جامعة عمار ثليجي–الاغواط–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة ضمن مقتضيات نيل شهادة الماستر تخصص قانون العقود والمسؤولية

والموسومة ب:

تحول العقد

إعدادالطالبتين

- سارة بقشيش
- بن بهاز عائشة

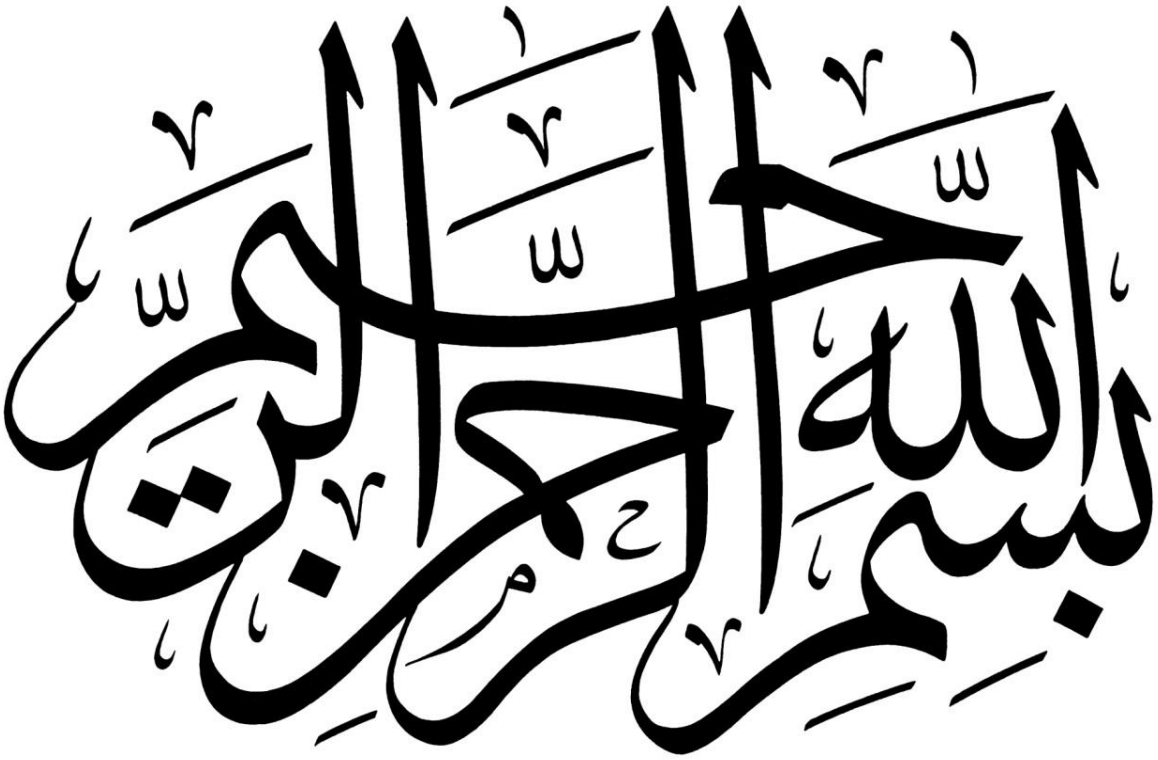
إشراف الدكتورة:

أ.د–عمران عائشة

لجنة المناقشة :

الاسم واللقب	الصفة
أ.د –بن الزوبير عمر	رئيسا
أ.د –شايفة بديعة	مناقشا
أ.د –عمران عائشة	مشرفا ومقررا

السنة الجامعية: 2024/2023


بسم الله الرحمن الرحيم

شكروعرفان

بادئ ذي بدء الحمد لله الذي وفقنا لبلوغ هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بإنجاز مذكرتنا هذه ثمرة الجهد والتوفيق بفضله تعالى الذي أمدنا الصحة و العافية و العزيمة.

و من باب من لم يشكر الناس لم يشكر الله عز و جل نتوجه بجزيل الشكر الى أساتذتنا بقسم الحقوق و نخص بالذكر مشرفتنا الأستاذة الفاضلة عمران عائشة التي فتحت لنا قلبها بسخائها العلمي، و لم تبخل علينا بنصائحها و توجيهاتها القيمة التي سهلت لنا سبيل انجاز هذه المذكرة سائلين المولى عز و جل أن يجازيها عنا خير الجزاء.

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى موظفات مكتبة الإقامة الجامعية بوشريط لشخم، و كذلك السيد مراح عمر العامل بالمكتبة العمومية لدار الثقافة عبد الله بن كريو لمساعدتهم لنا ببعض الكتب و المراجع القيمة.

و ختاما نشكر موظفات مكتب المحاسبة و الأجور بمديرية الموارد المائية.

إهداء

اهدي ثواب عملي المتواضع إلى روح أبي الغائب الحاضر صالح رحمه الله يقال ان نقص الكلمات يعبر عن علو المكانة .. لا يوجد ما أقوله ، فارقد بسلام عسى أن نلتقي بعد حين.

إلى من وضعتني على طريق الحياة و ما تزال تعتني بي الى يومنا هذا نبع الحنان أمي الغالية حفظها الله و رعاها.

إلى رفيق الدرب وصديق الأيام جميعًا بحلوها ومرّها زوجي تعبيرًا عن شكري لدعمه المستمرّ

إلى من حلّت بركة وجودهم في حياتي، ومن ملأت ضحكاتهم الجميلة عمري أولادي:

آدم، محمد، و أبرار

عائشة

إهداء

لك يا رب المحامد يا من خلقتني فأحسنت وعلمتني ، إليك أهدي شيئا من جزيل عطائك

. قاصدة وجهك الكريم فاجعله لقلبي ضياء ولبصري جلاء واكتبه في ميزان حسناتي

إليك يا خير البرية ، يا سيد الأنام ، حبيبنا وقدوتنا محمد عليك أطيب تحية وأطيب سلام

.إلى من جنتي تحت قدميها ورضاءها من رضي ربي العالمين والدتي الكريمة حفظها الله ورعاها

وإلى أبي الحبيب حفظه الله و إلى كل إخوتي وأخواتي وأبناءهم جميعا حفظهم الله ، كما لا انسي

رفاقي وزميلات العمل السيدة شتيح عائشة ، تونس ،ش عائشة ،منال ، مريم وزميلات الدراسة

. حدة وعائشة

كما اهدي هذا العمل إلى مرافقتي وزميلتي في هذا المشوار التي واجهت معي كافة الصعاب

.والمشاكل إنجاز هذا العمل

سارة

مقدمة

يعتبر العقد أحد مصادر الالتزام ، وهو ينشأ عن اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شئ ، وإذا أستوفى العقد أركان إنعقاده وشروط صحته صار نافذا ومرتبا لجميع أثاره وإذا تخلف أحد أركان العقد أو أحد شروط صحته بطل العقد، ويترتب على بطلانه أن يعاد المتعاقدين إلى الحالي التي كانوا عليها قبل التعاقد ، 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 طرفا في العقد . وحرصا 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 باطل أو قابلا للإبطال ، ونظرية تحول العقد في حالة ما إذا كان العقد باطلا أ قابلا للإبطال .

ومضمون هذه النظرية أنه إذا كان العقد باطلا يتضمن بين طياته عقد صحيح فإن العقد يتحول من عقد باطل إلى العقد الصحيح ، بشرط انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح لوكانا قد علما ببطلان العقد الأصلي وقت التعاقد ، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا وليس أثرا أصليا ،وأصل فكرة تحول العقد ترجع للقانون الروماني ، ويمكن القول بأن الفضل يرجع إليه في وضع حجر الأساس لها ، لكن نشأة تحول العقد يرجع للقانون المدني الألماني حيث نصت م 140منه على " إذا كان التصرف القانوني يفي بشروط تصرف قانوني آخر ، وهذا الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان " ، ولم تظهر نظرية تحول العقد في فرنسا بشكل واضح إلا في أوائل القرن العشرين " نص مقتبس من النص الألماني " .

أما في الفقه الإسلامي ، فإن بعض القواعد الفقهية فيه تكرس بوضوح فكرة تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، فقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله ، وقاعدة العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني فهاتان القاعدتان تشيران إلى أثار التصرف الشرعي تترتب بناءا على إرادة

الأطراف المتعاقدة ، حتى ولو كانت الألفاظ المستخدمة تخالف القصد من التصرف ،العبرة فلا عبرة للتسمية مقابلة القصد .

كما قام المشرع المصري باقتباس نص المادة 203 من المشروع التمهيدي للقانون المدني كالآتي "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد ".

وقد وافق المجلس على النص دون تعديل ولم تجري بشأنها مناقشات وأصبحت المادة 144 من القاون المدني المصري ومنه انتقلت تلك النظرية إلى معظم التشريعات العربية حيث اقتبست بعض التشريعات هذا النص بحرفيته، في حين أن دولا أخرى كالمملكة العربية السعودية لم تتبنى تلك النظرية بشكل صريح ومباشر ، ولم تتضمن قوانينها نصا مماثلا للقانون المصري .

وقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الألماني بتبنيه نظرية تحول العقد ، بأن نص عليها في المادة 105 من القانون المدني على أنه " إذا كان العقد باطلا أو قابل للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيح باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

وتتجلى أهمية هذا البحث في التعريف بآلية تحول العقد التي تلعب دورا كبيرا في إنفاذ العقود من البطلان بما يضمن المحافظة على إستقرار العلاقات التعاقدية ، وضمان مصالح المتعاقدين ،ومن أهداف بحثنا هذا تسليط الضوء على آلية تحول العقود من خلال التعرض إلى نظامها القانوني و بيان مفهومه وشروط إعماله والآثار المترتبة عنه ،كذلك إظهار الفارق بين فكرة التحول وغيرها من الآليات .

كما لا يفوتنا ذكر أسباب اختيار موضوعنا المتمثلة في إظهار كيفية المحافظة على المراكز القانونية التي استقرت في ظل عمل قانوني غير صحيح والرغبة في تناول موضوع لم يتم تناوله

كثيرا كعنوان مستقل بنفسه لوحده في الجزائر إلا من خلال دراستين سابقتين، أي نقص الدراسات والبحوث في هذا الموضوع بالذات .

خلال انجاز هذه المذكرة واجهتنا الكثير من الصعوبات خلال انجازنا لهذا البحث لعل أهمها ،هو ضيق الفترة الممنوحة لنا لإعداد هذه المذكرة ،ندرة الكتابات الخاصة التي تتناول هذا الموضوع بشكل مستقل .طبيعة الموضوع نفسه، فموضوع تحول العقد موضوع جديد نسبيا ولذلك، قلت المراجع والدراسات التي تتناوله كموضوع مستقل حيث نجد في الجزائر دراستين سابقتين هما :

- مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية بعنوان تحول العقد في القانون المدني الجزائري للطالبة ناريمان خمار للسنة الجامعية 2017/2016.
- مذكرة ماجستير في العقود بعنوان تحول العقد في القانون المدني الجزائري للطالبة لرجم أمينة للسنة الجامعية 2006/2005.

وسوف نعتمد في معالجة موضوع هذا البحث على المنهج الوصفي لتوضيح النصوص القانونية المنظمة لتحول العقد ، و المفاهيم المتصلة به،ومن خلال ما سبق يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية: فيما يتمثل النظام القانوني لتحول العقد ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إرتأينا أن نقسم الخطة العامة إلى فصلين :

- الفصل الأول بعنوان مفهوم تحول العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة نتناول فيه مفهوم تحول العقد وتحديد طبيعته القانونية ونتعرض لبعض حالاته التطبيقية (المبحث الأول)، ونميزه عن الأنظمة المشابهة له في (المبحث الثاني).
- الفصل الثاني بعنوان أحكام تحول العقد نعالج فيه الشروط اللازمة لإعمال نظرية تحول العقد (المبحث الأول) ، ومن ثم نتعرض لأهم الآثار المترتبة على إعمال هذه النظرية (المبحث الثاني).

