مرض الموت فتسري أحكام الوصية على هبته، و نصت على هذا الحكم المادة 204 من قانون الأسرة جاء فيها: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"².

بادئ ذي بدء نرى أن المشرع أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة، ولعل هذا الوصف هو حكم غريب يحتاج إلى تفسير من قبل القضاء من خلال الاجتهاد³.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 218، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 99.

(2) لقد اختلف الفقهاء المسلمون في الهبة في حال المرض، فقال الجمهور أنها في ثلثه تشبيها بالوصية أي الهبة التامة بشرطها، فعلى قول الجمهور - وهو المعمول عليه- إذا كان الواهب مريض مرض الموت فتعطي هبته حكم الوصية، وذهب فقهاء الحنفية إلى الهبة التي تعطي حكم الوصية التي تعقد تامة في مرض الموت أي التي يتحقق فيها كل شروطها، فإذا وهب المريض هبة لآخر ولم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب تكون باطلة، كما تبطل لو أن الواهب كان صحيحا، ولا تتقلب إلى وصية لأن الواهب أراد التملك في الحال لا بعد الموت، أما الإمام مالك فيعتبرها كالوصية بدليل أنها تعتبر من الثلث فسواء قبضت أو لم تقبض لا تبطل بالموت، والمذهب المالكي هو المعمول به في الجزائر، وقال ابن أبي ليلى تجوز غير مقبوضة لأنها وصية، فالوصية تتأكد بالثلث قبضت أو لم تقبض ولا تبطل، فكذلك الهبة في المرض لأن هذا المرض سبب الموت وجعل ما يبشره المريض في الحكم الثابت بعد الموت، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 218، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 99، فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 412، 413.

(3) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 53.

ومما تقدم التطرق إليه يمكن أن نميز بين حالتين فيما يخص الهبة:

1_ قيمة الشيء الموهوب لا تزيد عن الثلث: إذا لم تزيد قيمة الشيء الموهوب عن ثلث التركة بما فيها قيمة المبيع ذاته، وكانت الهبة موجهة لغير الوارث صحة الهبة وبالتالي تصبح نافذة في حق الورثة. أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تأخذ حكم الوصية، وعليه فإن هذه الأخيرة لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة.

والسبب في هذا الحكم هو ألا يتأذى بعض الورثة من إيثار بعضهم الآخر، الأمر الذي قد يؤدي إلى اختلافهم وتنازعهم¹. فإذا وهب المريض هبة لآخر ولم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب فإن الهبة تكون باطلة كما كانت تبطل لو أن الواهب كان صحيحاً وتقلب وصية.

2_ قيمة الشيء الموهوب تزيد عن الثلث: إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد عن ثلث التركة، في هذه الحالة تصح الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث، أما ما جاوز الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوا وجب على الموهوب له أن يرد على التركة ما جاوز الثلث، وإذا تصرف الموهوب له بالقدر الزائد عن الثلث إلى الغير فإن هذا التصرف لا يكون باطلاً ولا يكون قابلاً للإبطال، بل هو غير نافذ في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقاً للقواعد العامة، أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية وتطبق جل هذه الأحكام إذا لم يكن الواهب مديناً، لأنه إذا كان مديناً فلا تنفذ الهبة إذا كان دينه مستغرقاً لكل تركته، سواء كان الموهوب له وارثاً أو غير وارث إذا لم يكن الدائنون أجازوها، ويشترط إجازة الورثة في القدر الزائد عن ثلث التركة، أما إذا كان دينه غير مستغرق لتركته فيكون حكم الباقي من الديون، كهبة التركة إذا كانت خالية من الدين².

(1) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 218، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 99.

(2) فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 416، 415.

ويرى بعض الفقه أن حكم التصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت، ومنها الهبة تعتبر من تطبيقات نظرية تحول العقد كون هذه التصرفات تأخذ حكم الوصية.

ولا يتفق مع هذا الرأي الأستاذ إياد محمد جاد الحق الذي يرى أن نظرية تحول العقد وجدت كأثر عارض للعقد الباطل الذي يستجمع عناصر عقد آخر فيتحول إليه، أما هبة المريض مرض الموت فلا تعتبر باطلة بل هي غير نافذة في مواجهة الورثة إذا تمت خارج الحدود المسموح بها قانوناً، وعدم النفاذ كجزء يرد على العقد الصحيح وليس على العقد الباطل¹.

ثالثاً_ وقف المريض مرض الموت: الوقف هو تصرف المريض مرض الموت في عين ماله على طريق التبرع، وذلك باعتبار العين قد خرجت من ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى، ولكن القانون المدني لم يأت بأحكام الوقف في مرض الموت، وقد أدرج الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع بقانون الأسرة الجزائري في المواد من 213 إلى المادة 219 منه².

ومعنى هذا أن الوقف تبرع، وبما أنه صادر من الواقف في مرض الموت فإنه بناء على نص الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني، والمادة 215 من قانون الأسرة تسري عليه أحكام الوصية³.

(1) إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 538.

(2) عرف الفقهاء المسلمين الوقف بأنه: "هو تصرف من المريض في عين ماله على طريق التبرع"، فقد اعتبروا الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية باعتباره من ثلث المال لأنه تبرع، فاعتبر كالهبة لان كليهما تبرع منجز، فإذا وقف المريض مرض الموت لأجنبي فإنه يعتبر من الثلث مثل الوصية، ولا يتوقف على رضا الورثة إلا إذا زاد على الثلث فإنه لا يصح وقف هذا الزائد إلا بإجازتهم ، محمد يوسف الزغبي، المرجع السابق، ص 510.

(3) جاء في المادة 215 من قانون الأسرة ما يلي: "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب عليه للمادتين 204 و205 من هذا القانون".

إذن فوقف المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية ويصح أن يكون الوقف على ورثة أو غير ورثة، فإن أجازوه نفذ في الرقبة والمنفعة، وإن لم يجيزوه بطل الثلثين ونفذ في الثلث بالنسبة إلى العين والغلة ولو كان الوقف على وارث¹.

والذين لهم حق إجازة الوقف في الزائد على الثلث هم كل الورثة المستحقون للتركة أيا كان سبب توريثهم ولهم حق الاعتراض أيضا، سواء أكانوا من أصحاب الاستحقاق الواجب أصولا بأي درجة كانوا أو فروعا، وهم الوالدين والذرية الوارثة أو أحد الزوجين أو كانوا حواشي لأن سبب اعتراضهم تعلق حقهم بالميراث الشرعي بالتركة وقت المرض، فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بطل، وإن أجازوه البعض دون البعض نفذ في حق من أجازوه، وبطل في حق من لم يجزه².

ومدى اعتراضهم أن يبطل الوقف الزائد على الثلث، ولا يتحول الاستحقاق إليهم بل يبطل الوقف في أصله وغلته. كما يترتب على ذلك أيضا تعلق حقوق الدائنين بمال المريض وقت نزول المرض به وقبل حصول الوفاة بالفعل، ومحافظة على حقوقهم وحتى لا يتصرف المريض في ماله تصرفا يؤدي إلى ضياع الحقوق، ولبيان أحكام الوقف في مرض الموت أكثر يجب التفريق بين الوقف المنجز حال الحياة أو مضاف إلى ما بعد الموت كالاتي:

(1) عرف أن المراد بثلاث التركة إنما هو ثلث جميع مال الواقف عند الموت، بحيث لو ظهر له مال كان غير معروف فانه يعتبر من ضمن التركة، وعلى هذا إن أبطل الوقف في الثلثين ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث، فإن كان قائما بعينه في يد الورثة يصير كله وقفا، وإن لم يكن بأن باع الوارث مثلا فلا ينقض بيعه، ولكن يؤخذ منه قدر ما باع ويشترى به أرضا أخرى فتوقف مكانها، ولو باع بعض الورثة دون البعض فما لم يبيع وقفا وما يبيع يشترى بقيمته أرض وتوقف، محمد يوسف الزغبى، المرجع السابق، ص510.

(2) ورد في الفتاوى الهندية عن الوقف في مرض الموت قوله: "الوقف في مرض موته كهبة فيه"، أي في مرض الموت أقول: إلا أنه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لا يبطل أصله، وإنما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض فيصرف على قدر مواريتهم عن الوقف ما دام الموقوف عليه حيا، ثم يصرف بعد موته إلى من شرطه الواقف لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لو ارث ليبطل أصله بالرد، نص عليه هلال رحمه الله تعالى فتنبه لهذه الدقيقة شرنبلالية وقدما تمام الكلام (قوله: من الثلث القبض)، ويشترط فيه ما يشترط فيها من القبض والإفراز، الهمام مولانا الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، الجزء الرابع، فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر، ص397، نبيل صقر، المرجع السابق، ص122.

1_الوقف المنجز في الحياة: الوقف المنجز حال الحياة ينفذ بمجرد صدوره من الواقف، ويجوز أن يكون في المال كله أو في نصيب معين وفقا لرغبة الواقف كما لو قال (وقفت مالي كله وقدره كذا أو مبلغ معين على أعمال الخير أو البر وقفا منجزا) وللواقف أن يرجع عنه ما دام حيا¹.

ووقف الصحيح لا يعترض عليه إلا أصحاب الاستحقاق الواجب إذا تجاوز الوقف الثلث، ويعترضون عليه بمقدار استحقاقهم في الثلثين، ومدى الاعتراض ألا يبطل الوقف بل يأخذون استحقاقا في الوقف يعادل مقدار أنصبتهم ميراثا، أي توزع الغلات في الثلثين بنسبة ميراثهم، وما يستحقون ميراثا يأخذون نظيره غلة أو استحقاقا².

2_الوقف المضاف إلى ما بعد الموت: الوقف المضاف إلى ما بعد الموت وهو ما ضمن الواقف صيغته ما يفيد تأجيل نفاذ وقفه إلى ما بعد وفاته (كما لو قال بأني وقفت ثلث مالي من بعد عيني لينفق من ريعه على وجوه الخيرات)، وهو ما جاء في المادة 214 من قانون الأسرة: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته ، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية"³.

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 122، صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 300.

(2) يرى فقهاء المذهب المالكي أن المريض إذا وقف على بعض الورثة كان حكم ذلك حكم الوصية، فليزم لنفاذه إجازة باقي الورثة فان لم يجيزوا بطل الوقف كلية، والى ما ذهب إليه مالك هذا ذهب الشافعي، ودليليهما أن الوقف تبرع كالوصية فيأخذ حكمها، والوصية لو ارث لا تجوز ما لم تجز الورثة فالوقف كذلك، في حين يرى الفقه الحنفي أن: "الوقف لا يبطل من أصله بسبب عدم الإجازة ، وليس فيه تملك الرقبة للوارث أو لغيره بل تملك المنفعة"، كما أنه يوجد للغلة مستحقون بعد من وقف عليه من الورثة وغيرهم وأن اختلف توزيع الغلة تبعا لإجازة الورثة، وتمليك المنفعة ليس مقصورا على الموقوف عليه بل يكون من بعده إلى جهة البر التي عينها الواقف مالا لوقفه أو الفقراء، محمد يوسف الزغبى، المرجع السابق، ص 510.