الفصل الاول:

أحكام تحول العقد

تمهيد:

العقد الباطل في الأصل ليس له وجود قانوني و لا يترتب عليه كقاعدة عامة أي أثر إلا أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى حدوث الكثير من النتائج الاقتصادية و الاجتماعية التي لا يحمد عقباها ،لذا حاول المشرع تفادي تلك الآثار بالخروج الصريح عن القواعد العامة إلى فكرة حماية الوضع الظاهر لاسيما إذا اصطحب ذلك حسن النية و هو ما أصطلح عليه بنظرية تحول العقد

لاستجلاء فكرة تحول العقد و توضيح مفهومها لابد لنا من تعريفها و تحديد طبيعتها القانونية كما تجدر الإشارة إلى أهم الحالات التطبيقية لهذه الفكرة إضافة إلى تمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها التي تسعى لتحقيق نفس الهدف المتمثل في ضمان إستقرار العلاقات التعاقدية .

و من خلال ما تقدم يتضمن الفصل مبحثين:

- **المبحث الأول:** مفهوم تحول العقد
- **المبحث الثاني:**تمييز تحول العقد عن الأنظمة القانونية المشابهة .

المبحث الأول:مفهوم تحول العقد.

تحول العقد نظام قانوني قائم في حد ذاته وبغية معرفة مفهومه لابد من تعريفه و تحديد طبيعته القانونية (المطلب الأول)،ثم التعرض لأهم تطبيقاته المدنية و التجارية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف تحول العقد و طبيعته القانونية.

فكرة تحول العقد تطرح أمرين مهمين وهما تعريف تحول العقد لغة و إصطلاحا (الفرع الأول) وتحديد طبيعته القانونية (الفرع الثاني)

الفرع الأول:تعريف تحول العقد لغة و إصطلاحا

المشرع الجزائري لم يعرف تحول العقد تاركا تحديد مفهومه للفقه

أولا – بيان معنى التحول لغة :

1/ التحول في اللغة:

التحول في اللغة مصدر تحول.

و معناه:التنقل من موضوع إلى آخر

ومن معانيه أيضا: الزوال، كما يقال تحول عن الشيء أي زال عنه إلى غيره و كذلك التغيير و التبديل.

و التحويل مصدر حول وهو النقل من موضع إلى آخر، فالتحول مطاوع و أثر للتحول و هو بمعنى الانتقال.

و يقصد الفقهاء بالتحول ما يقصده به في اللغة.

و يستفاد مما تقدم أن التحويل لغة مصدر حول الشيء،و التحول أثر للتحول و مطاوع له و تدور معانيه على النقل و التغيير و التبديل [1].

2 / الألفاظ ذات الصلة بالتحول و التحويل:

ا – الاستحالة:من معانيها تغير الشيء عن طبعه ووصفه أو عدم الإمكان.

ب– النقل:تحويل الشيء من موضع الى موضع، و الأصل فيه النقل من مكان إلى مكان.

ج – انقلاب العقد:و هو الأظهر في لغة الفقهاء قديما

د – التبديل و الإبدال و التغيير: وهي أن يجعل مكان الشيء شيئا آخر أو تحول صفته الى صفة أخرى .

[1] – رضا عمور،تحول العقود .في الفقه الإسلامي دكتوراه في العلوم الإسلامية (أصول الفقه)،جامعة الجزائر،كلية العلوم الإسلامية(قسم الشريعة و القانون)،2016/2015 ،ص 74 .

هذه الألفاظ متقاربة قي المعنى،إلا أن التحويل يستعمل في تبديل ذات بذات أخرى و إن كان من معانيه التغيير [1].

ثانيا – تحول العقد في الاصطلاح القانوني:يعرف البعض تحول العقد بأنه عبارة عن تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع أثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي.

و هو نوع من تأويل العقد يرجع به إلى تحقيق المقصود منه فيصبح بذلك التزاما غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير و تجري عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام [2].

و يعرف القاموس القانوني التحول بأنه عملية ذهنية لإعادة الاعتبار للعقود الباطلة تتمثل في إخراج التصرف القانوني الصحيح من التصرف القانوني الباطل .

ولقد عرف الأستاذ **olivier Cornaz** التحول بقوله " **هو استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل**"

و اعتبر الأستاذ التحول بمثابة **Philippe Simler** التحول بمثابة ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توافر شروط صحة هذا الأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من طرف الأطراف.

و يعرفه بعض الفقه بأنه تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع أثاره بالرغم من البطلان الذي يلحقه عندما كان على وضعه الأصلي [3].

و تتلخص النظرية كما يقول " عيد الرزاق السنهوري" في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان و هو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر و بذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونيا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني و لكنه أنتج أثرا عرضيا لا أثرا أصليا [4].

---

[1] – عبد الحليم محمود العلي،تحول العقود و اعادة تكييفها و أثر العوارض الطارئة في ذلك(دراسة مقارنة)،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،بدون سنة طبع ،ص 178.

[2] –عبد الحميد محمود البعلي،تحول العقود في الفقه و القانون :دراسة مقارنة و موازنة،دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري،الإمارات العربية المتحدة،2009،العدد31 جوان 2018 ،ص 138 .

[3] – سوالم سفيان،مقال نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري،مجلة دراسات و أبحاث،العدد 31 جوان 2018 ،ص 138 .

[4] –عبد الحميد البعلي،تحول العقود في الفقه المقارن و القانون،نفس المرجع ،ص 29 ..

كما نجد من تعرض لتعريف التحول كرد على الانتقادات التي وجهت للتعريفات المعطاة له ،حيث يقول" التحول هو عملية قانونية تتم من قبل القضاء و تهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه و عناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر مستنيرا في ذلك بالإرادة الافتراضية للمتعاقدين.

و يعتبر هذا التعريف هو الأنسب،و ذلك لأنه يوضح المعنى الحقيقي لتحول العقد و الهدف الأساسي من إعمال هذا النظام، والذي يتمثل في إنقاص العقد الباطل ،و ما يترتب عليه من أثار سلبية خطيرة في المعاملات التعاقدية [1].

و منه يمكن استخلاص مضمون هذه النظرية أنه إذا كان العقد باطلا يتضمن بين طياته عقد صحيح،فان العقد يتحول من عقد باطل إلى عقد صحيح، بشرط انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح لو كان عالما ببطلان العقد الأصلي وقت التعاقد ،و مثال تحول العقد،أن يتفق شخصان على إنشاء كمبيالة لكن هذه الكمبيالة ليست مستوفية للشروط التي يتطلبها القانون لصحة الكمبيالة و مع ذلك تكون مستوفية لعناصر السند العادي،أو أن يكون عقد البيع باطلا لتفاهة الثمن،فيمكن لهذا البيع الباطل أن يتحول إلى هبة صحيحة إذا كانت نية المتعاقدين ستنصرف إلى عقد الهبة لو كانا قد علما ببطلان عقد البيع لتفاهة الثمن وقت إبرام البيع[2].

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية لتحول العقد.

اختلف أساتذة القانون في تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد بحيث نجد اتجاهين رئيسيين أحدهما استند إلى دور القضاء(أولا) بينما يذهب الاتجاه الأخر إلى أنه أثر من أثار العقد الباطل (ثانيا) .

أولا – تحول العقد استنادا إلى دور القضاء(تفسير أو تكييف للعقد)

1 – تحول العقد تفسير للعقد الباطل :

يرى البعض من أساتذة القانون أن تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح هو نوع من أنواع التفسير الذي يقوم به القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه بخصوص العقد الباطل.

فالقاضي حينما يقضي بتحول العقد الباطل إلى عقد صيحا إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين [3] .

---

[1] – لرجم أمينة، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع العقود والمسؤولية) ،جامعة الجزائر 1 (كلية الحقوق)،السنة الجامعية 2016/2015 ، ص 11 .

[2] – بلقيس لؤي جميل حدادين،نظرية انتقاص العقد في القانون المدني الأردني ،رسالة لمتطلبات الماجستير (تخصص القانون الخاص) جامعة اليرموك الأردن ، سنة 2014،ص32 .

[3] – لرجم أمينة ،نفس المرجع ،ص 12 .

و هو في ذلك إنما يستعين بسلطته الواسعة ليكيف بمقتضاها العقد الذي تقرر إبطاله متوخيا في ذلك التماشي مع نية المتعاقدين فإذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة [1]

فالقاضي عند قيامه بهذا العمل **لا يقوم بأي دور إنشائي و انما مجرد الكشف عن حقيقة ماعناه العاقدان** من خلال تفسيره للعقد محل النزاع مستنيرا في ذلك بالهدف الاقتصادي للمتعاقدين و كافة الظروف التي يمكن من خلالها تبيان هذه الحقيقة و لعل أبرز من ذهبوا الى القول بأن التكييف القانوني لتحول العقد إنما هو من باب التفسير هو الاستاذ"عبد الرزاق السنهوري"و الاستاذ "جميل الشرقاوي" [2] و في فرنسا الاستاذ "سالي "بحيث يرون بأن دور **القاضي في تحول العقد ليس إنشاء التصرف من جديد و انما هو تفسير أي يجب أن نعنى في تفسير العقود بالغاية الاقتصادية المبتغاة** أكثر مما نعنى بالغاية القانونية فهذه ليست إلا نوعا من الشكلية و وسيلة فنية خاصة [3]

و لقد أنتقد هذا الرأي لأن التحول يقوم على إرادة افتراضية تصورية يتصورها القاضي و من جهة أخر بالقول بان التحول يكون على أساس التفسير يعني ذلك إن هناك إرادتين حقيقيتين،الأولى هي إرادة للعقد الباطل و الثانية إرادة للعقد الصحيح و هذا أمر غير مقبول.،كما أن التفسير لا يرد إلا على العقود الصحيحة دون الباطل منها.

يضاف إلى ذلك أن القاعدة القانونية للتحول هي قاعدة آمرة تلزم القاضي بإتباعها و تطبيقها في حين نجد قواعد التفسير هي قواعد غير ملزمة للقاضي و منه يمكنه أن يخالفها [4]

2- تحول العقد تكييف للعقد الباطل:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بان "**تحول العقد هو من قبيل التكييف على اعتبار أن القاضي و عند قيامه بعملية التكييف القانوني للعقد يمكن له من خلال ذلك تجنب البطلان بإعطائه وصفا جديدا يمكن من خلاله تجاوز البطلان الذي لحق به** " حيث وفقا لهذا الاتجاه فان المتعاقدين عند إبرامهم هذا العقد كانونا قد أعطوه اسما غير صحيح الأمر الذي يتطلب تدخل القضاء من اجل إعادة تكييف هذا

---

[1] – علي مخلف حماد،مقال فكرة تحول عقود الإدارة ، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 9 ، العدد الثاني سنة 2019 ،ص 284 .

[2] – ناريمان خمار ،تحول العقد في القانون المدني الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (عقود ومسؤولية) ، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، سنة 2017/2016، ص 14.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري؛نظرية العقد،الطبعة الثانية ،بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية،1998،ص637 .

[4] – لرجم أمينة،المرجع السابق،ص13 .

الوصف القانوني المناسب له و الذي يجعله خاضعا لأحد النصوص القانونية و من ثم إمكانية إنتاج أثار قانونية من جديد طبقا لهذا النص الثاني الذي تم تكييفه على أساسه[1].

و لعل الذي دفع أصحاب هذا المذهب إلى اعتبار تحول العقد من باب تكييف العقد هو التقارب الكبير الذي يبرز بين كل من النظامين،يقول الأستاذ أحمد زكي الشياطي" **أساس نظرية التحول يكمن في إرادة المتعاقدين ، ذلك أنهم بإبرامهم تصرفا قانونيا يهدفوا لتحقيق هدف عملين و في هذا تتقارب نظرية التحول مع نظرية التكييف بجانب إن مناط الإرادة في تحول العقد هي الإرادة الافتراضية التي يفترضها القاضي و لم تكن باي حال من الأحوال الإرادة الحقيقية و إلا نكون أمام تفسير للعقد أو تكييفه "**[2].

ضف إلى ذلك أن تكييف العقد أصبح قاعدة نص عليها المشرع في المادة 29 من ق إ م إ [3]،يتوجب على **القاضي** المرور بها للقيام بوظيفته الأساسية،إذ **يجب عليه إن يكيف العقد حتى يحدد القواعد القانونية المطبقة عليه**،أما التحول فهو حيلة قانونية أتى بها المشرع لتجنب أثار العقد الباطل،حيث إذا ما تحقق لقاضي من توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 105 من ق م يقوم بتحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح [4].

ثانيا – الطبيعة القانونية لتحول العقد كأثر من أثار العقد الباطل :

و هذا الرأي نجد فيه اتجاهين الأول يرى بان تحول العقد ما هو إلا أثر استثنائي للعقد الباطل في حين (1) في حين يرى يرى أصحاب الاتجاه الثاني بأنه أثر عرضي للعقد الباطل تحول العقد:

1- تحول العقد أثر استثنائي للعقد الباطل

[1] –عبد الحكيم فودة،موسوعة البطلان في القانون المدني و قانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة،البطلان في قانون المرافعات،بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لحدث أحكام محكمة النقض،جمهورية مصر العربية،دار المطبوعات الجامعية،1991،ص653.

[2] – ناريمان خمار ،المرجع السابق ،ص 17 .

5– تنص المادة 29 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على (يكيف القاضي الوقائع و التصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح ندون التقيد بتكييف الخصوم).

[4] – تنص م 105 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: (إذا كان العقد باطلا أ و قابلا للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافر أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.)

كيف بعض أساتذة القانون بأنه أثر استثنائي للعقد الباطل و هي حالات استثنائية يرتب فيها المشرع على العقد الباطل آثارا أصلية للعقد فالبطلان يبقى قائما و الآثار التي يرتبها المشرع جاءت بنص خاص(استثناء من الأصل) وقد اعترض البعض على هذا الاتجاه 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 تحقيقا لحماية الظاهر و مبادئ العدل و الإنصاف و رعاية حقوق الغير الذي أطمأن لهذا العقد، و يبدو أن الاعتراض في محله،ذلك أن الآثار التي تترتب عن العقد الباطل في مثل هذه الحالات الاستثنائية مثل : العقد الصوري، الشركة الفعلية ...الخ إنما نتج عن ذلك العقد الباطل فهو لم يتحول إلى عقد آخر و إنما أستمر في العمل لأسباب قرر المشرع أنها صورية لاستمراره في العمل من أجل حماية الأوضاع الظاهرة.

و الحقيقة أن التحول يتجاوز هذه النظرية حيث أنه أكثر من أن يكون مجرد أثر متصل بالعقد الباطل بل هو عمل جديد يظهر للوجود على أنقاض العقد الباطل بهدف التقليل من حالات البطلان عن طريق تصحيح الوصف القانوني بما يملكه القاضي من سلطة منحها له المشرع في هذا المجال [1].

2 – تحول العقد أثر عرضي للعقد الباطل:

في بعض الحالات يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرضية لا لاعتباره عقدا ولكن باعتباره واقعة مادية [2]، لان مصدرها القانون وليس إرادة المتعاقدين فتنسب هذا لأثار للقانون و ليس العقد و من أمثلة ذلك عقد الزواج الباطل إذا تم الدخول بالزوجة وجبت العدة ، ويثبت النسب رغم انعدام الزواج و تلحق الآثار في مثل هذا الوضع بالقانون و ليس بالعقد لأنه منعدم و لا يترتب عليه أي أثر [3].

و بهذا الصدد يقول الأستاذ "أنور سلطان" (و قوام نظرية تحول العقد أن العقد الباطل و ان كان لا يرتب أي أثر من الأثار التي تبني عليه لو كان صحيحا ،إلا انه ليس ثمة ما يمنع من ان ينتج هذا العقد باعتباره واقعة قانونية آثار 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،غذ يتحول العقد الباطل إلى العقد الجديد الصحيح الذي توافرت أركانه) .

---

[1] – سوالم سفيان،مقال نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الاجتماعية،العدد الثاني ،2017/12/02 ’السنة التاسعة عمان،الأردن،ص06 .

[2]– محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة)،طبعة جديدة ومنقحة ،دار الهدى الجزائر، الطبعة الثالثة ،2013 ’ص346 .

[3] – علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) موفم للنشرالجزائر،الطبعة الثالثة، 2013 ،ص364 .

و تعتبر الآثار الناتجة عن واقعة تحول العقد أثار غير مباشرة لأنها مستمدة من ذات التصرف الأول الباطل،و هي أثار ثانوية بالنسبة للتصرف الثاني الصحيح كون العقد الصحيح الجديد لا يحتوي جميع عناصر العقد الأول،و إنما يحتوي عددا من هذه العناصر التي تكون في مجملها العقد الصحيح و تتفاوت من حيث الشأن و الأهمية [1].

و الغاية الأساسية من هذا الأثر العرفي هو استقرار المعاملات في المجتمع [2].

المطلب الثاني :تطبيقات تحول العقد.

من أجل توضيح فكرة تحول العقد الباطل ارتأينا التطرق إلى تطبيقات التحول و التي تتم بقوة القانون لأن المجتمع يتدخل بنفسه لتقريرها و ذلك لاعتبارات اقتصادية و اجتماعية و أخلاقية و منها ما هو منصوص عليه في القانون المدني (الفرع الأول) ومنها ما هو منصوص عليه في القانون التجاري(الفرع الثاني) .

الفرع الأول :تطبيقات تحول العقد في القانون المدني.

سنتناول تطبيقين من أهم تطبيقات التحول التي نجدها في القانون المدني، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية (أولا) وتحول عقد الوكالة إلى فضالة (ثاني).

أولا – تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية:

الأصل أن تصرفات الشخص صحيحة و نافذة و لا يجوز الطعن فيها مادامت ضمن حدود القانون و كان هذا الأخير بالغا عاقلا راشدا نلكن قد يصيب الشخص مرض الموت، فيحد من حريته في التصرفات في أمواله، ويكون مرضه هذا سببا في تقييد تصرفاته كونها قد تلحق ضررا بمصالح الآخرين فجعل المشرع تصرفات مريض مرض الموت نافذة في حالات معينة،و غير نافذة في حالات أخرى و قد استقى المشرع الجزائري حكم تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية التي تقرر انه لا ضرر و لا ضرار في الإسلام [3]. و من هنا لابد من توضيح مرض الموت .

[1] – ناريمان خمار، المرجع السابق ،ص ص 20و22.

[2]– أمينة لرجم ،المرجع السابق،ص 17 .

[3]– ناريمان خمار ،نفس المرجع ،ص 123 .

1- مفهوم مرض الموت:

لم يأتي المشرع الجزائري في أحطام القانون لتعريف مرض الموت تاركا ذلك للفقهاء [1] ،كما عرف علماء الفقه الإسلامي مرض الموت" انه المرض الذي يغلب فيه خوف الموت و يعجز معه المريض عن قضاء مصالحه و يموت على ذلك الحال **قبل مرور سنة** .

و هناك شروط ثلاث ليكون المرض مرض الموت:

- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه .
- ان يغلب فيه الموت.
- أن ينتهي بالموت فعلا .

حكم تصرفات المريض مرض الموت:

تنص المادة 01/776 من القانون المدني أن (كل تصرف يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه إحكام الوصية،أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف) [2].

و منه فإن التصرف لا يسري في حق الورثة إلا وصية في حدود الثلث و لا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازوه.

أ – بيع المريض مرض الموت: تنص المادة 01/408 من ق م على ما يلي: (إذا باع المريض مرض الموت لوارث،فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة) [3].

- نصت المادة 02/408 من ق م على ما يلي"**أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من اجل ذلك قابلا للإبطال**"

الأصل أنه يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير و لا يعد الغبن اليسير محبات عند عدم استغراقه الدين، فإذا باع المريض في مرض موته لغير وارث بغبن فاحش ناقصا في الثمن، فهو محبات تعتبر من ثلث ماله ،فإذا خرجت من ثلث ماله بعد الدين بأن كان الثلث

[1]– أمينة لرجم،نفس المرجع ،ص 20 .

[2]– حمدي باشا عمر ،عقود التبرعات ، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر ،السنة 2004 ،ص ص 20و 22 .

[3]–القانون رقم58/75 المعدل و المتمم .

يفي بها لزم البيع، و إن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يخير المشتري بأن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع [1].

ب – **هبة المريض مرض الموت:** نصت المادة 204 من ق الأسرة على أن(الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية) [2].

و من القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 41/111 الصادر في 1986/05/05 – غير المنشور– (حيث من المقرر فقها انه يشترط في الواهب إن يكون سليم العقل ،و إن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم و هو في مرض موته و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد إن قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة بدليل انه استدعى الموثق إلى منزله وقت تحرير العقد.

حيث انه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله الهبة مسألة قانون فغن حصول هذا المرض يجب إثباته.

و بما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب و هو في مرض موته لم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا و لم يؤسسوا تأسيسا شرعيا ،الأمر الذي يستوجب نقض القرار) [3].

كما نجد أيضا قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ :2005/06/15 تقضي بأنه:(متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير و المخيف الذي يدخل ضمن الحالات المشار غيها في المادة 204 من قانون الأسرة كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور و يعتبرونه وصية[4].

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري ،نظرية العقد ،نفس المرجع ،ص 313 .

[2]– القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم

[3]– نقلا عن :حمدي باشا عمر، المرجع السابق،ص ص 22 و23 .

[4]– القرار الصادر عن المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، رقم 18410 ، بتاريخ 2005/06/15 ، نشرة القضاة العدد 59 ص231 .

ثانيا – تحول عقد الوكالة إلى فضالة :

تنص المادة571 من ق م على ما يلي :(الوكالة او الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه) و يرى أساتذة القانون أن النيابة هي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل ،في إنشاء تصرف قانوني تتصرف أثاره غلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب [1].

قد يتعدى الوكيل حدود الوكالة بأن يقوم بتصرفات لا يجوز له بمقتضى سند التوكيل القيام بها لحساب موكله أي أن المفروض الوكيل ملزم في حدود معينة فإذا جاوز حدود سلطاته فإن أثار العقد لا تنصرف إلى الموكل،إذ فيما عدا حدود الوكالة يعتبر العقد معدوما،غير أن أثار العقد قد تنصرف أحيانا إلى الأصيل ضمانا لاستقرار المعاملات و حماية لحسن النية ،إذا كان الغير يعتقد عن حسن نية أن النائب يتصرف في حدود سلطاته [2].

و إذا قلنا إن هذه الأعمال ترتب أثارها القانونية فليس مرد ذلك إلى عقد الوكالة لأنها خارج هذه الحدود و بالتالي لا يوجد سند قانوني، أي أن الوكيل ليس نائب عن الموكل في شأنها ، و لا صفة له في مباشرتها فلا ترتب أثارها في مواجهة الموكل و مع ذلك فقد تحولت الوكالة إلى فضالة إذا توافرت شروط هذه الأخيرة [3]. إذا النية اتجهت إليها لو علم الطرفان بأمرها سلفا ، وكان التصرف الذي قام به الفضولي نافعا لرب العمل [4].

فإذا وكل قاصر آخر في القيام بتصرف قانوني و هو غير أهل لذلك قام الوكيل بالتصرف و كان تنفيذه للوكالة نافعا فإنه يمكن الرجوع على الموكل القاصر إن لم يكن على أساس الوكالة فعلى أساس الفضالة إذ يعتبر في هذه الحالة الوكيل فضوليا ،أما إذا لم يكن العمل نافعا أو يدور بين النفع و الضرر فسوف

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق،ص138 .

[2]– فريدة زواوي،مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص ،جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون ،الجزائر،1992 ، ص 122 .

[3]– تختلف الفضالة عن الوكالة فالتزامات الفضولي مصدرها واقعة قانونية و التزامات الموكل مصدرها عقد الوكالة،لذا فالفضالة أوسع نطاقا 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 بما قام به الفضولي. نقلا عن :ناريمان خمار المرجع السابق،ص173 .

[4]– ناريمان خمار ، نفس المرجع،ص 173 .

يحرم الوكيل فضلا عن حرمانه من دعوى الوكالة و دعوى الفضالة و لا يبقى له إلا الرجوع على الموكل القاصر إذا ثبت سوء نيته.

أما في حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته و استحالة إخطار الموكل بهذا التجاوز فعلى الوكيل بإبلاغ الموكل بهذا الخروج على حدود الوكالة في أقرب وقت [1].

بمعنى المخالفة أن الشأن عاجل لأنه إذا لم يكن عاجلا فلا فضالة كما لو كان البيت غير آيلا للسقوط و إنما صرف عليه الجار من أجل تحسينات لا تستدعيها الظروف [2].