(3) وقال الشيخ الإمام ابن الفضل: "الوقف على ثلاثة أوجه إما في الصحة أو في المرض أو بعد الموت، فالقبض والإفراز شرط في الأول كالهبة دون الثلث لأنه وصية، وأما الثاني كالأول وان يعتبر من الثلث كالهبة في المرض". وذكر الطحاوي أنه كالمضاف إلى ما بعد الموت، وذكر السرخسي أن الصحيح: أنه كوقف الصحة حتى لا يمنع الإرث عند أبي حنيفة، ولا يلزم إلا أن يقول في حياتي وبعد مماتي، إياك محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 538.

فان كان ما وقفه لا يزيد على الثلث نفذ الوقف في حدود الثلث وتوقف فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة فان أجازوه نفذ، وان لم يجيزوه بطل، وان أجازه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازه وبطل في حق من لم يجزه إلا أنه لا يبطل في أصله.

المطلب الثاني

تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشئ للالتزامات

إن الإنسان حرفي التصرف فيما يملك كيف ما شاء¹، وعلى الغير احترام هذه الحرية، وحتى يقع البيع صحيحا يجب أن يكون البائع مالكا للمبيع، إلا أنه قد نجد شخصا يتصرف في غير ملكه كأن يبيع الحاضر أموال الغائب، وهذا ما يؤدي إلى وقوعنا في مشكلة بيع ملك الغير²، هذه الأخيرة تعتبر من المواضيع التي أسالت الحبر سواء لغموض أحكام بيع ملك الغير أو للاختلاف في تأصيله. وبيع ملك الغير يتعارض مع الناحية المنطقية بل والقانونية مع القول الفقهي " فاقد الشيء لا يعطيه"، وتبدو المشكلة أعظم إذا علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر العقاري المطبقة على البيوع تعارض بيع ملك الغير بما فيها المشرع المدني الجزائري، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن هذا النوع من البيوع كثير الوقوع في الحياة العملية، لذا خص المشرع بيع ملك الغير بمواد خاصة إلا أنها بقت في حقيقة الأمر قاصرة في أحكامها غامضة في فحواها، وتنص المادة 397 من القانون

(1) تنص المادة 674 من القانون المدني: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء شرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

(2) يقصد ببيع ملك الغير ذلك البيع الذي يرد على شيء معين بالذات غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري حيث يشترط لكي تنتقل ملكية المبيع في الحال إلى المشتري أن يكون البائع مالكا له، ويعرف الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بيع ملك الغير ب: " أن يبيع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه ". ويقصد بالغير في العقود غالبا الأطراف غير المتعاقدة أي الأشخاص الذين لم يكونوا طرف في العقد، غير أنه وفي هذا النوع من البيوع الخاصة يقصد بالغير المالك الحقيقي، فهو أجنبي على هذا العقد لأنه لم يكن خلفا عاما ولا خلفا خاصا، ولا من الدائنين فإنه لا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصا به ومملوكا له، أن العقد غير ساري المفعول في حقه، يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 54.

المدني على أنه: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري"¹.

وواضح من هذا أن بيع ملك الغير في ظل القانون المدني الجزائري هو بيع باطل بطلاناً نسبياً أو بيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وتوضح ذلك عبارة: "فلمشتري الحق في طلب إبطال البيع".

وقد اختلفت التشريعات بشأن بيع ملك الغير، فهناك تشريعات اعتبرت بيع ملك الغير بيعاً صحيحاً، في حين هناك تشريعات أخرى ترى أنه بيعاً باطلاً، وحتى التي قالت بالبطلان فقد اختلفت بشأن طبيعة هذا البطلان حيث ثار جدل ونقاش فقهي بشأنه، يرى بعض الفقهاء أن بيع ملك الغير عقد باطل بطلاناً مطلقاً، ويرى البعض الآخر من الفقهاء أنه عقد باطل بطلاناً نسبياً حسب التفصيل الآتي:

(1) بيع ملك الغير يختلف عن إيجار ملك الغير الذي يصدر من شخص لا يملك العين المؤجرة، وليس له حق الانتفاع بها، ولا حق إدارتها ويكون صحيحاً فيما بينه وبين المستأجر، ولما كان في عقد الإيجار لا يوجد نص تشريعي خاص فقد وجب الرجوع في شأنه إلى القواعد العامة، وهذه تقضي بأن إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر ويختلف الإيجار عن البيع في هذا الصدد بأن البائع لا يستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا فكان البيع الصادر منه قابلاً للإبطال، أما المؤجر فليس هناك ما يمنعه من أن يلتزم بتسليم عين لا يملكها وليس له حق الانتفاع بها ولا حق الإدارة إلى المستأجر، ومن أن يمكنه من الانتفاع بها طول مدة الإيجار. وما دام المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر فليس لهذا الأخير أن يطلب إبطال الإيجار ولا فسخه، فالإيجار صحيح غير قابل للإبطال، والفسخ لا يكون إلا إذا تعرض المالك. ومن ذلك تمكن مقابلة بيع ملك الغير بإيجار ملك الغير، فالاثنتان يتفقان في أنهما لا ينفذان في حق المالك الحقيقي ولكنهما يختلفان في أن الأول قابل للإبطال فيما بين المتعاقدين أما الثاني فصحيح فيما بينهما، ويقال في بعض الأحيان أن إيجار ملك الغير باطل بالنسبة للمالك الحقيقي، ويقصد بذلك أن الإيجار لا ينفذ في حقه، ومن ثم يستطيع أن يسترد العين المؤجرة من تحت يد المستأجر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، المجلد الأول، الإيجار والعارية، المرجع السابق، ص 66، 67.

أولاً_ حكم بيع ملك الغير وفقاً لنظرية البطلان: نتيجة للخلاف الحاصل لدى الفقه بخصوص طبيعة بيع ملك الغير، ونتيجة لعدم وضوح النصوص القانونية التي عالجت هذا الموضوع ومنها نص المادة 397 من القانون المدني، حيث يلاحظ على هذه المادة أنها اقتصر في حكمها على بيع ملك الغير بكونه قابل للإبطال دون تفصيل في ذلك أي أنها جاءت غامضة وقاصرة في تنظيمها، والحقيقة أن هذا القول يتعارض مع أحكام البطلان النسبي، حيث يعتبر العقد صحيحاً مرتباً لجميع آثاره حتى تقرر بطلانه، بينما في بيع ملك الغير فالأمر مختلف تماماً، حيث أن البيع لا ينقل الملكية الأمر الذي يفهم منه بأن هذا البيع لا ينتج آثاره وبالتالي فإن النص يتعارض مع أحكام البطلان النسبي، هذا الغموض جعل تضارب عدة آراء فقهية في هذه النقطة، حيث تعددت آراء الشراح واختلفت مذاهبهم اختلافاً كبيراً، ومنها ذهابهم إلى عدة اتجاهات في مسألة تأصيل هذا النص وهو ما سنتولاه تباعاً:

1_ نظرية الفسخ: نتيجة للإبهام الوارد في النص الذي عالج بيع ملك الغير فقد قال جانب من الفقه أن الجزاء المترتب على بيع ملك الغير هو الفسخ، واستدلوا في ذلك بالمادة 119 الفقرة الأولى من القانون المدني¹، ففي العقود الملزمة لجانبين إذا قام أحد الأطراف بتنفيذ التزامه وبقي الطرف الثاني دون تنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض²، فإذا تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري، كما لو حمل المالك على الإقرار أو تمكن هو من اكتساب الملكية ونقلها بعد ذلك إلى المشتري فلا يكون ثمة محل لأن يطلب المشتري الفسخ³، يضاف إلى ذلك أن تكييف نظام معين يجب ألا يؤخذ من

(1) تنص المادة 119 الفقرة الأولى من القانون المدني: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

(2) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 54.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 714، يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 55.

تسميته بل ينظر إلى القواعد التي تحكمه، والنظر إلى قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه بلا أدنى تردد إلى نطاق نظرية الفسخ، ولذا يجب أن يكيف كذلك دون أن تقعد التسمية الواردة في النصوص في منتصف الطريق، لذلك فإن دعوى المشتري هنا ليست إلا دعوى فسخ لعدم التنفيذ¹.

ومن ثم فإن بيع الغير لا يمكن وصفه بالبطلان كونه لا ينسجم مع أحكام البطلان المطلق²، ولا مع أحكام البطلان النسبي³، حيث أنه مقرر لمصلحة المشتري وحده الأمر الذي قد يدفع إلى اقترابه من مظاهر البطلان النسبي، ذلك أن المشتري هو الذي يملك حق طلب الإبطال لوحده، في حين أن المالك الحقيقي لو أقر البيع صح وزال البطلان وعليه لا يحق للمشتري طلب الإبطال، وهذا الأمر لا ينسجم مع أحكام البطلان النسبي كون أن المالك الحقيقي هو شخص غريب عن العلاقة العقدية التي تربط بين المشتري والبائع لمال غيره⁴.

وهذا الرأي يؤدي إلى القول أن بيع ملك الغير صحيح، وليس أدل على ذلك من أن أنواعا كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية، ومع ذلك فهي صحيحة وفقا للقواعد العامة كبيع الأموال المستقبلية وبيع المثليات... الخ⁵.

ويرد الأستاذ سليمان مرقس على هذا الرأي بأن قواعد الفسخ تقضي أنه لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد اعذار المدين، في حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشتري أن يطلب

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 145.

(2) يوسف رحمان، المرجع سابق، ص 57.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 146، يوسف رحمان، المرجع سابق، ص 62.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 535.

(5) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 55.

الإبطال دون اعذرا البائع¹، والذي نصت عليه المادة 119 من القانون المدني، وبدوره يتعارض مع المادة 397 من القانون المدني التي تعطي المشتري طلب الإبطال دون اعذرا البائع وبالتالي لا يكون جزاء بيع ملك الغير هو الفسخ²، وعليه لا يجوز مخالفة صراحة النص حيث لا جدال في معرض النص، والبطلان أمر يختلف عن الفسخ من حيث الأحكام والآثار³، كما أنه لو كان الجزاء هو الفسخ فحسب لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، ولما استطاع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى⁴.

وهناك من يرى بأن قواعد الفسخ من الممكن تطبيقها على صورة من صور بيع ملك الغير وليس جميع الصور، وهي الصورة التي يكون فيها المشتري يعلم بملكية المبيع للغير⁵.

2_ نظرية البطلان المطلق: على النقيض من الاتجاه الأول الذي يرى أن الجزاء المترتب على بيع ملك الغير إنما هو الفسخ، فقد ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى القول أن بطلان بيع

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 741.

(2) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 56، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 276.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 536.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 146، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 276.

(5) أنور سلطان، جلال علي العدوي، العقود المسماة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتبة القانونية، دار المعارف، هامش رقم 1، ص 188، 189.

ملك الغير هو باطلا بطلانا مطلقاً¹، ويرجع إلى انعدام السبب²، أو استحالة المحل استحالة مطلقة³، وتخلف ركن السبب أو المحل يعني البطلان المطلق.

وهذا النوع من البيوع لا يترتب عليه أي أثر إذ أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية، ومادام البائع غير مالك فإن التزام المشتري لا يقابله شيء، أما استحالة المحل فتتمثل في عدم قدرة البائع في نقل الملكية للمشتري لأنه لا يملكه وفاقد الشيء لا يعطيه⁴.

كذلك يذهب هذا الرأي إلى القول أن إقرار المالك للعقد يفسر على أن إرادة المالك تقتزن بإرادة المشتري، وينعقد من اقترانهما عقد جديد، أما العقد الأول بين بائع ملك الغير والمشتري فقد وقع باطلا بطلانا مطلقاً⁵، والعقد الثاني بين المالك الحقيقي والمشتري فهو صحيح، ويركز هذا الفقه على أن بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقاً لاستحالة المحل

(1) هذا ما نصت عليه قرارات المحكمة العليا، قرار رقم 51734 المؤرخ في 17/02/1988، قرار 102057 المؤرخ في 09/06/1993، غير منشور، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص11، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 135.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 51.

(3) وفقاً للقواعد العامة يترتب البطلان المطلق على الاستحالة المطلقة التي تستحيل على الكافة لا الاستحالة النسبية التي تستحيل على البعض دون البعض الآخر. فهناك تناقض عند الفقهاء في أصل المسألة التي تؤدي إلى بطلان العقد فهناك فرق بين وجود المحل أو عدم استحالة وجوده الذي هو ركن في العقد تخلفه يؤدي إلى بطلان العقد، وأمر آخر وهو ملك المتصرف للمحل، فالمحل موجود أي أن شرط الانعقاد متوفر ولكن المتصرف لا يملك المحل لهذا اعتبر الفقهاء المسلمين أن شرط ملكية المحل هو ليس شرط انعقاد وإنما هو شرط نفاذ، فالعقد انعقد ولكن تعلق آثاره، أما الحكم بالبطلان لاستحالة تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فهذه الاستحالة التي تطرأ بعد الانعقاد فالعقد انعقد لتوفر طرفيه ومحله ولكن العقد المنعقد إن استحال تنفيذه يفسخ، ولا يمكن القول أنها استحالة مانعة ابتداء من الانعقاد حتى نحكم ببطلانه، ذلك أنه حسب القواعد الفقهية العامة فإنه يجب صيانة كلام العقلاء من العبث، وإعمال الكلام أولى من إهماله، فإبطال كلام العقلاء إذا توافرت شروط الانعقاد خلاف الأولى، والأولى تصحيحه حتى إذا تعذر التصحيح أبطل، أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص52.

(4) إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الأول، نظرية القانون، جمهورية مصر العربية، دار الوفاء للطبع والنشر، ص ص 77، 78.

(5) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص85، إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص95.

استحالة مطلقة كما سبق ذكره، وتبنى هذا الرأي الأستاذ سليمان مرقس حيث يرى أن استحالة المحل بالنسبة للبائع بحسب الظروف الخارجية المحيطة به، أي استحالة الأمر في ظروف محيطة بالمدين، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا¹، أما إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه خطأ البائع في بيع ما لا يملك، وليس أساسه العقد وفقا للمادة 124 من القانون المدني²، لان البائع هنا يعتبر مخطئا ببيعه ملك غيره وليس على أساس المادة 397 من القانون المدني فالعقد باطل بطلانا مطلقا، وهذا الأخير كما نعلم معدوم الأثر، وبالتالي لا يستطيع المشتري لملك الغير أن يطالب بالتعويض على أساس المادة المذكورة آنفا، أي على أساس الخطأ العقدي وإنما فقط له حق استرجاع الثمن الذي قدمه للبائع، أما المطالبة بالتعويض فتكون على أساس الخطأ التقصيري وليس العقد³.

رغم استناد هذه النظرية على نصوص صريحة إلا أنها لم تسلم من انتقادات كانت أهمها:

يرفض أغلب شراح القانون إخضاع بيع ملك الغير للبطلان المطلق لان هذا الأخير يؤدي إلى جعل البطلان جائزا لكل ذي شأن طبقا للمادة 102 الفقرة الأولى من القانون المدني⁴، لكن بيع ملك الغير جعل قابلية العقد للإبطال حق معقود للمشتري دون غيره

(1) تقدر الاستحالة بمعيار موضوعي أي بمعيار الرجل المعتاد، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد إذا وجد في مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الالتزام، ولو كان يستطيع القيام به في ظروف أخرى، أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 53.

(2) تنص المادة 124 من القانون المدني على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 717، رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، الطبعة الخامسة، جمهورية مصر العربية، دار الألفي للنشر، ص 67.

(3) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 67، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 106.

(4) تنص المادة 102 الفقرة الأولى من القانون المدني على الآتي: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة".

وتسمح له بأن يجيز العقد¹، كما تقضي بانقلاب العقد صحيحا بإقرار المالك أو تملك البائع للمبيع، كما أن البائع يستطيع أن يلتزم أن ينقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه.

فتعذر تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المشتري فور العقد لا يكفي للقول بانعدام سبب التزام المشتري، إذ قد يمتلك البائع في المستقبل الشيء المبيع، أو قد يقر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع حينها يتمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية للمشتري، وبالتالي يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية، لذا لا يصح القول أن أساس بطلان بيع ملك الغير هو انعدام سبب التزام المشتري لأنه لو صح ذلك لكان الأحرى تطبيق نظرية الفسخ بالسبب إذن غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة²، في هذا النوع من البيوع لأنه لا يمكن أن نطبق نص المادة 93 من القانون المدني التي تنص: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا"، فالاستحالة نسبية لان هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع هو المالك الحقيقي³.

وفي نفس المعنى يقول الأستاذ إسماعيل غانم: "أما استحالة محل البيع في ملك الغير فهي استحالة نسبية، إذ أن هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي". وهو ما نصت عليه المادة 398 الفقرة الأولى من القانون المدني: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله وصار ناجزا في حق المشتري"، ولا يمكن القول مع هذا كله بأن

(1) إذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر في هذا البيع، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه عنه أو أخذه وصية منه فان بيع ملك الغير لا ينقلب صحيحا في هذه الحالة، بل يبقى قابلا للإبطال ويكون للمشتري الحق في طلب إبطاله، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 274.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 146، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 277.

(3) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 59.

بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع نص المادة 397 من القانون المدني¹، لهذا هناك من يرجع بيع ملك الغير إلى أنه بطلانا نسبيا².

3_ نظرية البطلان النسبي: وأمام الانتقادات التي وجهت للاتجاهين السابقين ظهر رأي ثالث في الفقه وتبناه المشرع المدني الجزائري الذي نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وليس البطلان المطلق طبقا للمادة 397 من القانون المدني، إذ يستخلص من هذه المادة أنه قصد البطلان النسبي ويتمسك به إلا المشتري وتلحق العقد الإجازة من المشتري والإقرار من المالك الحقيقي، وللمشتري إذا كان حسن النية المطالبة بالتعويضات.

رغم اتفاق الفقهاء على اعتبار البطلان المطبق هنا نسبيا، إلا أنهم اختلفوا في تأسيس هذا البطلان، فقال البعض أنه راجع إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا، وإما لغلط في المبيع فقد توهم المشتري أنه مملوك للبائع، ومنهم من رده إلى استحالة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية استحالة نسبية من الظروف الموضوعية التي تم فيها إمضاء العقد.

لكن هذا الرأي لم يصمد أمام النقد الذي وجه إليه، فالأستاذ سليمان مرقس يرى: "إن النصوص القانونية وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكييفه هذا العقد أنه باطل بطلانا نسبيا، إذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بإرادة شخص أجنبي عنه أو بمجرد حصول واقعة قانونية كإثارة يقع على البائع غير المالك أو كسب هذا الأخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب"، كما يقتضي ألا يكون بيع ملك الغير قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع في غلط في البائع أو في المبيع، وهذا يتعارض مع صريح نص المادة 399 من القانون المدني التي جاء فيها: "إذا أبطل البيع في

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، هامش رقم 48، ص 723.

(2) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 60.

صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع¹، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية"، التي تصرح بوجود التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيء النية بقي البيع قابلاً للإبطال وان كان المشتري لا يستحق التعويض وهذا ما أدى إلى عدول أصحاب هذا الرأي عنه²، واعتبروا أن سبب البطلان هو خطأ البائع في الالتزام بما لا يستطيع الوفاء به، وهي استحالة قائمة عند إبرام العقد، ومن ثم يحق للمشتري فقط دون البائع المطالبة بالبطلان ذلك أن البائع كان يعلم منذ البدء بهذه الاستحالة³.

إلا أنه يرد على هذا القول أن مثل هذه الاستحالة إنما تؤدي إلى انعدام المحل، وبالتالي فهي استحالة مطلقة حيث يشترط في محل العقد كي يكون صالحاً للانعقاد أن يكون هذا المحل ممكناً بالفعل⁴.

ثانياً_حكم بيع ملك الغير وفقاً لنظرية تحول العقد: نتيجة للتجاذب الذي حصل في الفقه حول طبيعة بيع ملك الغير ونظراً للانقسام الكبير في تأصيل أحكام هذا البيع فقد اتجه رأي فقهي إلى الأخذ بنظرية تحول العقد⁵، لكن رغم هذا لم يخرجوا عن تطبيق القواعد العامة، وأول من نادى بهذا الرأي هو الأستاذ حلمي بهجت بدوي، حيث فرق بين ثلاث حالات في مثل هذا النوع من البيوع.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 277، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 146.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 277، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 146.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، هامش رقم 48، ص 723.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 540.

(5) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، هامش رقم 48، ص 723.

أما الحالة الأولى: وهي حالة أن يكون المشتري قد أقدم على الشراء وهو يجهل أن المبيع لا تعود ملكيته للبائع وكان يقصد من وراء هذا العقد أن تنتقل الملكية إليه دون أي تأخير أو تأجيل، وأنه لم يقدم على الشراء لو علم بأن المبيع لم يكن مملوكا من قبل البائع، حيث في هذه الحالة يمكن الحكم بالبطلان على أساس الغلط وبصرف النظر عن أحكام المادة 397 من القانون المدني.

وأما الحالة الثانية: التي يمكن أن يحصل فيها التواطؤ بين البائع والمشتري على إبرام العقد على عين لا تعود إليهما وهما يعلمان بذلك والهدف من إبرام هذا العقد هو الإضرار بالمالك الحقيقي من خلال معارضة هذا المالك في الحيازة وفي ملكية المبيع وهو ما يعد مخالفا للنظام العام، وبالتالي فإن مثل هذا البيع باطلا بطلانا مطلقا.

وأما الحالة الثالثة: فهي التي يجهل فيها البائع والمشتري بأن العين محل العقد تعود لشخص آخر ويقدمان على إبرام هذا العقد، وبالتالي وفقا للقواعد العامة فإن هذا العقد لا يمكن الحكم ببطلانه ومع ذلك فإن القانون يقضي ببطلانه¹.

وفي محاولة منه لمعالجة هذا البطلان نراه قد لجأ إلى اعتماد نظرية تحول العقد على اعتبار أن هذا العقد الذي يقضي القانون ببطلانه يمكن أن يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد منشئ للالتزامات مفاده التعهد بالحصول على الملكية ومن ثم نقلها إلى المشتري في مقابل مبلغ من المال، كل هذا طبعا مع اشتراط أن لا تكون نية الطرفين أو احدهما كانت ستصرف عن هذه النتيجة كما في حالة الغلط، وذلك فيما لو أثبت المشتري أنه لم يكن يقدم على إبرام مثل هذا العقد لو كان قد تحقق لديه العلم بأن المبيع غير مملوك للبائع وأنه لن يتمكن من تملك المبيع ، حيث في هذه الحالة يبطل العقد ويتعذر إجراء تحوله.

(1) علي كاظم الشناني، المرجع السابق، ص 542.