وعليه فيكون في تجاوز النائب لحدود سلطته ،نفعا للأصيل، و ذلك إذا وجد فرصة سانحة و لم يستطع الرجوع للأصيل و كانت الظروف يغلب معها الظن بأن الأصيل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، و على النائب في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الأصيل لخروجه عن حدود نيابته [3] .المادة 575 من ق م يصير الوكيل فضوليا إذا خالف الوكيل و جاوز الحدود الموسومة لوكالته، و يتوقف العقد على إجازة الموكل[4].

الفرع الثاني:حالات التحول طبقا للقانون التجاري.

إن نظرية التحول يمتد تطبيقها إلى فروع القانون الأخرى ،و التي من بينها القانون التجاري.

سنحاول دراسة تطبيقين هما تحول السفتجة (أولا) و تحول الشركات التجارية(ثانيا)

اولا- تحول السفتجة: ورقة تجارية تتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى (الساحب) إلى شخص آخر يسمى ،و ذلك بأن يدفع مبلغا معينا من النقود إلى شخص آخر هو المستفيد أو الحامل بعد التظهير في مكان معين و في زمان محدد أو لدى الإطلاع .

يشترط لإنشاء السفتجة شروط موضوعية (الأهلية- الرضا –المحل – السبب) ،و أخرى شكلية (بيانات إلزامية و أخرى إختيارية) باعتبارها تصرفا قانونيا صادرا من الساحب .

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق،ص635 .

[2]- ناريمان خمار ، نفس المرجع،ص 174 .

[3]- محمد صبري السعدي، نفس المرجع ، ص 145 .

[4] - عبد الحكيم محمود البعلي، تحول العقود و إعادة تكييفها و أثر العوارض الطارئة في ذلك ، المرجع السابق،ص 183 .

غن الشروط الشكلية في حقيقة الأمر تتلخص في توافر جملة من البيانات الإلزامية أوجبها القانون في المادة 390 من القانون التجاري الجزائري ،ضف إلي ذلك ضرورة أن تفرغ السفتجة بصورة مكتوبة لكونها سندا تجاريا و معدة للتداول[1]،

أما الفقرة الثانية من المادة 390 من ق ت نصت على الجزاء المترتب على تخلف تلك البيانات و هو عدم اعتبار السند الخالي منها سفتجة إلا في الأحوال المنصوص عليها أو تلك الاستثناءات التي أوردتها التطبيقات القضائية و منها ما يتعلق بنظرية التصحيح و التحول، بطلان السفتجة المعيبة لا يعني تجريدها من كل أثر قانوني فقد تكون صحيحة كتصرف قانوني آخر و ذلك في حالات منها:

1- **تحول السفتجة إلى سند عادي:** هناك بيانات يشترطها قانون الصرف للسندات التجارية ، و لكن القواعد العامة لا تتطلبها لصحة السندات العادية التي تثبت المديونية فإذا لم تتضمن السفتجة شرط الأمر أو تاريخ الإنشاء أو خلت من بيان لفظ السفتجة على متن النص و كذلك إذا كان موضوعها شيئا آخر غير النقود فهنا تبطل بطبيعة الحال كسفتجة و تخرج عن نطاق قانون الصرف إلا انه يمكن تحويلها إلى سند عادي[2].

إذ لا يمكن اعتبار هذا السند سندا تجاريا بحسب الشكل بل هو سند مدني يخضع في تطبيقه لما تقرره الأحكام العامة ، ما نود الإشارة إليه أن تحول السفتجة إلى سند عادي لم يتعرض له المشرع الجزائري في القانون التجاري، و إنما يكون بالرجوع إلى القواعد العامة حيث نجد المادة 105 من ق م .

كما تنص المادة 02/396 من ق ت "**إذا أدرج الساحب في نص السفتجة عبارة ليست لأمر أو عبارة مماثلة فلا يكون السند قابلا للتداول إلا على الشكل و الآثار المترتبة على التنازل العادي** ".

2 – تحول السفتجة إلى ورقة تجارية أخرى : دائما و عملا بالقواعد العامة و بالضبط المادة 105 من ق م فان السفتجة قد تتحول إلى سند تجاري آخر ، إذا كانت مستوفية للخصائص العامة للسندات التجارية [3] ، من بين البيانات التي تشتمل عليها السفتجة ، ذكر اسم من يجب عليه الدفع " المسحوب عليه" و في ما خلت الورقة من هذا البيان تبطل بصفتها سفتجة ، و ذلك لتضمنها شخصين فقط و هما الساحب و المستفيد ، إلا أنه يمكن أن تتحول إلى سند لأمر إذا كان محرره تاجرا أو صدر بمناسبة عمل

---

[1] – سليم سعداوي، السندات التجارية ، دار الحديث ، الجزائر،السنة 2009 ،ص04 .

[2]– احمد محرز ،القانون التجاري الجزائري، الجزء الثالث ، السندات التجارية (السفتجة ، السند لأمر ، الشيك) دار النهضة العربية للطبع و النشر، لبنان ،ب ط ، السنة 1980 ، ص 56 .

[3]– سليم سعداوي ، المرجع السابق ، ص20 .

تجاري عندها يخضع لأحكام قانون الصرف، فيتم تداوله بطريق التظهير ،كما تترتب عليه جميع أثاره ، من ضمان الوفاء و تضامن الموقعين و تظهير الدفوع و ذلك بالطبع متى تضمنت الورقة الباطلة بيان " شرط لأمر" مع توافر البيانات الأخرى اللازمة لصحة سند لأمر المنصوص عليها في المادة 456 من ق ت [1] .

ثانيا- تحول عقد الشركة :

التحول في الشركات التجارية عرفه الفقهاء بأنه (عملية بمقتضاها تنتقل الشركة من شكلها إلى شكل آخر من إشكال الشركات التجارية)

و تحول الشركة يقصد به أيضا تلك العملية التي تقوم بها الشركة أثناء حياتها بانتقالها من الشكل القانوني الذي اتخذته منذ البداية عند تأسيسها إلى شكل أخر من الشركات دون أن يؤدي ذلك غلى انقضاء شخصيتها المعنوية

و التحول في الشركات التجارية نوعى إلزامي يقصد به إلزام الشركة التجارية التي يحددها القانون و في ظروف معينة، وبالمقابل نجد التحول ألجوازي و الذي يقصد به ترك الحرية للشركاء للقيام به وفقا لظروفها دون إلزامها به [2] .

و من هنا نستعرض بعض حالات التحول للشركات التجارية

1- التحول الناتج عن وفاة أحد الشركاء:

المشرع الجزائري نص في م 562 ق ت " **تنتهي الشركة بوفاة احد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي.**

و يعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك في حالة استمرار الشركة غير مسئولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم " [3].

و فقا لهذه المادة يتضح أن شركة التضامن تنقضي – كأصل عام- بالوفاة و استثناءا إذا تضمن القانون التأسيسي ذلك.

---

[1]- أحمد محرز ، نفس المرجع ، ص58 .

[2]- نور فوزي قنى ، تحويل الصفقة القانونية لشركات المساهمة العامة (دراسة مقارنة) ، ماجستير،جامعة الشرط الأوسط، كلية الحقوق،الاردن،2021 ،ص09 .

[3]- أنظر المادة 562 ق ت.

في هذا التصور إذا ترك المتوفى ورثة قصرا اعتبروا شركاء غير مسئولين إلا بقدر حصص مورثهم و هنا يصبح لدينا شركاء متضامنون(الشركاء الأصليين) و شركاء قصر (الورثة) فنكون بالتالي أمام شركة توصية بسيطة [1].

و بالنسبة لشركة التوصية البسيطة فقد نص المشرع الجزائري م 563 مكرر09 من ق ت على أنه" **تستمر الشركة رغم وفاة شريك موصى ،إذا أشترط أنه رغم وفاة أحد الشركاء المتضامنين فان الشركة تستمر مع ورثته فإن هؤلاء يصبحون شركاء موصين إذا كانوا قصرا غير راشدين و إذا كان المتوفي هو الشريك المتضامن الوحيد و كان ورثته كلهم قصرا غير راشدين،يجب تعويضه بشريك متضامن جديد أو تحويل الشركة في أجل سنة إبتداءا من تاريخ الوفاة و إلا حلت الشركة بقوة القانون عند انقضاء هذا الأجل"[2].**

و لعل الحكمة من هذا التحول الوجوب و الإلزامي هو دعم الاستقرار القانوني و العملي للشركة في حال استمرارها مع الورثة من جهة و حماية للقصر من المسؤولية التضامنية المطلقة من جهة أخرى [3].

2- التحول الناتج عن زيادة أو انخفاض عدد الشركاء عن النصاب القانوني:

ألزم المشرع الجزائري في المادة 590 من ق ت الشركاء في حال تجاوز عددهم الخمسين (50) شريكا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تحويلها لشركة مساهمة في أجل سنة واحدة و يترتب على مخالفة هذا الحكم إنحلال الشركة بقوة القانون [4].

ركن تعدد الشركاء في الشركة يفترض بداهة ألا يقل عدد الشركاء عن اثنين بالنسبة لجميع أشكال الشركات التجارية لأنه أمر تقتضيه الفكرة التعاقدية للشركة(النظرية التقليدية).

غير أنه تماشيا مع الاتجاه الحديث يمكن تصور شركة بشريك واحد م 564 من ق ت" **تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر غلا في حدود ما قدمو من حصص،إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة :مؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة ".**

---

[1]- أحمد عبد الرحمان سالم، التحول الإلزامي للشركة التجارية(دراسة مقارنة) ، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية ، مجلد 15، العدد 01 ،2022 ،ص414 .

[2]- انظر المادة 563 مكرر 09 من ق ت.

[3]-أحمد عبد الرحمان بن سالم،نفس المرجع، 415 .

[4]-انظرالمادة 590 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم .

مما يستفاد منه أنه إذا قل عدد الشركاء الموصين اقل من (3) و لا يذكر أسمهم في أسم الشركة بمجرد انخفاض عدد الشركاء عن هذا النصاب القانوني فإن الشركة كأصل عام تحل بقوة القانون، إلا أنه و نظرا للحفاظ على المراكز القانونية و حماية للغير فإن المشرع أجاز إمكانية تحويل شركة التوصية بالأسهم إلى شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة و من خلال ما سبق يتبين لنا ان عملية تحول الشركة التجارية من أهم و أنجح الآليات القانونية التي تعمل على تعزيز و ضمان استمرارية المشاريع الاقتصادية و التجارية و كذلك المحافظة على مختلف المراكز القانونية التي تنبثق عن عقد الشركة[1].

[1] – احمد عبد الرحمان بن سالم،المرجع السابق،ص 421 .

المبحث الثاني :تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهه

إن نظرية تحول العقد قد تشتبه بأنظمة قانونية أخرى تعطي القاضي أو أحد أطراف العقد سلطة التأثير في مضمون العقد أو في عنصر من عناصره كالإنقاص أو التكملة أو التصحيح إضافة غلى الإجازة و هي أنظمة قريبة الشبه بتحول العقد ،الأمر الذي دفع الكثير إلى الخلط وعدم تمييزها عنه .

و هذا ما دفعنا إلى توضيح هذه الأنظمة المقاربة في إنقاص العقد و تكملته (المطلب الأول) و أيضا تصحيح العقد و إجازته (المطلب الثاني) .

المطلب الأول :تمييز تحول العقد عن إنقاص العقد و تكملته

في هذا المطلب سندرس فكرتي إنقاص العقد (الفرع الأول) و فكرة تكملة العقد (الفرع الثاني) .

الفرع الأول :تحول العقد و إنقاصه

لتمييز تحول العقد عن إنقاصه لابد لنا من توضيح فكرة إنقاص العقد (أولا) ثم إظهار أوجه الشبه و الاختلاف بينهما(ثانيا).

أولا – فكرة إنقاص العقد :

إن مسألة إنقاص العقد، إنما تتحقق بوجود عقد يجمع بين دفتيه البطلان و الصحة في آن واحد،بمعنى أن العقد صحيح فيشق منه،و باطل في شق آخر، فيصيب البطلان في جزء منه، فينتقص هذا الجزء الباطل و يزول ،و يبقى الباقي من العقد باعتباره عقدا صحيحا مستقلا قائما بذاته ،طالما أن نية المتعاقدين اتجهت إلى ذلك ما لم يكن الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد (غالبا ما يكون البطلان في ركن المحل و لا يتصور في السبب و الرضا لأننا نكون أمام تحول العقد)

أما بالنسبة للعقد الذي يقترن بشرط باطل بمعنى أركان العقد صحيحة ، و لكن يضع المتعاقدان شرطا يقترن به العقد قد يؤثر على وجود الالتزام و يكون شرط باطل فيبطل الشرط وحده و يبقى العقد صحيحا لأن الشرط لم يدخل في ماهية العقد [1].