وقد عبر الأستاذ بهجت بدوي عن تحول هذا العقد بقوله: "وإذ تحول عقد البيع من صورته العادية التي يترتب عليها انتقال الملكية بمجرد الاتفاق إلى عقد منشئ للالتزام، فالواقع أنه لم يخرج في صورته الجديدة عن أن يكون عقد بيع، إذ ما هي التزامات البائع؟ أليست هي نقل الملكية والتسليم؟ وما التزامه في هذا العقد المتولد؟ أليس هو كذلك نقل الملكية والتسليم؟ هو في الصورة الأولى مالك، وفي الثانية غير مالك إنما متى كانت ملكية البائع من شروط انعقاد عقد البيع؟ ملكية البائع حقيقة شرط من شروط انتقال الملكية إلى المشتري لأنه كي تنتقل هذه الملكية يجب أن يكون هناك تعهد على نقلها، وأن يكون هذا التعهد صحيحا وأن يكون منصبا على شيء معين وأن يكون مالكا...، فإذا نقص شرط من هذه الشروط، سواء كان هذا الشرط هو بطلان التعهد أم عدم تعيين المبيع، أم كون البائع غير مالك، فلن تنتقل الملكية أما العقد نفسه فهو قائم وصحيح، إذ قد توافرت شروط انعقاده وصحته"¹.

ويضيف الأستاذ بهجت بدوي قائلا: "فإذا سلمنا بهذا التحول أمكننا أن نفسر نص القانون على التزام البائع بالتعويضات بأن هذه التعويضات ليست إلا نتيجة للعقد القائم، لا عقد البيع في صورته الأصلية كعقد فيه قوة نقل الملكية، وإنما كعقد منشئ للالتزامات، بمعنى أن التعويض يكون نتيجة عدم قيام البائع بالتزامه، وتكون المسؤولية عن هذا التعويض تعاقدية، كما يمكن كذلك تفسير بقية النتائج التي تترتب على بيع ملك الغير، كصلاحيته لأن يكون سببا صحيحا للتملك، وإمكان التنفيذ العيني بنقل الملكية والتسليم إذا تملك البائع العين بعد ذلك وكسقوط الحق في البطلان إذا أجاز المالك الحقيقي، وكالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص ص 639، 640، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 542.

كل هذه النتائج تفسر بأنها تترتب على عقد صحيح قائم، ليس هو عقد البيع الذي يكون فيه قوة نقل الملكية، إذ العقد بهذه الصورة غير صحيح لان البائع ليس مالكا، وإنما هو عقد اتفق فيه على تعهد البائع بأن يجعل المشتري مالكا¹. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها جاء فيه: "حيث وعملا بالمادة 398 من القانون المدني يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع.

حيث أن قضاة الموضوع بالحكم بإبطال العقد المتضمن وعد البيع فيكونوا قد خالفوا أحكام المادة السالفة الذكر مما يعرض قرارهم للنقض دون حاجة إلى مناقشة الوجهين الأول والثاني².

وبالاتجاه نفسه ذهب الأستاذ سليمان مرقس أن بيع ملك الغير إنما هو باطل بطلانا مطلقا، وذلك لاستحالة المحل استحالة مطلقة، وأنه يجب تكملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد حتى يمكن أن نفسر الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير³، فيرى أن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع، ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية طبقا لنظرية تحول العقد إلى بيع منشئ لمجرد التزامات شخصية فحسب⁴.

(1) إن التعهد عن الغير تحصل بأن يتعهد شخص لآخر بالحصول على قبول شخص ثالث بما التزم به المتعهد كتعاقد الوكيل نيابة عن الأصيل، فان وافق الأصيل بأن أقر تعهد الغير فان إقراره لا ينتج إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد، وقد نص المشرع الجزائري على التعهد عن الغير في المادة 114 من القانون المدني، مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، التطور التاريخي للقانون المدني " جميع الطرق تؤدي إلى روما"، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ص 199.

(2) قرار رقم 108763 المؤرخ في 1994/04/06، غير منشور، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام لقانون المدني، الطبعة الأولى، بريكة، باتنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 136.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 54.

(4) أصبح البيع في القانون الحديث نوعين: بيع ناقل للملك بذاته فور التعاقد ويشترط فيه أن يكون المبيع موجودا ومعينا بالذات ومملوكا للبائع، وبيع منشئ لالتزامات فقط أي غير ناقل للملك بذاته، وهذا يجوز فيه أن يكون المبيع مالا مستقبلا

وتتمثل هذه الالتزامات في التعهد بالحصول على الملكية ونقلها للمشتري في مقابل مبلغ معين أي أن البائع يبذل جهد الرجل المعتاد في حصول المشتري على ملكية المبيع، حيث أن البائع تربطه على الأغلب إن لم يكن في جميع الحالات رابطة ما بالمالك الحقيقي فلا يعقل أن يبيع شخص ملك آخر لا تربطه به أية رابطة سواء كانت قرابة أو عمل أو مصلحة أو أية رابطة أخرى.

وقد ينصب هذا الجهد على قيام بائع ملك الغير ببذل المساعي المطلوبة للحصول على الملكية، ومن ثم نقلها إلى المشتري خصوصا إذا كان هناك مانعا قانونيا أو أدبيا يحول دون حصول المشتري على ملكية المبيع مباشرة من المالك الحقيقي، وتعويض المشتري بسبب عدم قيام البائع بالتزامه بنقل الملكية استنادا إلى مسؤوليته التعاقدية ولو كان البائع حسن النية¹، متى ثبت أن نية المتعاقدين المفترضة كانت تتصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده كون البائع غير مالك². فهنا تحول هذا العقد من ناقل للملكية إلى بيع منشئ لمجرد التزامات أي إلى عقد بيع من نوع ثان (الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال) إذا انصرفت نية الطرفين الافتراضية إلى ذلك لو علما أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم انتقال الملكية فيه وقت انعقاد العقد³.

=أو مثليا أو غير مملوك للبائع، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 464.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 100، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 151، 161، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 706.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 722، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 150، 151، يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 60.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 464.

ويمكن القول أن المشرع قد فرض فرضا غير قابل لإثبات العكس، أن البائع قد انصرفت نيته الافتراضية إلى تحول عقد بيع من النوع الأول أي الناقل للملكية بذاته إلى النوع الثاني الذي لا ينشئ إلا التزامات شخصية، ولذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذي قصد إبرامه ولو أنه باطل بطلانا مطلقا¹.

أما انصراف نية المشتري إلى ذلك (تحول العقد) فمفترض إلى أن تثبت العكس، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثاني كاملة ما دام المشتري لم يتمسك بالبطلان، وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشئ التزامات شخصية فقط ولا ينقل الملكية وأنه يصح أن يجيز المشتري العقد لان إجازته هذه تعتبر دليلا على انصراف نيته منذ إبرام العقد إلى تحوله من النوع الأول إلى النوع الثاني، وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو أنها لا تنتقل إليه الملكية، كما يفسر إمكان ورود إقرار المالك على العقد وإمكان انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد أن يصير البائع مالكا².

أما إذا تمسك المشتري بالبطلان فهذا دليل على رفضه تحول العقد من ناقل الملكية إلى مجرد التزامات شخصية، ووجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل لينتج أي أثر قانوني، وإلزام البائع بالتعويض لاعتباره متسببا بخطئه في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقدا باطلا ولو كان البائع حسن النية³.

(1) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 61.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، المرجع السابق، ص 722.

(3) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 706، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، أسباب الملكية كسب ملكية (مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق)، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011، ص 279.

لكن الأستاذ عبد الحكم فودة يقول أنه إذا حكم للمشتري بإبطال العقد وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض الضرر الذي أصابه من إبطال العقد.

وبذلك يمكن القول أن عقد البيع الذي قضى ببطلانه قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات بمعنى التزام البائع بالتعويض، عكس ما جاء به سليمان مرقس . وهذا التعويض لا يترتب إلا نتيجة عقد قائم، ولإخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع تكون مسؤوليته تعاقدية، نتيجة تحول العقد الباطل إلى عقد آخر مرتب للالتزام بالتعويض¹.

مما سبق التطرق إليه يمكن أن نستنتج أنه للقيام بتحول العقد في هذه الصورة يجب توفر شروط هي:

وجود بيع باطل لإخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية ويرجع السبب في ذلك إلى عدم ملكيته للشيء المبيع، أن يكون المشتري حسن النية، ولا يهم بعد ذلك أن يكون البائع عالما بعدم ملكيته للشيء المبيع أو يجهل ذلك، وقوع ضرر بالمشتري نتج عن إبطال العقد².

وقد جعل المشرع من تنظيم بيع ملك الغير في المواد 397 من القانون المدني وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد تجاوز فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية تحول العقد³. إذ فرض فيه انصراف نية البائع الافتراضية إلى تحول العقد فرضا غير قابل لإثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري، وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع أحكام بيع ملك الغير، و به يمكن الاستغناء عن الالتجاء إلى فكرة بطلان هذا البيع بطلانا

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص ص 705، 706.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 101.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 55.

نسبياً من نوع خاص¹، تلك الفكرة التي تعتبر بمثابة تسليم بالعجز والتي لا ينبغي الالتجاء إليها إلا عند عدم كفاية القواعد العامة لتفسير أحكام معينة².

وبأنه لا مانع من إعمال نظرية تحول العقد في هذا المجال على أن يكون حكم القانون هو الأساس وليس الإرادة المفترضة، وبهذا يمكن تفادي الكثير من الاعتراضات على استخدام وسيلة تحول العقد بالإضافة إلى تحقيق التوازن التعاقدى بين الطرفين، وتعزيز سلطان القانون الذي يجب أن يستمد حدوده من أوضاع المجتمع المتطور، ولهذا يجب تعزيز دور القاضي الذي يجب أن يضمن في عمله تحقيق ما يهدف إليه القانون من التوفيق بين العقد والمصالح الاقتصادية والاجتماعية، فتدخل القاضي هنا يعتبر تكملة ضرورية لتدخل المشرع خصوصاً إذا ما عرفنا بأن القاضي ليس أجنبياً عن العقد، بل يمكن اعتباره طرفاً ثالثاً فيه كقائب عن المجتمع الذي يتوقف تحقيق مصالحه على سلامة التوازن العقدي.

إذن فسلطة القاضي ليست دخيلة على التنظيم العقدي، بل هي سلطة أصيلة تستمد مقوماتها من الاتجاهات العامة التي تربط بين نشاط الفرد وأهداف المجتمع، وسيؤدي مثل هذا التحول إلى الحيلولة دون التصرف في أملاك الآخرين جزافاً مما سينتج عنه الاضطراب وعدم الاستقرار في التعامل بالإضافة إلى المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التي لا يرتضيها المشرع بالتأكيد³، والفائدة من ذلك تحتاج إلى ضبط الحد من حالات التصرف في أملاك الآخرين حيث سيدرك المتصرف أنه سوف لا يترك لحاله أو سوف لا يكتفي بالتعويض في كل الأحوال وفي حالة اللجوء إلى التعويض كحل أخير فإن أموراً عديدة يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار من أجل تحديده سيقبل هذا النهج من عدد القضايا التي تعرض على دور العدالة حيث سيفكر الشخص ملياً قبل أن يتصرف في ملك غيره. كما لا يخفى أن التصرف في

(1) سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 547.

(2) نفس المرجع، فقرة 305، ص ص 721، 722.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، الجزء الثاني، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1972، ص 102.