كما أن المادة 104 ق م تقتضي بأنه " **إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ،أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله**" وهذه هي نظرية الإنقاص و مثال ذلك شخص يهب لزوجته التي طلقها مالا و لا

[1]– كاظم يوسف ألحلفي، مقال العنصر النفسي و أثره في انتقاص العقد،(دراسة مقارنة في القانون العراقي و الإنجليزي)مجلة الحقوق،العددان 38 و39 ،كلية القانون، الجامعة المنتصرية، العراق،بدون سنة الطبع،ص ص 10و09 .

يشترط عليها أن لا تتزوج و ليس لها ولد منه و تبين إن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها فيكون الشرط باطلا و الهبة صحيحة،أما إذا كانت الهبة قد منحت لها لأن الواهب يريد أن لا تتزوج لرعاية أولاده منها،فإن هذا الشرط هو الباعث الدافع و تبطل الهبة إذا تزوجت [1].

طبقا للمادة 104 من ق م سابقة الذكر يشترط لتطبيق نظرية إنقاص العقد تحقق الشروط التالية:

1-إن يكون العقد قابلا للانقسام : لأنه إذا لم يكن قابلا للانقسام ترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للإنقاص بل للتحول إذا توافرت شروطه ،فمثلا إذا أقترن عقد هبة بشرط غير مشروع و لم يكن هو الباعث على التعاقد،فان العقد في هذه الحالة ينتقص ببطلان هذا الشرط وحده بطلانا مطلقا،أما إذا تبين أن هذا الشرط كان هو الباعث على الهبة فان العقد لا ينتقص بل يبطل بأكمله و يتحول إلى عقد آخر إذا استجمع شروط هذا العقد الأخير.

وعبئ إثبات عدم قابلية العقد للانقسام و بالتالي بطلانه بأكمله تبعا لبطلان شق منه يكون لأي مدى البطلان [2].

2-الشق الباطل غير الجوهري: الانتقاص ما هو إلا إنقاذ العقد من البطلان عن طريق استبعاد الجزء الباطل منه ، ومن ثم تجنب مد البطلان إلى أجزاء العقد الباقية ،إلا أن ذلك يعتمد على عدم جوهرية الجزء الباطل ،فإذا اتجهت نية المتعاقدين المشتركة أو أحدهما إلى إن الجزء الباطل من العقد ما كان ليتم بدونه عندها لا يمكن إنقاص العقد و إنقاذه من البطلان الذي يهدده، و من ثم فلا يمكن تصحيح العقد الباطل،إذا أثبت من يدعي البطلان الكلي بان الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد و في جميع الأحوال يجب أن يتضمن الجزء المتبقي من العقد العناصر اللازمة لوجود العقد ،ينبغي أن لا يؤدي قطع جزء من العقد إلى تغيير وصفه القانوني بمعنى أن لا يؤدي إلى تغيير في نوعه و طبيعته فإذا كان العقد بعد بتر الجزء الباطل منه قد أصبح نوعا آخر غير الذي كان ينتمي إليه قبل البتر فعندها لا نكون أمام تصحيح للعقد بإنقاصه،و إنما نكون أمام تحول للعقد الباطل إلى عقد آخر [3].

---

[1]- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، طبعة 05،الجزائر،2003، ص79 .

[2] - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الالتزام) ،دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1998، ص 200.

[3] - كاضم حمادي يوسف الحلفي،المرجع السابق ، ص 07.

3-بطلان شق من العقد: إي أن يكون العقد باطلا في جزء منه فقط، فإذا كان باطلا بأكمله فلا ينتقص بل يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت شروط تحول العقد السابق بيانها [1].

ثانيا – أوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد و إنقاصه:

إن كلا من نظريتي الإنقاص و التحول تقومان على فكرة أساسية مؤداها استفاء العقد الذي أصيب بالبطلان إلى اكبر قدر ممكن طالما إن لا يزال متفقا مع أهداف القانون و مع أغراض المتعاقدين في حالة عدم تعارضهما مع أحكام القانون ، و يحصل التداخل بين الفكرتين أيضا من حيث أن كلا منهما يعتمد المعيار الذاتي الذي يطلق للإدارة الفردية حريتها في إبرام التصرفات القانونية و ذلك في التشريعات التي تسودها النزعة الفردية و التشريعات الأخرى التي سارت على هذا النهج[2].

و من أوجه التشابه بين نظرية تحول العقد و نظرية الانتقاص أن كلا النظريتين تقومان على نفس الفكرة الأساسية و هي وجود بطلان في العقد الأصلي ففي التحول لابد أن يكون العقد الأصلي باطلا كله و مشتملا على عقد صحيح وفي الانتقاص لابد أن يكون البطلان في جزء من أجزاء العقد مع عدم ترابط الأجزاء الصحيحة و الأجزاء الباطلة [3].

يتفق تحول العقد و انتقاص العقد أنهما أثار عرضية تترتب على العقد الباطل بالرغم من أن هناك راي من الفقه يعد الانتقاص من الآثار الأصلية للعقد باعتباره عقدا صحيحا بجزء منه و باطل في بجزء آخر.

كما يشتركان في الإرادة الافتراضية التي على أساسها يؤسس القاضي الحكم الذي يصدره في النزاع العقدي المعروض عليه حالا نفسه محل أطراف العلاقة العقدية.

و يبرز التشابه بينهما أيضا من خلال النية اللازمة لإعمال كل منهما هي "**نية افتراضية**" يعمد القاضي من خلالها إلى تأسيس حكمه في النزاع المعروض عليه،وذلك بإحلال إرادته محل إرادة أطراف العلاقة العقدية،هادفا بذلك إلى إنقاذ العقد من البطلان و مساعدة الأطراف في تحقيق غايتهم الاقتصادية.

رغم التشابه الكبير بين تحول العقد و إنقاصه، إلا أنهما يختلفان في عدة نقاط جوهرية تجعل كلا منهما نظاما مستقلا بطبيعته و شروطه وأثاره .

---

[1] – أنور سلطان ،نفس المرجع،ص 200.

[2] – كاضم حمادي يوسف ألحلفي،نفس المرجع ص01.

[3] – بلقيس لؤي جميل حدادين ،المرجع السابق، ص14 .

و يكمن الفرق بين تحول العقد و انتقاصه في طبيعة البطلان الذي يعتري العقد لا بد أن يكون كليا في التحول أما في الانتقاص فالبطلان يكون في جزء من أجزاء العقد [1].

و الواقع أن ما يميز نظرية انتقاص العقد عن تحول العقد أنها تكريس لخصائص البطلان إذ أن البطلان يقبل التجزئة فإذا ما وقع البطلان على عنصر من عناصر العقد و كان العقد قابلا للانقسام، انحصر البطلان في ذلك الجزء في حين التحول لا يمكن ممارسته إلا بصدد عقد باطل أو قابل للإبطال برمته ففكرة تحول العقد لها مجال مختلف عن مجال فكرة الانتقاص [2].لان الانتقاص يكون عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق من العقد، كما لو أقترن عقد القرض بشرط فائدة يزيد عن الحد المسموح بها قانونا فلا يصيب البطلان إلا تلك النسبة الزائدة عن الحد الجائز، و يصح العقد فيما وراءها[3].

كما أن تحول العقد هو عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل،أما انتقاص العقد فيفترض بقاء نفس العقد مع بتر الجزء الباطل منه إذا كان هذا العقد قابلا للانقسام [4].

كما يبرز الاختلاف أيضا في دور القاضي في انتقاص العقد ينحصر دور القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين، فدور القاضي في البحث عن نية المتعاقدين و التأكد من إن إرادتهما كانت ستنصرف إلى إبرام العقد المتحول إليه لو أنهما كانا يعلمان ببطلان تصرفهما الأصلي فالقاضي يحل نفسه محلهما و يبدل عقدهما القديم عقدا جديدا ،الأمر الذي يعني أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست تحكيمية لأنه عليه أن يسترشد بإرادة الأطراف المتعاقد بالذات [5].

الفرع الثاني :تحول العقد و تكملته.

لتمييز فكرة تكملة العقد عن تحوله لا بد من توضيح فكرة تكملة العقد (أولا) و أهم أوجه الشبه و الاختلاف بين النظامين (ثانيا)

---

[1]– كاضم حمادي يوسف الحلفي، المرجع السابق،ص ص 17و34 .

[2]– شهر و كمال عبد الله،نظرية النحول في القانون المدني والإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ما جستير،جامعة الشرق الأدنى ، تركيا ، السنة 2022 ،ص 10 .

[3]– محمد عمار تراكمية غزال،مقال الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد(دراسة مقارنة)، كلية القانون ، جامعة قطر ، مجلة كلية احمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية ، ب ط ،ص68 .

[4]– كاظم حمادي يوسف الحلفي،نفس المرجع،ص34 .

[5]– محمد عمار تراكمية غزال، نفس المرجع، ص69.

أولا – فكرة تكملة العقد

القاضي يلجأ إلى القوانين المكملة لتحديد نطاق العقد و استكماله ، فالمتعاقدان يتركان المسائل التفصيلية دون تحديد، وعندئذ تكون القوانين المفسرة مساعده للقاضي في استنتاج هذه المسائل [1].

فالقضاء يجب عليه تكملة مضمون العقد بالرجوع إلى قواعد القانون المكملة لإرادة المتعاقدين وما يقضي به العرف.

ويمكن أن تضاف إليها قواعد الإنصاف و العدالة، لاستكمال موضوع العقد ،كما أن القانون لم يفصل بين تفسير العقد و استكماله.

وإذا اختلف المتعاقدان حول المسائل التفضيلية التي احتفظا بها لاتفاق لاحق ، و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإنه يجب أن يستكمل القاضي ما تعرض إليه العقد بتحديد مسائله التفضيلية في العقد فلم ويتعرضا لتحديدها و لم يحتفظا بها لاتفاق لاحق ،ففي هذه الحالة أيضا ينعقد العقد و يكون على القاضي ان يكمله بتحديد مسائله الجوهرية ،اما بالرجوع للقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين التي نظم بها المشرع العقد المسمى المتفق عليه ،و إما لطبيعة المعاملة و العرف و العدالة ومن أمثلة ذلك تسليم ملحقات الشيء المبيع و خاصة ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء،و ذلك طبقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين [2].

و لذلك سنتطرق إلى القواعد المكملة للعقد [3] القانون و العدالة العقدية و العرف.

1– القوانين المكملة للعقد:لا يمكن لأطراف العقد التطرق إلى كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد ، و في هذه يتعين على القاضي الرجوع إلى القواعد المكملة [4]، التي وردت في موضوع العقد باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها سكوتها عن ذكر ما يخالفها و لذلك لجأ المشرع الجزائري بالنص عليها

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد،النظرية العامة للالتزام مصادر إرادية (العقد،الإرادة المنفردة)، دار المعرفة الجامعية،طبعة 1994،ص283.

[2]– جلال علي العدوي،مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ،دار الجامعة ، طبعة 1994، ص ص 236 و237.

[3]– المادة 02/107 من ق م " و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة ، بحسب طبيعة الالتزام."

[4]– دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة) ماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقاسم ،تلمسان، السنة 2008/2007 ، ص 66 .

صراحة في المادة 107 /03 بأنه على القاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد و طريقة تنفيذ العقد التي أخذ بها المتعاقدان.

2- العدالة العقدية:

تعتبر قواعد العدالة بالنسبة للقاضي هي المرجع في تحديد مضمون الالتزام ،اذا لم تسعفه في ذالك احكام القانون او العرف ،و من ذالك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على إسرار صاحب العمل الصناعية و التجارية حتى بعض انقضاء عقد العمل،و ما قرره فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود الالتزام بضمان السلامة [1] .

وقد يأخذ القاضي بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه مثل التزامات يفترض دخولها في نطاق العقد حتى و لم يرد بشأنها نص في القانون و لم يتفق عليها وذلك أن العدالة تقتضي تقريرها .[2]

3-العرف كعامل لتكملة العقد:

العرف عامل لتكملة العقد،حيث نصت على ذالك م1135 من القانون المدني الفرنسي و تقابلها المادة148من القانون المصري والمادة 107 من القانون المدني الجزائري،و من هذه المواد نلاحظ بأن العرف يكمل العقد كما يكمل قواعد القانون[3] .

ويسهم العرف كذالك في تحديد مضمون العقد ،و العرف يجري مجرى القانون و يكمل نطاق العقد ،و ذالك بوجه خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية ،و يتصل العرف بالشروط المألوفة[4]،فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه دون الحاجة إلى النص عليها صراحة[5] .

4- طبيعة التزام العقد:

يرجع القاضي إلى طبيعة الالتزام لتحديد مضمون العقد،فمثلا في بيع منزل يعتبر من مستلزمات البيع مفاتيح المنزل و مستندات الملكية ،و الحقوق المرتبطة به،كحقوق الارتفاق المقررة له[6] .

---

[1]- أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة (النظرية العامة للالتزام) ،دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة ، مصر ،طبعة 2005 ،ص332.

[2]- نبيل ابراهيم سعد،المرجع السابق،ص284.

[3]-عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد،المرجع السابق،ص951.

[4]- دالي بشير، المرجع السابق،ص 67 .

[5]- نبيل ابراهيم سعد،نفس المرجع،ص369.

[6]- انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق،ص331.

ثانيا- أوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد و تكملته:

من بين أهم أوجه الاتفاق بين النظامين تتمثل في أنهما يهدفان إلى الإبقاء العقد و المحافظة عليه بما يهدده.

كما يلتقي النظامان أيضا في ذلك الدور الكبير الذي يلعبه القاضي اذ نجده يؤدي دورا منشأ ،يتجاوز فيه الدور الكاشف ففي تكملة العقد نجده ينشئ محتوى العقد و يستكمله بإضافة التزامات جديدة تفرض على عاتق المتعاقدين، وكذلك بالنسبة لنظام التحول فالقاضي عند قيامه بتحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح يهدف من خلال ذلك مساعدة أطراف العلاقة العقدية في تحقيق الغايات الاقتصادية التي يتعذر عليه تحقيقا من غير ممارسته للدور المنشئ [1].

كما يتفق دور قاضي الموضوع في تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح من دوره في تكميل البنود التفصيلية ،فالقاضي لا يستطيع أن يضيف أي متعاقدين جدد إلى الرابطة العقدية أثناء إجرائه 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 العقد [2].

على الرغم من أوجه الشبه الموجودة بين النظامين إلا أنهما يختلفان في أمور جوهرية لعل من أبرزها ان التكملة ترد على العقد الصحيح في حين أن التحول ترد على العقد الباطل.

كما أن التحول هو وسيلة لتفادي بطلان العقد ،بينما التكملة هي وسيلة لتحديد نطاق العقد الصحيح ببيان ما ينتجه من حقوق و ما يولده من التزامات.

و يبرز الاختلاف بين النظامين أيضا في أن تكملة العقد تبقي على طبيعة العقد كما هي [3].

المطلب الثاني :تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد و إجازته.

من خلال هذا المطلب سنحاول تسليط الضوء بشكل أكبر على أهم ملامح نظام التحول بشكل لا يثير اللبس مع غيره من الأنظمة التي قد تقترب منه، بحيث نقوم بتوضيح العلاقة بين تحول العقد و تصحيحه (الفرع الأول) و أيضا العلاقة ما بين تحول العقد و إجازته (الفرع الثاني) .

---

[1] -أسامة أحمد بدر، تكميل العقد: دراسة تحليلية في القانون المدني المصري و الفرنسي،دار الجامعة الجديدة،مصر،السنة2011 ،ص 25 .

[2]- ناريمان خمار،المرجع السابق،ص 48 .

[3]- لرجم أمينة، المرجع السابق، ص 48 .

الفرع الأول:تحول العقد و تصحيحه.

لتمييز تحول العقد عن تصحيحه لا بد من توضيح فكرة تصحيح العقد (أولا) ثم التوصل الى أوجه الشبه و الاختلاف بينهما (ثانيا) .

أولا- فكرة تصحيح العقد :

تحديد مفهوم تصحيح العقد يوجب علينا بيان معناه و الحالات التي يمكن أن يتم فيها ، بداية يلاحظ انه ليس هناك نصوص قانونية خاصة بالتصحيح تمثل مبدأ أو نظرية عامة له غير أنه يمكن تلمس بعض التطبيقات هنا و هناك ،نتيجة غياب النص المباشر علي حاول الفقه وضع تعريفات له[1] .

عرف الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري تصحيح العقد بأنه "يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا إلى جعله صحيحا[2] ، غير أن هذا التعريف أنتقد بأنه يقتصر على حالة واحدة (إضافة عنصر إلى العقد الباطل) وأهمل بقية الحالات (الإنقاص أو الإبدال) .

كما عرفه الدكتور على كاظم الشباني بأنه " **هو إصلاح للعقد بإزالة العنصر الفاسد أو إضافة الركن المختلف وهو عمل إيجابي فهي عملية تضفي على العقد كيانا قانونيا** " يأخذ هذا التعريف اقتصار على وسيلتين للتصحيح (الإضافة والإنقاص) ، دون أن يتطرق إلى الإبدال[3] .

أما بالنسبة لمنصور حاتم محسن بأنه " **زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المشرع يترتب عليها الإبقاء على العقد مصححا بأثر رجعي** "

هذا التعريف يشوبه نوع من الغموض، بحيث يشمل العديد من المفاهيم التي يمكن إدراجها تحته [4].

ومنم الفقهاء الغربيين الذين عرفوا التصحيح تعريف C.GTHIBIERGE التي ترى أن " **التصحيح هو إصلاح موضوعي لعقد مشوب بعيب يرتب البطلان الذي من أثاره تحصين العقد بطريقة جوهرية في مواجهة الكافة ، إنه يحصن العقد للمستقبل بحيث يصبح غير قابل للبطلان**"[5] .

---

[1]- شهرو كمال عبد الله ،المرجع السابق ،ص 13.

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الأول مصادرالإلتزام بوجه عام ، ط2 ، مصر،دار النهضة العربية ، 2011 ص501.

[3]- شهرو كمال عبد الله ، نفس المرجع ، ص13.

[4]- صالح بوهلة، أحكام تصحيح العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر (1) كلية الحقوق سعيد حمدين ، سنة 2014/2013 ،ص9.

[5] GC.GTHBIERGE.NULLITE ,RESTITUTION ET RESPONSABILITE (L.G.D.G) TONE218 ,PARIS 1992,P01,09.

يتضح لنا من خلال هذه التعريفات أنه يجب توافر ثلاث شروط لتصحيح العقد المعيب وهي :

1- **وجود عقد معيب:**إن التصحيح لا يمكن إعماله إلا بخصوص العقد المعيب ،والذي يكون مهدد بالبطلان كنتيجة لذلك يشترط قيام العقود وذلك باكتمال أركانهّ ، وأن يكون هذا العقد معيبا منذ إبرامه .

أ- **وجود العقد** : يرتبط التصحيح بوجود عقد معيب يرتب عليه القانون البطلان في هذه الحالة يكون التصحيح ضرورة لبقاء هذا العقد قائما ، فإذا تم إبطاله فلا يمكن إعماله بعد ذلك فيشترط عدم وجود حكم قضائي نطق بالبطلان ، والذي يترتب عنه زوال العقد بأكمله ، لأن من أثاره إعادة أطراف العقد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، وعليه فشرط وجود العقد وبقاءه قائما يعتبر أساسي ومهم لإعمال تقنية التصحيح [1].

ب-**عقد معيب منذ إبرامه** : إن التصحيح يكون لاحقا لإبرام العقد الذي نشأ معيبا ،فتستبعد من مجال تطبيقه العيوب التي تلحق بالعقد بعد إبرامه ، والتي ترتبط خصوصا بالمحل (أصبح مستحيل مثلا)[2].

2- **إمكانية تصحيح العقد** : حتى يمكن القول أن العقد تم تصحيحه وزوال العيب الذي كان يهدد صحته ، لابد أن يكون هذا العيب قابلا للتصحيح إما بإصلاحه أو بإزالته دون أن يتغير التكييف القانوني للعقد ، أو بإعادة إنشائه من جديد ومثال ذلك الشكلية التي تعتبر ركن في العقود الشكلية ، فإضافة الشكل الذي قرره القانون لا يعتبر تصحيحا لهذا العقد بل إنشاء له ، إن تخلف هذا الشكل نتيجته البطلان ولا يمكن أن يقوم بدون وكذلك الحال إذا كان سبب العقد غير مشروع ، فلا يمكن القول بتصحيحه عن طريق تغيير سببه فالتصحيح يحصل متى كان في الإمكان تصحيح العيب[3] **ثانيا – أوجه الشبه والاختلاف فيما بين تحول العقد وتصحيحه :**

يتشابه نظام التحول مع نظام التصحيح في عدة أوجه ومن أهمها أنهما يريدان على العقود الباطلة ومنه يهدفان إلى إنقاذ العقود من البطلان والعمل على استقرار التعامل الاقتصادي.

كما تبرز أوجه الشبه بينهما في مبدأ رجعية الأثر المترتب على كل منهما ويتشابه النظامان في مسألة أخرى وهي أن كل منهما يرد على العقود الباطلة بطلانا مطلقا ، حيث نجد أن التصحيح عندما يرد على العقد الباطل يرفع عنه صفة البطلان وذلك بتغيير عنصر من عناصره سواء كان ذلك بالإضافة أو من

[1]- صالح بوهلة ، نفس المرجع، ص16

[2]- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص224.

[3]- صالح بوهلة ، نفس المرجع ، ص ص 18 و19.

خلال إبعاد عنصر العقد أو من خلال استبدال عنصر بآخر كما ويرى بعض الفقهاء إمكانية ورود التصحيح على العقود الباطلة بطلانا نسبيا كما يمكن أن ترد على العقد الموقوف حيث يرون انه يتم تصحيح هذه العقود عن طريق التأييد أو الإجازة ومن الأمور الأخرى التي يتقارب فيها كل من التحول والتصحيح هو إن الآثار المترتبة على تحققهما تمتد لتشمل الجميع وليس أطراف العلاقة العقدية فقط فهي تشمل الأطراف الثالثة كحسن النية وغيره حيث لا يحق لأي من هؤلا ء الطعن بالعقد بعد تحققهما وعلى الرغم من أوجه التقارب والتشابه التي تبرز بين النظامين والتي أشرنا إليها سابقا فإن هذا القول بأي حال من الأحوال لا يعني أنهما يمثلان نظاما واحدا حيث أن هناك من الفوارق والاختلافات التي يمكن من خلالها تمييز النظامين بوضوح ومن أهم تلك الاختلافات [1] :

- في التحول يتغير موضوع العقد بالكلية ، كأن تتحول المضاربة إلى قرض والكفالة إلى حوالة وأما التصحيح فيبقى في موضوعه
- التحول يتعلق غالبا بالعقد الباطل وأما التصحيح فيكون أحيانا شاملا للباطل والقابل للإبطال[2] .

ومن خلال ما سبق يظهر إن التحول يكون من عمل القاضي أو بقوة القانون ، بينما التصحيح إضافة إلى ذلك يتم بإرادة المتعاقدين ، كما أن التصحيح يتم بإضافة أو تغيير بند من بنود العقد بينما التحول يقتصر على استبدال العقد الباطل بالعقد الجديد من دون أية إضافة أو إزالة[3] .

وعلى الرغم من إن كلا من التصحيح والتحول يشترطان عقدا معيبا منذ إبرامه إلا أن النتيجة المتحصل عليها من إعمالها مختلفة ، فينتج عن تحول العقد تغيير التكييف القانوني للعقد إلى عقد آخر جديد ، بينما يبقى العقد محتفظا بتكييفه بعد تصحيحه مرتبا لكل أثاره ، كما إن التحول يستلزم بطلان العقد كلية مع تغيير تكييفه لعقد آخر ، على عكس التصحيح الذي يشترط عدم صدور حكم قضائي يقضي ببطلان العقد حتى يمكن إعماله ، فإن قضى ببطلان العقد يكون أمام إمكانية تحول العقد لا تصحيحه ، بالإضافة إلى ان تحول العقد الباطل وهو العقد الأصلي ينتج عنه أن هذا الأخير يبطل كلية ويصبح منعدم الوجود كأن لم يكن ، بينما يرتب العقد الجديد الصحيح كل آثاره ، في حين أن العقد بعد تصحيحه يستقر تماما لزوال العيب ، ومنه زوال التهديد بالبطلان [4].