ملك الغير وترك هذه المسألة دون ضوابط سيخلق الكثير من المشاكل الاجتماعية والقانونية فضلا عن أن ذلك سيؤدي إلى اللعب بمقدرات الآخرين بشكل غير مسوغ سيكون للقضاء دور فاعل في تطبيق نظرية تحول العقد.

إن ما جاء به الأستاذ سليمان مرقس بتحول العقد تعرض للنقد، وجهه له الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري قائلا بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منسئ للالتزامات يتعارض مع نظرية تحول العقد المعروفة، إذ يؤخذ على رأيه أمران: "تعارضه مع نصوص القانون، وتعارضه مع نظرية تحول العقد"¹، فالرأي السابق يتعارض مع صريح نصوص التقنين المدني القاطعة بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلانا مطلقا²، إذ لا تؤيد القول القاضي ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا تأسيسا على استحالة المحل استحالة مطلقة، إذ لو صح هذا الرأي لوجب نسف جميع الأحكام التي وضعها المشرع لتنظيم حالة بيع ملك الغير، بعبارة أخرى فإن أحكام البطلان المطلق لا تتفق نهائيا مع أحكام بيع ملك الغير.

كما يؤخذ على رأي الأستاذ سليمان مرقس أنه وطبقا للقواعد العامة يتحول العقد إذا اتجهت نية الأطراف إلى عقد آخر وهذا غير متوفر في بيع ملك الغير، إذ كلا الطرفين اتجهت إرادتهما إلى إبرام عقد البيع، ونية المشتري المفترضة تصعب على هذا التأويل، فإما أن تكون هذه النية قد انصرفت افتراضا إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال العقد، وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول للعقد³، وينبغي أن يبقى العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهذا يتعارض مع أحكام المادة 105 من القانون المدني وبالتالي لا يمكن تطبيقها مما جعل هذا الرأي يفقد مصداقيته.

(1) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 116.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 57.

(3) نفس المرجع، ص 56.

ويرى أيضا الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه إذا صح ما ذهب إليه الأستاذ بهجت بدوي لم يعد هناك محل للقول بنظرية الخطأ عند تكوين العقد استنادا إلى بيع ملك الغير، ما دام التزام البائع بالتعويض ليس ناشئا من عقد البيع الباطل، بل من عقد آخر صحيح بمقتضى نظرية تحول العقد، لان القانون يشترط سوء نية البائع حتى يلتزم بالتعويض، فلا حاجة في هذا القانون إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد ولا إلى نظرية تحول العقد لتعليل التزام البائع بالتعويض، فهذا الالتزام مصدره العمل الضار¹.

ويرد الأستاذ سليمان مرقس على هذه الانتقادات التي وجهت إليه بقوله: "أولا أن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكييف هذا العقد بأنه قابل للإبطال كما لا تستقيم مع تكييفه بأنه باطلا بطلانا مطلقا، إذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بإرادة شخص أجنبي عنه أو بمجرد حصول واقعة قانونية كإرث يهبط على البائع غير المالك أو كسب هذا الأخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب"².

كما يرد قائلا: "تحول البيع الباطل باعتباره عقدا ناقلا للملكية بذاته إلى عقد منشئ للالتزامات فحسب لا يتفق كل الاتفاق مع نظرية تحول العقد المعروفة، ولكننا نقول أن النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المشرع نظرية تحول العقد تطبيقا تشريعيًا، ومن المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء في الآثار التي قررتها هذه النظرية، ويمكن أن يعتبر من هذا القبيل التطبيق التشريعي لنظرية تحول العقد الباطل إلى بيع ملك الغير، ففيه افترض المشرع انصراف نية البائع إلى تحول البيع الناقل للملكية إلى بيع منشئ للالتزامات فقط فرضا غير قابل لإثبات

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 640.

(2) سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش رقم 48، ص 723، أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، هامش 2، ص 57.

العكس وافترض انصراف نية المشتري أيضا إلى ذلك فرضا قابلا لإثبات العكس، ولهذا لم يسمح للبائع بالتمسك ببطلان العقد ولكنه سمح للمشتري بذلك¹.

لكن رغم انتقاد الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري لإمكانية تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشئ للالتزامات نجده يقر بهذا في مؤلفه مصادر الحق في الفقه الإسلامي الذي جاء فيه ما يلي: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، فيبيع ملك الغير، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية، ويمكن القول هنا أن عقد البيع بعد إبطاله تحول إلى عقد صحيح غير مسمى، ينشئ التزاما في ذمة البائع بتعويض المشتري عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه"².

ويرى الأستاذ منصور مصطفى منصور أن نظرية تحول العقد تقتضي ثبوت انصراف نية الطرفين المفترضة إلى بيع من النوع الثاني وقت إبرام البيع الوارد على ملك الغير، وبأن ما نذهب إليه من استخلاص عدم انصراف نية المشتري إلى تحول العقد من واقع طلبه إبطال العقد لا يتفق مع نظرية تحول العقد التي تقتض ثبوت انصراف النية إلى ذلك وقت إبرام العقد، وإن اعتبار استحالة نقل البائع ملك الغير ملكية المبيع إلى المشتري استحالة تستتبع بطلان العقد بطلانا مطلقا استنادا إلى عدم تملك البائع للمبيع لا يعتبر ظرفا خارجيا ولا يقام له وزن في تقصي ما إذا كان الرجل العادي يستطيع نقل الملكية في هذا الظرف، والى أن هذا يجعل نقل الملكية ليس مستحيلا في ذاته الأمر الذي يمتنع معه القول ببطلان العقد.

(1) سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش رقم 48، ص 723.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 101.

كما أنه يمكن القول باستحالة نقل ملكية المبيع غير المملوك للبائع استحالة مطلقة لو أن العقد يترتب عليه انتقال الملكية مباشرة، أما والواقع أنه ينشئ التزاما بنقل الملكية أولا ثم ينفذ هذا الالتزام، وما دام هذا الالتزام ممكنا في ذاته فالعقد صحيح، وكل ما يترتب على عدم ملكية البائع للمبيع أن هذا الالتزام الذي لا ينشأ لا ينفذ بقوة القانون فور نشؤه، وهذا لا يمنع من صحة العقد¹.

ويرد الأستاذ سليمان مرقس قائلا: "إن المال المبيع المملوك للغير أمر موضوعي يجب أن يقام له وزن في تقصي ما يعتبر ممكنا للرجل العادي أو غير ممكن، ولاشك في أن الرجل العادي يستحيل عليه أن ينقل إلى المشتري مالا مملوكا لغيره. أما بالنسبة للاعتراض الثاني فإنه حتى مع التسليم بأن العقد ينشئ التزاما بنقل الملكية ولا ينقل الملكية مباشرة فإن ذلك لا ينفي استحالة تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع المملوك للغير إذا كان المقصود به نقل الملكية بمجرد العقد. أما إذا كان المقصود به نقل الملكية بعد حلول أجل أو تحقق شرط فلا يكون محل الالتزام مستحيلا ويكون العقد صحيحا، وهذا هو البيع الذي اعتبرناه بيعا من النوع الثاني.

وأخير فإن التطبيق التشريعي لنظرية تحول العقد قد افترض ثبوت انصراف نية المشتري إلى تحول العقد وقت إبرام العقد فرضا قابلا لإثبات العكس، وأنه لا يتصور أن يكون إثبات العكس وقت إبرام العقد وإلا لما كانت ثمة حاجة إلى القرينة. ومن المتعين أن يكون إثبات عكس القرينة تاليا لإبرام العقد وهذا نتيجة لتجاوز التطبيق التشريعي عن شرط ثبوت انصراف النية إلى تحول العقد وقت إبرام العقد".

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 155، علي محمد علي القرية، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني، الجزائر، دار النشائر الإسلامية، 2002، ص 239، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 546.

ومن خلال مراجعة كل الآراء التي قليت بخصوص أحكام بيع ملك الغير نرى أنه من الممكن الأخذ بنظام تحول العقد الباطل لما له من دور في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، حيث لا يمكن وصف هذا النوع من العقود بأنه قابل للفسخ باعتبار أن النص جاء صريحا بجعل جزء هذا العقد هو البطلان، كما لا يمكن القول بأن هذا العقد من العقود الموقوفة، ذلك أن العقد الموقوف لا يمكن أن يجيزه إلا المالك الحقيقي بينما في هذه النصوص وهي المواد 397 و398 من القانون المدني، فإن المشتري هو الذي يملك حق الإجازة، والقول بأن عقد البيع ملك الغير هو عقد باطل بطلانا نسبيا ذلك أن البطلان النسبي يتحقق في حالة ما إذا كان العقد مستوفيا لأركانه، غير أن الرضا قد اختل بأن صدر غير صحيح ، وذلك في حالة ما إذا كان العقد من ناقص الأهلية، أو إذا شاب الرضا غلط أو تدليس أو إكراه¹، وحيث أن بيع ملك الغير يختلف عن هذه الأحوال لذا لا يمكن وصفه بالبطلان النسبي فقواعد البطلان النسبي لا تسمح بأن يتم إجازة العقد وتصحيحه بإرادة شخص أجنبي، حيث أن من يحق له إجازة العقد في حالة البطلان النسبي إنما هو المشتري وليس شخص أجنبي عنه².

ويبدو أن ما ذهب إليه الأستاذ حلمي بهجت بدوي والأستاذ سليمان مرقس هو أقرب للصواب في إمكانية الأخذ بنظام تحول العقد، وذلك من خلال الفرضية التالية، وهي حالة أن يكون البائع والمشتري يجهلان أن العين المباعة إنما تعود لشخص آخر ويقدمان على الارتباط بالعقد، ففي مثل هذه الحالة يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا وذلك لاستحالة المحل، وبالتالي يمكن لنا تطبيق نظام تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح هو عقد منشئ للالتزامات مفاده الحصول على ملكية المبيع، ومن ثم نقلها إلى المشتري مقابل التزام الأخير

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 610، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 477.

(2) علي كاظم الشباندي، المرجع السابق، ص 548.

بدفع مبلغ من المال، ويمكن التوصل إلى هذه النتيجة من خلال تطبيق شروط نظام تحول العقد على هذه الحالة:

فالشرط الأول لتحول العقد هو بطلان العقد أو القابلية للبطلان، والعقد في هذه الحالة المعروضة بيع ملك الغير هو باطل بطلانا مطلقا وذلك لاستحالة المحل استحالة مطلقة كون البائع غير مالك، لا سيما ونحن نتحدث عن بيع مال معين بالذات يعود للغير قصد نقل الملكية للمشتري في الحال، ولا نتكلم عن شيء معين بالنوع لذا طالما كان المال المبيع هو مال معين بالذات فإن العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا¹.

والشرط الثاني لتحول العقد هو أن يتضمن العقد الباطل أركان عقد آخر، وهو أمر متحقق في هذا الفرض أيضا حيث أن عقد البيع الباطل يتضمن في أركانه عقد آخر وهو عقد منشئ للالتزامات معينة ويكون على شكل تعهد من البائع بالحصول على الملكية ومن ثم نقل الملكية إلى المشتري²، ولا يمكن الاعتراض على هذا الأمر باعتبار أن عقد البيع يقصد به نقل الملكية مباشرة بينما في العقد الثاني فإن الآثار تكون أقل، على اعتبار أن العقد الثاني يتضمن مجرد تعهد بالحصول على الملكية ومن ثم نقلها، حيث أنه لا يوجد فرق بين هذين العقدين من حيث النتيجة، ذلك أن التزامات البائع في كل العقدين إنما هي العمل على نقل الملكية والتسليم، وهي تعتبر محققة في كلا العقدين، وأن البائع في العقد الأول مالكا أما في العقد الثاني فهو غير مالك³.

(1) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 101.

(2) مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، التطور التاريخي للقانون المدني " جميع الطرق تؤدي إلى روما "، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص 199.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 550.

أما الشرط الثالث وهو أن تكون إرادة الطرفين المفترضة كانت ستصرف إلى العقد الآخر لو علم المتعاقدان ببطلان عقدهما الذي ارتبطا به فهو أمر متحقق أيضا، حيث أن البائع والمشتري لو كانا يعلمان منذ البدء في الفرضية التي جعلناها أساسا في مقدمة كلامنا بأن العقد الذي يقدمان عليه هو عقد باطل لاستحالة المحل كون المال لا يعود للبائع، فإنهما لن يقدموا عليه وإنما كان من الممكن أن يرتبطا بعقد آخر مفاده قيام البائع بالحصول على الملكية ومن ثم العمل على نقلها للمشتري، طالما أن هذا الأخير لم يعترض صراحة، إذ لو اعترض صراحة لانتفى القول بنظام تحول العقد أصلا كون المتعاقد قد عبر عن إرادته الحقيقية وعليه فلا مجال للبحث عن الإرادة الافتراضية، وهكذا يعد الشرط الثالث لنظام تحول العقد متحقق أيضا في حالة بيع ملك الغير في الفرضية المذكورة وهي كون البائع والمشتري يجهلان أن المال المبوع لا يعود للبائع.

وحتى لو أخذنا بفكرة أن عقد بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال فإنه يمكن القول بتحول العقد أيضا، حيث أن نص المادة 105 من القانون المدني أشارت صراحة إلى إمكانية تحول العقد القابل للإبطال، حيث جاء فيها: "إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال...." ذلك أن هذا العقد القابل للإبطال يمكن أن يتحول إلى عقد آخر بعد بطلانه في حالة عدم حصول الإجازة من قبل المشتري حيث يمكن أن يتحول إلى تعهد بنقل الملكية، وعلى هذا الأساس يمكن تفسير التزام البائع بالتعويض، إذ أن هذا التعويض يستند إلى المسؤولية العقدية استنادا للعقد الذي تحول إليه العقد الباطل .

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن المادة 397 من القانون المدني إنما هي إحدى تطبيقات نظام تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح¹.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 552.

المطلب الثالث

تحول عقد الوكالة إلى فضالة

عرفت المادة 571 من القانون المدني الوكالة بما يلي: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"¹، ويرى الفقهاء أن النيابة هي: "حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة هذا التصرف إلى الأصيل"².

والنيابة محدودة بحدود الوكالة فإذا لم يكن التوكيل قائما، كأن يتوهم الشخص انعقاد عقد الوكالة ويقوم بتنفيذ التصرف لحساب الموكل الموهوم في حين أن عقد الوكالة لم ينعقد، أو إذا كان التصرف الصادر من الوكيل خارجا عن حدود التوكيل، فقد يتعدى الوكيل حدود الوكالة بأن يقوم بتصرفات لا يجوز له بمقتضى سند التوكيل القيام بها لحساب موكله، ففي جميع هذه الأحوال لا يمكن أن تترتب آثار التصرف الذي أجراه الوكيل في ذمة الموكل نتيجة لفكرة النيابة، إذ فيما عدا حدود الوكالة يعتبر العقد معدوما³.

(1) وتعرف الوكالة في الفقه المالكي هي نيابة في حق غير مشروطة بموت ذي الحق وغير امارة وأركانها أربعة: موكل، وهو صاحب الحق، ووكيل، وموكل فيه، وهو الحق الذي يقبل النيابة، وصيغة، أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة وحكمها الجواز. وقد يعرض لها غيره وتكون في عقد كبيع وإجارة ونكاح وصلاح وفسخ كطلاق، وخلع وقبض حق وأداء دين وعقوبة وحوالة وحج غير الفريضة وإن كان مكروه والهبة والصدقة وكل ما يقبل النيابة بخلاف ما لا يقبلها فلا يصح توكيل من يحلف أو يصلي فرضا أو نفلا، ولا تصح في المعاصي كالقتل والسرقه، قيل ويجوز للوكيل أن يوكل بغير إذن الأصيل، ومنع توكيل عدو على عدوه وتوكيل كافر على مسلم في بيع أو شراء أو تقاض لدين لأنه لا يتحرى الحلال وربما أغلظ في المسلم ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا، محمد محمد سعد، المرجع السابق، ص 212.

(2) النيابة إما أن تكون قانونية وإما اتفاقية فعلى سبيل المثال الولي والوصي والقيم والكفيل في قانون الأسرة الجزائري والدائن الذي يستعمل حق مدينه هم نواب قانونيين، بمعنى أن مصدر نيابتهم هو القانون، أما الوكيل فيعد وحده النائب الاتفاقي لان مصدر نيابته هو عقد الوكالة، وذلك ما يستخلص من المادة 571 من القانون المدني، بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، القبة، الجزائر، دار الخلدونية، 2008، ص 9.

(3) تصنف الوكالة بالنظر إلى التصرفات القانونية التي تكون محلا لها إلى صنفين أساسيين: وكالة عامة ووكالة خاصة طبقا للمادتين 573 و574 من القانون المدني، فالوكالة العامة هي تلك التي ترد بألفاظ عامة فلا يعين فيها الموكل محل

وإذا قلنا أن هذه الأعمال ترتب آثارها القانونية فليس مرد ذلك إلى عقد الوكالة لأنها خارج هذه الحدود وبالتالي لا يوجد سند قانوني، أي الوكيل ليس بنائب عن الموكل في شأنها، ولا صفة له في مباشرتها فلا ترتب آثارها في ذمة الموكل¹. ومع ذلك فقد تتحول الوكالة إلى فضالة إذا توافرت شروط هذه الأخيرة إذا النية اتجهت إليها لو علم الطرفان بأمرها سلفاً²، و كان التصرف الذي قام به الفضولي نافعا لرب العمل³، فإذا وكل قاصر آخر في القيام بتصرف قانوني وهو غير أهل لذلك ثم قام الوكيل بالتصرف وكان تنفيذه للوكالة نافعا فإنه يمكن الرجوع على الموكل القاصر إن لم يكن على أساس الوكالة فعلى أساس الفضالة إذ يعتبر في هذه الحالة الوكيل فضولياً، أما إذا لم يكن العمل نافعا أو يدور بين النفع والضرر فسوف يحرم الوكيل - فضلاً عن حرمانه من دعوى الوكالة - من دعوى الفضالة ولا يبقى له إلا الرجوع على الموكل القاصر إذا أثبت سوء نيته.

أما في حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته و استحالة إخطار الموكل بهذا التجاوز⁴، فعليه أن يقوم الوكيل بإبلاغ الموكل بهذا الخروج على حدود الوكالة في أقرب وقت ممكن،

=التصرف القانوني بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته فمثلاً يقول الموكل للوكيل أمنحك توكيلاً في جميع أعماله، أو جعلتك مفوضاً عني. أما الوكالة الخاصة تكون في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يتعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات، فلا بد من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف كالبيع والشراء أو في الهبة أو في الصلح أو في الرهن، بو عبد الله رمضان، المرجع السابق، ص 65، 67.

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 909.

(2) وتختلف الفضالة عن الوكالة فالتزامات الفضولي مصدرها واقعة قانونية، والتزامات الوكيل مصدرها عقد الوكالة، لذا فالفضالة أوسع نطاقاً من الوكالة لأن الأولى يمكن أن تكون تصرف قانوني أو عمل مادي بينما الثانية تقتصر على التصرف القانوني، ومع ذلك تنقلب الفضالة إلى وكالة في الفرض الذي يقر فيه رب العمل لما قام به الفضولي، رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 447.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 138، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 182، 184.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 635.

بمعنى المخالفة أن الشأن عاجلا¹، لأنه إذا لم يكن عاجلا فلا فضالة كما لو كان البيت غير أيلا للسقوط وإنما صرف عليه الجار من أجل تحسينات لا تستدعيها الظروف²، وكذلك إذا قام الشخص بشأن عاجل لنفسه لا لحساب شخص آخر فهو لا يكون فضوليا، لان الفضولي هو من يتولى شأن غيره إلا أن يكون بين الشئيين ارتباط كإصلاح الجار الجدار المشترك مع جاره إذا كان أيلا للسقوط فمن قام بالإصلاح عد أصيلا عن نفسه وفضوليا عن جاره³.

فالمفروض أن التصرف الذي قام به مع الغير لحساب الموكل لا ينعقد لا من الوكيل لأنه ليس طرفا في العقد ولا مع الموكل لان التصرف خارج عن حدود الوكالة، وإنما يكون لهذا الغير أن يرجع على الموكل في الحدود التي يكون فيها التصرف نافعا أو الموكل مقصرا في إعطائه توكيل مبهما، وأن يطالب بتنفيذ التصرف في هذه الحدود إذا كان العمل نافعا لان عمل الوكيل يعتبر في هذه الظروف فضالة، كما للغير أن يرجع على الوكيل شخصا بما لا يستطيع أن يرجع به على الموكل إذا ثبت إهمال الوكيل، لكن يغلب الظن قبول الموكل لهذه التصرفات إذا كانت نافعة، وبالتالي تسري على هذه الأخيرة قواعد الوكالة

(1) مفهوم المخالفة هو من المعايير العامة في تفسير النصوص وبمعنى آخر استمداد الأحكام من النصوص، ويعرفه فقهاء القانون بأنه: "إعطاء حالة لم تتضمنها النصوص التشريعية عكس الحكم الذي تتضمنه حالة أخرى إما لاختلاف الحالة في الحالتين أو لان الحالة المنصوص على حكمها تعتبر استثناء من الحالة المسكوت عنها". أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعرفون مفهوم المخالفة بأنه: "هو دلالة على اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق المسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المقيدة في الحكم"، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 491.

(2) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 23، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ابن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص ص 267، 263.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 138، يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 23، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 267، 263.

فيجب على الوكيل أن يحدد قبل إجراء هذه التصرفات التي تخرج عن حدود وكالته ما إذا كانت الظروف يغلب معها الظن بقبول هذا التجاوز متمثلاً في ذلك معيار الرجل العادي¹.

وقد تؤدي الفضالة إلى ترتيب التزامات على عاتق الطرفين، فيلتزم الفضولي بالمضي في العمل، وبذل عناية الرجل الحريص، وتقديم حساب شأنه شأن الوكيل. أما صاحب العمل فيلتزم بتعويض الفضولي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وهذا هو الفارق بين الفضالة والإثراء بلا سبب، لأن الفضولي يقصد تولي شأن غيره فيصير جديراً بالرعاية. ويسترد الفضولي النفقات الضرورية والنافعة دون النفقات الكمالية. والأصل فيه أنه متبرع فلا يستحق أجراً عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته، كالمقاول يصلح الجدار المشترك، والوكيل بالعمولة يبيع سلعا يهددها التلف السريع لحساب تاجر لم يوكله بذلك².