---

[1]– شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ، ص ص 16 و17.

[2]– رضا عمور ، المرجع السابق ، ص 102.

[3]– على فيلالي ، المرجع السابق، ص 353 .

[4]– صالح بوهلة ، المرجع السابق، ص 30.

كما ويتميز نظام التحول عن التصحيح في مسألة هامة وهي أن التحول إنما يعد من الآثار العرضية للعقد الباطل بوصفه واقعة قانونية ،حيث أن أيا من المتعاقدين لم يكن يقصد حقيقة الآثار التي ترتبت على العقد الجديد الصحيح حيث أنهما ارتبطا في الأصل بالعقد الباطل دون أن يدور بخلدهما أن عقدهما هذا نشأ باطل وأنه نتيجة احتوائه على أركان عقد آخر فقد تحول إلى هذا العقد الآخر وان الآثار التي ترتبت هي أثار العقد الجديد وليس العقد الباطل القديم وعليه فإن التحول يعد من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل في حين أن التصحيح هو ليس من الآثار العرضية بل هو من الآثار الأصلية ولكن يمكن اعتباره من الآثار الاستثنائية التي تقع استثناء لاعتبارات يراها المشرع ضرورية تساهم في تحقيق الاستقرار والتوازن الاقتصادي وبالتالي فالآثار المترتبة على التصحيح هي ذات الآثار الناجمة عن العقد الذي تم تصحيحه[1].

الفرع الثاني :تحول العقد و إجازته.

سنتناول في هذا الفرع فكرة إجازة العقد (أولا) ثم أوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد و إجازته (ثانيا).

أولا – فكرة الإجازة :

الإجازة هي تصحيح العقد برفع العيب الذي يلحقه أو هي تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى التنازل عن طلب الإبطال، أي إزالة الزعزعة عن العقد و تأييد استمرار صحته فبالإجازة يستقر هذا الوجود القانوني نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال.

و لما كانت الإجازة تصرفا قانونيا [2]، فإنها يجب أن تستوفي اركان التصرف القانوني، و التعبير عن الإجازة قد يكون صريحا أو ضمنيا و في هذا تنص المادة 100 من ق م أنه يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، و تستند إلى الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ،دون إخلال بحقوق الغير [3]. و الإجازة نوعان صريحة و ضمنية ، و تكون الإجازة صريحة إذا انصرفت إرادة المجيز إلى إجازة العقد ن فيقوم بالتصرف القانوني بقصد التنازل صراحة عن حقه في إبطال العقد و الغرض من هذا التصرف هو التنازل عن إبطال العقد لا غير و قد يتم ذلك بالكتابة أو بالكلام أو بالإشارة...إلخ و تكون

[1]– شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ، ص ص 18 و19.

[2] – إن الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية. نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، التصرف القانوني(العقد و الإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية ،طبعة الثالثة، الجزائر ،السنة 2004 ، ص 179 .

[3] – بلحاج العربي ،نفس المرجع ،ص 180 .

الإجازة ضمنية عندما تتصرف إرادة إلى أمر آخر يفهم منه أن المتعاقد تنازل عن حقه في إبطال العقد كأن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد القابل للإبطال ،إرادة المتعاقد هنا تنفيذ العقد لإجازته و لكن بما أن العقد قابل للإبطال و مع ذلك شرع في تنفيذه ، فيفهم من هذا التصرف أن المتعاقد قد تنازل عن حقه في إبطال العقد [1].

– **شروط الإجازة:** يشترط في الإجازة حتى يترتب عليها أثرها من زوال العيب اللاحق بالعقد و انقضاء الحق في إبطاله الشروط الآتية :

الشروط الموضوعية للإجازة :

- يجب ان يكون العقد قابلا للإبطال ، و ليس باطلا بطلانا مطلقا لأن الإجازة لا تلحق العقد الباطل لأنه منعدم .
- يجب العلم بالعيب فينبغي أن يكون المجيز على علم بالعيب ، و أنه قصد تأييد العقد و تثبيته و أنه نزل عن حقه في التمسك بإبطاله .

و على ذلك فإذا تم تنفيذ العقد القابل للإبطال ،دون علم من تقرر لمصلحته الإبطال بالعيب الذي شابه فلا يعني ذلك أن تنفيذ العقد كان إجازة ضمنية له مهما طالت المدة [2].

- ان تقع الإجازة في وقت يكون فيه العيب الذي لحق العقد قد زال و إلا لحقها نفس العيب ، و على ذلك لا يجوز أن تقع إجازة العقد القابل للإبطال لنقص الأهلية إلا بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، و لا العقد القابل للإبطال لعيب في الرضا إلا بعد انقطاع الإكراه أو انكشاف الغلط أو التدليس [3].

و يقع عبئ إثبات الإجازة على من يدعيها ، و له إن يثبت ذلك بكافة و سائل الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية .

ثانيا–أوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد و إجازته :

بعد شرح فكرة الإجازة و شروطها سنحاول الآن استخراج أهم نقاط الشبه و الاختلاف بين إجازة العقد و تحوله لتميزهما عن بعضهما البعض ، باعتبارهما نظامين مستقلين حيث نجد أن هذين النظامين يتفقان

[1] – علي فيلالي ،المرجع السابق ،ص 335 .

[2] – أحمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 250 ،251 .

[3]– أنور سلطان،المرجع السابق ، ص 186 .

في عدة مسائل و من أهمهما أنهما كليهما يردان على عقد معيب ، ومنه يهدفان إلى إنقاذ العقد من البطلان ، والعمل على الاستقرار العقدي [1].

كما يتفق النظامان في إنهما لا يحدثان أي تغيير على العقد الأصلي ،حيث يشرط لإعمال التحول أن يكون العقد الأصلي الباطل مشتملا على عناصر عقد صحيح دون أي إضافة أو إنقاص أو تغيير ، ونفس الشيء بالنسبة للإجازة التي تبقي على العقد القابل للإبطال دون إجراء أي تغيير (إبعاد خطر الإبطال) و كل ما يحصل أن المجيز يتنازل عن حقه في طلب إبطال العقد للعيب الذي لحقه .

كما يكننا ملاحظة التشابه بين الإجازة و التحول من حيث رجعية الأثر المترتب على كل منها الذي يمتد إلى إبرام العقد و ليس من تاريخ تحقيقهما.

فالإجازة هي إزالة المانع و شرط لنفاذ التصرف مادام أن التصرف موجود و مستوفي لجميع عناصره، و بذلك يكون سبب ترتيب أثاره هو التصرف السابق القائم و ليس الإجازة التي تقتصر على إزالة مانع النفاذ و هو الأمر الذي يجعل العقد يرتب أثاره من حين إبرامه [2] طبقا للمادة 100 من ق م .

إما بالنسبة للتحول ينتج أثره أيضا من تاريخ إبرام العقد إذ أن القول بغير ذلك معناه حصول العلم لدى المتعاقدين بالبطلان و رغم ذلك يقدمان على الارتباط به و هذا غير منطقي.

رغم أوجه الشبه بين النظامين إلا أننا نجدهما مختلفان في عدة مسائل جوهرية أخرى تجعل كلا منهما نظاما مستقلا و من بين هذه المسائل ، نجد انه بالرغم من أن تحول يتشابه مع نظام الإجازة في أنهما يردان على العقد الباطل ، إلا أنهما يختلفان في طبيعة هذا البطلان [3].

الإجازة تلحق العقد غير اللازم، و هو عقد صحيح عند الفقهاء، أما في القانون فالعقد غير اللازم عقد باطل بطلانا نسبيا، و مع ذلك فالإجازة لا تصححه لأنه صحيح قبلها، و لكنها تزيل خطر الإبطال المادة 100 من ق م.

أما التحول فيرد على العقد الباطل أو القابل للإبطال طبقا للمادة 105 من ق م " **إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال**"

---

[1] – رضا عمور ، المرجع السابق ، ص 104 .

[2] – اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دكتوراه في العلوم القانونية ،تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2015 ،ص 144 .

[3]– لرجم أمينة، المرجع السابق ،ص 57 .

التحول لا يتم إلا بإرادة الطرفين ،و أما الإجازة فتتم بإرادة منفردة تقضي بنفاذ العقد الموقوف و لزوم العقد غير اللازم (البطلان النسبي) أي ترد على عقد له وجود فعلي، إلا أنه قابل للإبطال نتيجة عيب لحق به ،و منه المجيز عندما يجيز العقد لا يعني أنه انشأ حق على عكس التحول الذي من خلاله يتم إنفاذ العقد الباطل و ذلك بإيجاد عقد جديد يختلف عن العقد القديم و منه نكون أمام إنشاء حق [1].

ومن صور الاختلاف بين النظامين ننجد انه يشترط لإعمال نظام الإجازة أن يكون المتعاقد عالما بالعيب الذي يشوب رضا المتعاقد الآخر ،ومن ثم يقوم بإجازته لتطهير العقد من البطلان في حين يشترط لإعمال نظام التحول أن لا يكون المتعاقدين يعلمان بالعيب الذي يعتري العقد ومنه يفترض أن إرادتهما انصرفتا إلى إبرام العقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل.

كما يمكننا إضافة اختلاف أخر يبرز بين النظامين يتعلق بالأثر المترتب على كل منهما إذ أن أثر الإجازة يقتصر على العيب الذي تنازل عنه المجيز دون غيره و منه إذا تعددت العيوب اللاحقة و لم يجزها المعني يبقى العقد قابلا للإبطال ،أما فلا يقتصر على جزء منه بل يشمل كل العقد [2]

[1] – رضا عمور ، المرجع السابق، ص 105 .

[2] – لرجم أمينة، المرجع السابق ، ص58 .

الفصل الثاني:

أحكام تحول العقد

الفصل الثاني:أحكام تحول العقد .

بعد التطرق لفكرة التحول وتمييزها عن النظم المختلفة وتطبيقاتها نلاحظ أن النظام القانوني لتحول العقد يحضى بشروط أثار خاصة به سوف نتناول الشروط اللازمة لإعمال فكرة التحول ، تم نتطرق إلى أهم الآثار المترتبة على فكرة التحول .

وبناء على ذلك ، سنقسم خطة البحث في هذا الفصل على الشكل الآتي :

المبحث ألأول : الشروط اللازمة لإعمال نظرية التحول

المبحث الثاني : أثـــار نظرية التـحول

المبحث الأول:الشروط اللازمة لإعمال نظرية التحول .

لقد ضبط المشرع الجزائري شروط تحول العقد بشكل واضح وصريح من خلال المادة 105ق م باعتباره النص العام المنظم لتحول العقد في القانون ، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط موضوعية (المطلب الأول) وشروط ذاتية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشروط الموضوعية .

نستنتج من نص المادة 105 ق م/1 والتي تنص على " **إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، توافرت فيه أركان عقد آخر**...."إن هناك شرطين موضوعيين، البطلان كشرط لتحول العقد(الفرع الأول) ، والشرط الثاني موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر(الفرع الثاني)

الفرع الأول :البطلان شرط لتحول العقد .

يشترط لفكرة تحول العقد في القانون الخاص أن يكون العقد الأصلي باطلا ويعرف البطلان بأنه " وصف يلحق بالعقد يترتب قانونا على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها ، فالبطلان يلحق العقد إذا تخلف أحد أركانه[1] ، ويقصد بالبطلان ذلك الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، فشرط الرجوع إلى العقد الأصلي هو شرط أساسي ذلك أن القاضي أن يثبت من بطلان العقد بأكمله كخطوة أولى نحو التصريح بالتحول فبطلان شق من العقد فقط يمكن معه تطبيق نظرية إنقاص العقد ، وليس تحويله ، كما أن العقد الصحيح لا يتحول إلى عقد آخر حتى ولو كانت الأطراف المتعاقدة ، تقصد ذلك العقد الآخر ذلك لأن نظرة تحول العقد لا تعني العقد الصحيح [2].