هذا وقد يحصل العكس أي أن الفضالة قد تتحول في حالات معينة إلى نيابة عن صاحب العمل والمالك الحقيقي. ويحدث مثل هذا التحول بالنسبة إلى ناقل البضاعة الذي يكون له الحق بسبب ظروف معينة، وذلك لمصلحة صاحب العمل أو المالك أن يقوم ببيع أورهن البضاعة، أو أن شخصاً يعثر على بضاعة قابلة للفساد فيقوم ببيعها لصالح صاحبها³.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 101، 102، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 707.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 142، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 909، بو عبد الله رمضان، المرجع السابق، ص 65، 67.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 157، 158.

الخاتمة:

نستخلص من بحثنا لموضوع تحول العقد النتائج الآتية:

1_ إذا كان من الواجب التسليم بأهمية العقد كصورة رئيسية للتصرف القانوني في مجال القانون الخاص إلا أنه يؤخذ على الفقه التقليدي، وعلى المشرع الجزائري الذي سار على نهجه، عدم العناية بتأصيل نظرية عامة لتحول التصرف القانوني في ذاته تخرجه من النطاق التقليدي للنظرية، فأصل هذه الأخيرة نصت على تحول التصرف القانوني في حين اكتفت المادة 105 من القانون المدني على العقد دون باقي التصرفات القانونية الأخرى، وكان من المفروض أن يكون النص جامعا مانعا ولا تكتفي المادة بالعقد فقط .

2_ لقد قلصت تقنية تحول العقد في القانون المدني الجزائري من أهمية مبدأ سلطان الإرادة، هذه الإرادة التي طالما تربعت على عرش العلاقة التعاقدية فأتى تحول العقد لينصب المشرع والقاضي محلها حيث ينشأ العقد الجديد من أنقاض العقد الباطل، فلا يكون العقد في جميع الأحوال من عمل الأطراف بل يتدخل المشرع والقاضي بتكوين العقود. فلم يعد دور المشرع الدور المقتصر على سن القوانين بل أصبح بفضل تكريس تحول العقد بمثابة الخلاق للعلاقة التعاقدية وأصبحت العلاقات الخاصة والفردية مجالا مفتوحا لتدخل القاضي، وعلى هذا الأساس يعد هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري تجاوزا للنظرة التقليدية لدور القاضي المنحصر في تأويل إرادة الأطراف والذي أكساه التحول بعدا آخر يتناقص مع مجرد هذا الدور المحدود ليصبح القاضي فاعلا لإنشاء العمل القانوني في حد ذاته، وهذا يعكس رغبة المشرع في الانفتاح على الاتجاهات الحديثة التي تعمل على جمع المشرع والقاضي لتكوين الأعمال القانونية، ولا شك في أن من شأن أعمال نظرية تحول العقد على نحو ما يأخذ به الفكر القانوني المعاصر والتشريع المتأثر به إعطاء القاضي دورا ايجابيا هاما في إنشاء

العقد الذي يصير التحول إليه، علما بأنه في الشروط المطلوبة لإعمال هذه النظرية ما يجعل القاضي بعيدا عن التحكم.

3_ يجب أن يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا بحيث يمتد هذا البطلان ليشمل كل العقد، حيث لا يمكن الحديث عن نظرية تحول العقد فيما إذا كان البطلان جزئيا، وهكذا فالبطلان المطلق هو الشرط الأول الجوهرى للقول بإمكانية التحول في حال توافر بقية الشروط الأخرى، وان كان القانون المدني في المادة 105 منه أجاز تحول العقد القابل للإبطال، ومع ذلك فقد تبين من خلال البحث بأن العقد القابل للإبطال لا يمكن القول بتحويله إلى عقد صحيح إلا بعد أن يتم إبطاله، وهكذا فالشرط الأساسي لتحول العقد هو بطلان العقد الأصلي، أما إذا كان العقد صحيح فلا مجال للحديث عن إمكانية التحول.

4_ إن الأثر الأساسي الذي يترتب على إعمال نظرية تحول العقد يتمثل في إنقاذ العقد الباطل من البطلان واستقراره في التعامل بالشكل الذي يسهم في استقرار العلاقات العقدية، وينتج التحول آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ البطلان وليس من تاريخ الحكم بالتحول، والعلة في ذلك هي أن الغاية من التحول هو إنقاذ العقد من البطلان، وحيث لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحا ثم بعد ذلك يلحقه البطلان، لذا فان تخليص العقد من البطلان لا يكون إلا في اللحظة التي يلحق بها العقد، وليس في أي وقت آخر يضاف إلى ذلك أنه طبقا للإرادة الافتراضية اللازمة لقيام التحول فانه لا بد من افتراض هذه الإرادة وقت قيام العقد وليس في أي وقت آخر حيث لا يمكن القول بغير ذلك، وحيث أن القول بغير هذا الوقت يعني معرفة المتعاقدين بالبطلان، وإقدامهما على الارتباط بالعقد وهو أمر غير مقبول، وان آثار تحول العقد تنصرف بالدرجة الأساس إلى أطراف العلاقة العقدية ذاتهم، كونهم هم ذاتهم أطراف العقد الباطل الذي تحول إلى عقد آخر صحيح، كما وتنصرف إلى الخلف العام للمتعاقدين وقد تسري في حق الغير كذلك كما هو الحال بالنسبة للغير حسن النية.

5_ إن سلطة القاضي في تحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص صراحة على تبني النظرية، ينظر إليها على أنها أصل من أصول النظام القانوني بحيث لا يمكن اتهام القاضي بأنه خرق مبدأ الحياد أو أنه غير من سبب الدعوى أو أنه حكم بأكثر مما طلب الخصم، وهذه كلها نتائج عملية في غاية الأهمية فيما يتعلق بأثر هذه النظرية على دور القاضي في الدعوى المقامة أمامه.

هذه أبرز النتائج التي توصلنا إليها في هذه الرسالة المتواضعة، ومن خلال النتائج السابقة الذكر يمكن عرض بعض الاقتراحات أو التوصيات.

1 _ تعديل نص المادة 105 من القانون المدني لتشمل كافة التصرفات القانونية، وعدم الاكتفاء بالنص على العقد فقط.

2_ من خلال استعراض المادة 105 من القانون المدني نجدها قد نصت على: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، وحيث ذهب غالبية الفقهاء كما تبين لنا من خلال البحث إلى القول بأن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ومنتج لآثاره، لذا نجد أن المشرع الجزائري لم يكن موفقاً في إيراد هذه العبارة (أو قابلاً للإبطال) حيث لا يمكن تحول العقد القابل للإبطال، كونه عقداً صحيحاً ومرتباً لآثاره، ومن ثم نرى أنه من الأجدر حذف هذه العبارة من نص المادة وجعلها مقصورة على العقود الباطلة فقط دون العقود القابلة للإبطال، كما هو الحال بالنسبة لأصل المادة في القانون المدني الألماني.

3_ إن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر من أهم التطبيقات لفكرة تحول العقد، رغم أن مرض الموت لم ينل نصيبه الكافي من البحث أو التفصيل باستثناء ما كتب في البيع وإذا كان التشريع الجزائري قد تناول بيع المريض مرض الموت فإنه لم يعالجه بنصوص صريحة

كشراء هذا المريض وإجازته وإقراراته سواء كانت لوارث أو غير وارث، وما إلى ذلك من معاملاته الأخرى واكتفى ببيان الحكم العام في جميع تصرفات هذا المريض، الأمر الذي يدعو إلى لزوم إصدار تشريع مستمد من الفقه الإسلامي، ويحدد بشكل صريح وواضح حقيقة مرض الموت ونزولا عند متطلبات الواقع الاجتماعي.

قائمة المراجع

أولا . المراجع بالعربية:

1. المراجع العامة:

1. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة ، جمهورية مصر العربية.
2. أبي أحمد الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء الثالث، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، الدكتور إبراهيم السامرائي، (100-175هـ).
3. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف.
4. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، 1954.
5. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في تغير الالتزام العقدي، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، جمهورية مصر العربية، دار الكتب المصرية، 2015.
6. أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون المقارن، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
7. أحمد محمد محرز، الوجيز في قانون الشركات التجارية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة النسر الذهبي، 2003.

8. إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، مكتبة المدنية، 1999.
9. أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانون المدني المصري والفرنسي، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2011.
10. إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الأول، نظرية القانون، جمهورية مصر العربية، دار الوفاء للطبع والنشر.
11. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
12. الهمام مولانا الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، الجزء الرابع، فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر.
13. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، بيروت، لبنان، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2007.
14. أنور سلطان، العقود المسماة شرح البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الطبعة الثالثة، جمهورية مصر العربية، دار نشر الثقافة، 1952.
15. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2002.
16. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
17. أنور سلطان، جلال علي العدوي، العقود المسماة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتبة القانونية، دار المعارف.

18. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، إساءة استعمال الحق، القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الجزء الأول .
19. بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، القبة، الجزائر، دار الخلدونية، 2008.
20. جميل الشراقوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1982.
21. جميل الشراقوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1993.
22. جبرار كرونو، معجم المصطلحات القانونية، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، 1998.
23. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، 1995 .
24. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد، العراق، 1976.
25. حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الإسلامي، 2007.
26. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، الجزائر، دار هومة، 2004 .
27. خالد عبد الحسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012 .
28. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة ، 2007.

29. رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، الطبعة الخامسة، جمهورية مصر العربية، دار الألفي للنشر.
30. سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2008.
31. سعاد إبراهيم صالح، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، جمهورية مصر العربية، دار الضياء، 1991.
32. سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2012 .
33. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 1998.
34. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع الطبعة الرابعة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1980.
35. سليمان مرقس، نظرية العقد، جمهورية مصر العربية، دار النشر للجامعات المصرية، 1956 .
36. شكري أحمد السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، الرباط، المملكة المغربية، المطبعة المثالية، 1971.
37. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جمهورية مصر العربية، 2007.
38. عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق.
39. عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، الجزء الأول، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتب الفني للموسوعات القانونية.

40. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2002.
41. عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1991.
42. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، الإجرائي والموضوعي، البطلان في قانون المرافعات، الجزاء الإجرائي، البطلان في قانون المرافعات، الجزاء الإجرائي أحكام البطلان، حالات البطلان، البطلان في القانون المدني، نظرية البطلان، تطبيقات البطلان، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف.
43. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، الكويت، مطبعة الجامعة الكويتية، 1982.
44. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1954.
45. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، أسباب الملكية كسب ملكية (مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق)، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة الجديدة 2011.
46. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة، والقروض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة الجديدة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2011.

47. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، العقود التي تقع العقود على الانتفاع بالشيء، المجلد الأول، الإيجار والعارية، الطبعة الثالثة الجديدة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية.
48. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2011.
49. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2011.
50. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
51. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
52. عبد العزيز المرسي، نظرية انتقال التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2006.
53. عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، البلدة، الجزائر، دار قصر الكتاب، 2006.
54. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، بغداد، العراق، مطبعة النديم.
55. عبد المجيد خلف العنزي، بطلان العقود في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010.

56. عبد المنعم فرج الصدة، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، الجزء الثاني، القاهرة ، جمهورية مصر العربية، 1972.
57. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بغداد، العراق جامعة المستنصرية، 1976.
58. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
59. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، موفم للنشر، 2011.
60. علي محمد علي القرعة، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني، الجزائر، دار البشائر الإسلامية، 2002.
61. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2005.
62. عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام لقانون المدني، الطبعة الأولى، بريكة، باتنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
63. عمر بن سعيد، الاجتهاد الفقهي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، الجزائر، دار الثقافة مفدي زكريا.
64. فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار منشأة المعارف، 1992.
65. كمال فريحاوي، محاضرات في نظرية الالتزام، مجموعة محاضرات السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس.
66. محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1987.
67. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، بيروت ، لبنان.

68. محمد بن أحمد تقيّة، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، القليعة، الجزائر الديوان الوطني للأنغال التربوية، 2003.
69. محمد بن حسين، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، صنعاء، اليمن، مكتبة الجيل الجديد.
70. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس، الجزء السابع.
71. محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الثاني، تحقيق عبد الله على الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، جمهورية مصر العربية، دار الحديث.
72. محمد عبد العال عكاشة، طارق مجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
73. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، الجزائر، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991.
74. محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998.
75. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2008.
76. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2008.
77. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، نظرية العقد، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 1993.

78. محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب مالك، في جميع العبادات والمعاملات والميراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الندوة، 2001.
79. محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، الفسخ والتفاسخ، البطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقهاء الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1988.
80. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة، 1993.
81. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، دمشق، سوريا، مطبعة جامعة دمشق، 1961.
82. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
83. منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، 1957.
84. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، أربيل، كردستان، العراق، دار ئاراس للطباعة والنشر، 2006.
85. موريس نخلة، الجديد الكامل في شرح القانون، دراسة مقارنة، الجزء الثالث (من المادة 134 إلى المادة 248)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001.
86. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الأزيطة، بغداد، العراق، دار الجامعة الجديدة، 2004.
87. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الإقرار، الإبراء، موسوعة الفكر القانوني، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى.

88. هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، عرض واستدلال ومقارنات، بيروت، لبنان، دار التعارف للمطبوعات، 1992.
89. هدى عبد الله، دورس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
90. هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة مقارنة، القاهرة، عمان، جمهورية مصر العربية، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات.
91. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، دمشق، سوريا، دار الفك، 1985.
92. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1992.

2. المراجع المتخصصة:

1. رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية.
2. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات.
3. علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.

3. الأطروحات والرسائل:

1. إبراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010 .
2. آمال سليم، تحول العقد في القانون المدني، رسالة ماجستير في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منار، تونس، 2005، 2006.
3. حمد خاطر نوري، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، دراسة في القانون المدني العراقي والمقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة بغداد، العراق، 1986.
4. حمد فخري حمد عزام، التحول في العقد، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية الهاشمية.
5. حنان زغاري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2006-2009.
6. حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.
7. سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

8. سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع الفقه المقارن، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.
9. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1955.
10. عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1989.
11. فاطمة أسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2015.
12. فاطمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.
13. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.
14. محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، الجزائر.
15. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، جوان 1985.

16. مرية خالدي، العقد الباطل واقعة قانونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012.
17. يوسف رحمان، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم قانون خاص، تخصص قانون مقارن، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012.

4. المقالات والأبحاث:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لانتقاص التصرفات القانونية، العدد الثاني، السنة الأولى، كلية الحقوق، الكويت، مجلة الحقوق الكويتية، 1978.
2. إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل إجازة معهد القضاء، شعبة الأنظمة، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية.
3. اسراء فهمي ناجي، عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الأول، السنة الرابعة، جامعة كربلاء، العراق، كلية القانون، 2012.
4. إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، مجلة الجامعة الإسلامية، 2011.
5. إيمان طارق شكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، جامعة بابل، العراق، كلية الحقوق.
6. أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

7. سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، العدد الثالث والعشرون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، 2014.
8. ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، العدد السابع، مركز الدراسات الكوفة، العراق، 2008.
9. عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلعجي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، العدد الثاني، جامعة الكويت، الكويت، مجلة الحقوق، 2004.
10. عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون، دراسة مقارنة وموازنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول (31 ماي إلى 03 جوان)، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2009.
11. مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، التطور التاريخي للقانون المدني "جميع الطرق تؤدي إلى روما"، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت.
12. محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار مرض الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المجلد اثنان وعشرون، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة جرش الأهلية، المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة جامعة جرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2006.
13. محمد عمار تركمانية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة قطر، قطر.
14. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، العدد الرابع والخمسون، السنة السابعة والعشرون، مجلة الشريعة والقانون 2013.

15. منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة القانونية، أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، دراسة مقارنة، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثالث، كلية العلوم الإنسانية، بابل، العراق، مجلة جامعة بابل، 2015.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1 – Les ouvrages :

1. Christian Dupeyron: La régularisation des actes nuls ,paris, 1913.
2. Lipinski(pascal) , la conversion des actes juridiques ,ouvrage précité,2002.
3. Saleilles (Raymond), De la déclaration de volonté et étude de l'acte juridique dans le code civil allemande, paris, 1901.

2 – Les thèses :

1. Olivier cornay, la conversion des actes juridique, thèse Lausanne, 1937 .
2. Philippe simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1969.

الفهرس

01مقدمة:
05الفصل الأول: تعريف تحول العقد وشروطه.
07المبحث الأول: تعريف تحول العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.
08المطلب الأول: تعريف تحول العقد وطبيعته القانونية.
08أولاً: تعريف تحول العقد.
12ثانياً: الطبيعة القانونية لتحول العقد.
25المطلب الثاني: تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة له.
25أولاً: تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد.
43ثانياً: تمييز تحول العقد عن تكميل العقد.
49المبحث الثاني: شروط تحول العقد.
50المطلب الأول: بطلان العقد الأصلي.
52أولاً: أسباب البطلان.
58ثانياً: أقسام البطلان.
75المطلب الثاني: اشتغال العقد الباطل على أركان عقد صحيح آخر.
76أولاً: الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر.
81ثانياً: أركان العقد الصحيح الآخر.
86المطلب الثالث: انصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح الآخر.
87أولاً: دور إرادة المتعاقدين في تحول العقد.
96ثانياً: دور إرادة القاضي في تحول العقد.
101الفصل الثاني: آثار تحول العقد وتطبيقاته.
102المبحث الأول: آثار تحول العقد.
102المطلب الأول: آثار تحول العقد قانوناً.
107المطلب الثاني: آثار تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص.
107أولاً: آثار تحول العقد من حيث الزمان.
116ثانياً: آثار تحول العقد من حيث الأشخاص.

122	المبحث الثاني: تطبيقات تحول العقد
122	المطلب الأول: تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية
129	أولاً: بيع المريض مرض الموت
141	ثانياً: هبة المريض مرض الموت
145	ثالثاً: وقف المريض مرض الموت
148	المطلب الثاني: تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشئ للالتزامات
150	أولاً: حكم بيع ملك الغير وفقاً لنظرية البطلان
157	ثانياً: حكم بيع ملك الغير وفقاً لنظرية تحول العقد
172	المطلب الثالث: تحول عقد الوكالة إلى فضالة
176	الخاتمة:
180	قائمة المراجع:

ملخص:

العقد تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية بالمعنى العام، ويتحدد مضمونه بما ينشئه من حقوق وما يترتب عليه من التزامات تمثل في مجموعها الغاية أو الهدف الاقتصادي الذي يسعى إلى تحقيقها كل طرف من أطراف العقد، فإذا انعقد العقد صحيحا ترتبت عليه جميع آثاره ما دام هذا العقد نافذا غير موقوف، أما إذا كان هذا العقد باطلا لأي سبب كان فلا يمكن أن يترتب العقد آثاره بسبب البطلان، الأمر الذي يوجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرامه، غير أن هذه النتيجة إذا بدت بهذه السهولة من الناحية النظرية فالأمر قد يكون مختلفا وأكثر تعقيدا من الناحية العملية، فقد يترتب على هذا البطلان آثارا خطيرة تلحق الضرر بالمتعاقدين وبالغير، وتؤثر على استقرار المعاملات سلبا.

ولتفادي هذه الآثار الخطيرة التي تترتب على البطلان أو على الأقل محاولة التقليل منها نجد أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرعين عادة ما يضعون من الوسائل القانونية التي يسعون من خلالها إلى الحفاظ على العقد من البطلان الذي يتهدهده ويعدمه من الوجود، وذلك باعتماد عدد من الأنظمة القانونية التي يمكن من خلالها تحقيق هذا الهدف، ومن بين هذه الأنظمة هو نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، والذي جسده المادة 105 من القانون المدني. وبحثنا لتحول العقد في القانون المدني الجزائري الغرض منه الوقوف على الأحكام القانونية المنظمة لتقنية التحول ومدى استجابة هذه الأحكام للهدف من إقرار تحول العقد.

الكلمات المفتاحية:

تحول العقد، تحول العقد والأنظمة المقاربة له، بطلان العقد، الإرادة وتحول العقد، تطبيقات تحول العقد.

Résumé :

Le Contrat est la concordance de deux ou plusieurs volontés afin de créer des effets juridiques et dont la teneur se détermine par les droits et obligations qui constituent, en leur ensemble, la finalité ou le but économique visé par chacun des contractants. Ainsi, si le contrat est valide, il génère tous ses effets, tant qu'il soit effectif et non pas à caractère suspensif. Cependant, si le contrat est frappé de nullité pour quelque raison, il ne peut produire ses effets, ce qui implique sa disparition rétroactive ; or, ce résultat bien facile, d'un angle purement théorique, engendre des complications délicates dans la pratique, car la nullité rétroactive peut avoir des effets dangereux portant atteinte aux intérêts des contractants et des tiers, ce qui influe négativement sur la stabilité des transactions.

Pour éviter ou, au moins, mitiger les conséquences graves du contrat nul, le législateur algérien, à l'instar des autres législateurs, a prévu des moyens juridiques dans le dessein de protéger le contrat des vices qui peuvent l'entacher de nullité et le faire disparaître, notamment le régime de la transformation du contrat nul en un contrat valide, conformément à l'article 105 du code civil.

Cette recherche, qui porte sur la transformation du contrat dans le droit civil algérien, vise à déterminer les dispositions qui régissent cette technique juridique et à discuter de sa pertinence par rapport à l'objectif attendu de son institution.

Mots clé :

Transformation de la décennie, transformation du contrat et l'approche systémique lui, la nullité du contrat, il passera le contrat, contrat décalent applications .

Summary:

The contract is the congruence of two or more wills to produce legal effects in the general. The content of the contract shall be determined by the rights and obligations that it creates, which together represent the objective or the economic objective sought by each of the parties of the contract. If the contract is valid, all its effects shall be incurred as long as this contract is effective and not suspended. If this contract is null for any reason, the contract can not

have its effects because of the nullity, which necessitates the return of the situation to what it was before it was concluded. However, if this result seems so easy in theory, it would be different and more complex in practice. Such invalidity could have serious consequences for contractors and others and adversely affect the stability of transactions.

And to avoid or at least try to minimize the serious consequences of nullity, the Algerian legislator, like legislators, usually devises legal means by which they seek to preserve the contract from the invalidity that threatens and destroys it by adopting a number of legal systems through which this objective can be achieved. Among these systems is the system of the transformation of the false contract into a valid contract, embodied by the article 105 of the Civil Code. We discussed the transformation of the contract into the Algerian Civil Code, which intended to determine the legal provisions regulating the technique of transformation and the extent to which these provisions are responsive to the purpose of approving the transformation of the contract.

Key words:

The transformation of the contract, the transformation of the contract and its related systems, the invalidity of the contract, the will and the transformation of the contract, the applications of contract.