هجر الفقه الحديث التقسيم الثلاثي للبطلان وهو يكاد يجمع اليوم على تقسيم ثنائي له هو تقسيمه إلى مطلق ونسبي ، وتبنى المشرع الجزائري التقسيم الثنائي ، وقد تناول أحكامه من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني تحت عنوان شروط العقد ويلاحظ أن المشرع لم يضع قائمة يبين فيها متى يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال لإن مهمته هنا هي بيان أركان انعقاد العقد وشروط صحته، لذا فإنه للإلمام بحالات بطلان العقد، وحالات قابليته للإبطال يجب الرجوع إلى ما وضعه المشرع من أركان للانعقاد وشروط الصحة [3]،ويتحدد نوعا البطلان ، بطلان مطلق (أولا) وبطلانا نسبيا (ثانيا) .

---

[1]– علي مخلف حماد ، المرجع السابق ، ص 675.

[2]– سوالم سفيان ،المرجع السابق، ص675.

[3]– محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائرية 1998 ب ط ص62.

أولا : البطلان المطلق

يكون العقد الباطل بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه من تراضي ومحل وسبب وكذلك الشكلية في العقود التي تستوجبها[1].

ومثال ذلك أن يتعاقد طفل غير مميز مع شخص آخر لبيع عقار معين ففي هذه الحالة يكون هذا العقد باطل بطلانا مطلق لانعدام الأهلية ولا يرتب أي أثر قانوني .

كما قد يتعاقد شخصان على محل غير مشروع كبيع المخدرات كذلك يكون العقد باطلا مطلقا .

لا يقتصر البطلان على تخلف أركان العقد فحسب بل يتقرر كذلك إذا وجد نص في القانون يقضي ببطلانه ومثال ذلك نص **المادة 92من ق م" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا . غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون ."**

بالإضافة إلى **المادة 396ق م** والتي تنص " **يكون المبيع باطلا إذا أحتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين".**

ومهما يكن سبب تقرير البطلان سواء كان لتخلف ركن من أركان العقد أو لوجود نص قانوني يقضي به فإن الجزاء المترتب عليه وهو انعدام الأثر القانوني للعقد فيعتبر كأن لم يكن [2].

ثانيا : البطلان النسبي

هو الجزاء القانوني المترتب على عقد توافرت أركانه غير أنه لم يستوفي شروط صحته وهي أن يكون صادرا من شخص كامل الأهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة.

فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح تترتب جميع أثاره غير أنه مهدد بالإبطال.

قابلية العقد للإبطال في حال ما إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية [3]، (1)شاب إرادته عيبا من عيوب الرضا (2) .

1- قابلية العقد للإبطال في حال ما إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية :يقصد هنا بالأهلية أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته من شأنه إحداث تصرف قانوني لا أهلية الوجوب التي تلازم

---

[1]- علي علي سليمان ،المرجع السابق ، ص 77.

[2]- قدادة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري(مصادر الإلتزام)، الجزء الأول ، - ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،السنة 1994.

[3]- مولاي محمد لمين ،بطلان العقد ضمن أحكام القانون المدني ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، مجلد10 ، العدد 1 ، السنة 2024 ، ص51.

الشخص منذ ولآدته حتى وفاته وأهلية الأداء مناطها التمييز وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة **42** على أحكام أهلية الأداء [1].

ويكون الشخص ناقص الأهلية من مرحلة اكتماله سن الثالثة عشر (13) سنة إلى غاية سن التاسعة عشر(19) سنة من ق ا صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا ومتوقفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وتكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت به ضارة ضررا محضا .

غير أنه وطبقا لأحكام القانون المدني فإن تصرفات ناقص الأهلية المميز تكون صحيحة ومنتجة لأثارها متى تكون دائرة بين النفع الضرر حتى يتمسك ناقص الأهلية بطلب إبطاله بعد بلوغه سن الرشد ويسقط حق الإبطال بالإجازة والتقادم طبقا لأحكام المادتين **100 و101 من ق م** [2] .

ويكون ناقص الأهلية كل من تعرض إلى عارض من عوارض الأهلية وهذه الأمور تدرك البالغ الراشد تؤدي إلى أن تعدم أهليته أو تنقصها وسنعرض في ما يلي تلك العوارض وهي تنقسم حسب طبيعتها إلى:

ا/ عوارض تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه وتمييزه وهذه هي الجنون ،والعته[3] الذي يعدم الإدراك .

ب/ عوارض تلحق الإنسان في تدبيره فتنقصه وهذه هي السفه والعته الذي ينقص الإدراك.

ج/ عارض يصعب مع وجوده على الإنسان التعبير عما يريد ويتضمن العاهات الجسمانية[4] .

والعقد القابل للإبطال هو عقد موجود قانونا، ومن ثم لا يختلف عن العقد الصحيح حتى يتم إبطاله رضاء أو قضاء[5] ،والعقد القابل للإبطالهو عقد صحيح منتجا لجميع أثاره ، ويظل كذلك حتى يتقرربطلانه بناءا على طلب من تقررلمصلحته [6].

2- إذا شاب عيب من عيوب الرضا أحد المتعاقدين : وتتمثل عيوب الرضا في ما يلي

---

[1] علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص 48.

[2] – مولاي محمد لمين ،المرجع السابق ، ص52.

[3] – العته : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له وليأو وصي والقيم على المعتوه ووليه ووصيه من حيث مدى الولاية على المال ، أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك الصغير الغير مميز والمجنون وقد يكون مميز فتكون له أهلية الصبي المميز ، راجع الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 1 نظرية الإلزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص 300 .

[4] – محمد صيري السعدي، المرجع السابق ،ص 157.

[5] – عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء السادس ،العقود الواردة على الإنتفاع بالشئ،المجلد الأول ،الإيجار والعارية الطبعة الثالثة ، دار النهضة ، مصر، السنة 2011 ،ص 491.

[6] – Francois térré,phillipe simler, Y ve L equette , droit civil , les obligation ,6e édition ,Delta Dalloz 1996,p 71.

ا-**الغلط** : هو وهم يقع فيه الشخص ويكون دافعا له على التعاقد ، ويشترط فيه أن يكون جوهريا ، ومثال ذلك أن يبرم عقد يشتري فيه شيئا ضن أنه نادر الوجود وهو في الواقع متوفر بكثرة [1].ونصت المادة 83ق م على أنه " **يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله** " وإذا فيشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا وأكدت هذا المادة 82 ق م على أن يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد [2].

ب -**التدليس** : وهو تضليل المتعاقد بوسائل احتيالية لإيقاعه في غلط أو استمراره فيه يدفعه إلى التعاقد[3] ،ومثال ذلك أن يقوم البائع بإخفاء كل عيوب الشئ المبيع ، عمدا ففي هذه الحالة يحق للمشتري أن يطلب بإبطال العقد ولعدم الخلط بين مصطلحي الغلط والتدليس فإن الأول يقع تلقائيا أي دون أن يكون للطرف الآخر يد فيما وقع فيه من وهم أما التدليس فيكون للمتعاقدين يد فيه وذلك باستعماله لطرق احتيالية

ج -**الإكراه** : ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد ، والذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد ، والإكراه وإن كان يفسد الرضا على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه ، فالمكره إرادته موجودة ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة،لأنه خير بين أن يريد أن يقع به المكره والذي هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .وإنما يعدم الإكراه الرضا إذا أنتزع الرضا عنوة لا رهبة[4] .

د -**الاستغلال:** هو انتهاز المتعاقد حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام العقد إبرام عقد، يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير العوض.

إن العقد القابل يتم تقريره بالتراضي أو بالتقاضي ويشترط في التراضي إن تتوافر الأهلية في كل من المتعاقدين ، فإذا لم يتم التراضي فلا يجوز لمن له الحق في التمسك بالإبطال أن يستقل بإعلان البطلان

---

[1]- قدادة خليل أحمد حسن ، المرجع السابق ،ص 88.

[2]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 56.

[3]-محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة طبعة 1،السنة2002، ص 13.

[4] - عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،العقود الواردة على الإنتفاع بالشئ،المرجع السابق ص360.

بإرادته المنفردة بل يتعين الالتجاء للقاضي للحصول على حكم بإبطال العقد ، وحكم القاضي يعتبر منشئا للبطلان لا كاشفا له كما هو الأمر بالنسبة للعقد الباطل [1].

لا يجوز إجازة العقد الباطل لأنه يمس بالنظام العام ام بالنسبة للعقد القابل للإبطال فتجوز إجازتهما يجعل منه عقدا صحيحا منتجا لكافة أثاره القانونية.

وإذا ما تقرر البطلان وصدر حكم قضائي بذلك في هذه الحالة يبطل العقد وتزول أثاره معه بأثر رجعي . فيعتبر كأنه لم يوجد منذ إبرامه مثله مثل العقد الباطل بطلانا مطلقا [2]،أما إذا كان البطلان لعدم المشروعية ، فالأصل أن العقد الذي شرطا غير مشروع سواء كان بطلانا مطلقا أو بطلا نا نسبيا يرتب أثرا وحيدا وهو زوال العقد ويعد بطلان الشرط دون العقد هو استثناءا عن القوة الملزمة للعقد ، بحيث يهدف المشرع من خلاله إلى المحافظة على بقاء العقد دون أن نكون أمام عقد آخر ، وفي نفس الوقت تزاح من العقد صفة البطلان الذي كان مشوبا به [3].

والنتائج الأخرى التي تتفرع من هذا الشرط هي:

يعتبر بطلان العقد الشرط الأساسي الذي تقوم عليه نظرية تحول العقد حتى ينتج أثاره القانونية ، ففي هذه الحالة يتم إعمال نظرية تحول العقد ، أما إذا تم تقييد بطلان العقد المعيب وقصره على شقه الباطل بدلا من مد نطاقه ليشمل كل العقد طالما أمكن ذلك نكون أمام نظرية انتقاص العقد [4]،وذلك إعمالا لمادة 104 ق م[5] .

---

[1] – بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص 187.

[2]– بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 187.

[3]–يد مو ياسين ، مقال دور القاضي في مواجهة الشروط الغير مشروعة في العقد ،مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية بتاريخ 30 أكتوبر 2023، ص10.

[4] بلقيس لؤي جمال حدادين ، المرجع السابق ،ص18 .

[5] انظر المادة 104 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني :اشتمال العقد الباطل على أركان عقد صحيح.

بالرجوع إلى نص المادة 105 من القانون المدني " **إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر صحيح** "

لا يمكن بحسب نص المادة إعمال فكرة التحول إلا إذا توافرت بين أركان العقد الباطل أركان أو عناصر العقد الجديد كافة ، ولا يمكن استكمال هذه العناصر بعناصر جديدة تلتمس خارج نطاق العقد الباطل لإعمال فكرة التحول .

إلا أنه يجب أن يكون العقد الصحيح مختلفا عن العقد الأول الباطل ولا يشترط الاختلاف في الطبيعة القانونية ، إذ يكفي أن يكون العقد الجديد مختلفا عن العقد الباطل من حيث الآثار والمضمون أو من حيث النوع[1] ،وعليه سنتفرع إلى عدة محطات منها ما يتعلق بالطبيعة القانونية للعقد الجديد (أولا) أركان العقد الصحيح الآخر (ثانيا)

أولا : الطبيعة القانونية للعقد الجديد : لقد أختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للعقد الجديد وانقسموا إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى هؤلاء 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 أمتنع القول بإمكان إجراء تحول العقد أن يقع التصرف القانوني في نطاق قانوني جديد ويستدل الفقهاء بما ورد في **المادة 105**"...**توافرت 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 ، أما الحالات التي يكن يختلف فيها العقد الجديد عن العقد الباطل بأن تتغير طبيعته القانونية كثيرة [2].

الاتجاه الثاني :وهذا الاتجاه يوسع من مبدأ تحول العقد ويجعله أكثر قدرة على استيعاب الكثير من العقود الباطلة واستثماره حيث يمكن حصول تحول العقد سواء كان العقد الثاني من نوع آخر أو من نفس النوع مع اختلاف المضمون ، وهو بذلك ليس إرادة الطرفين فقط إنما إرادة العامة المتمثلة بمصلحة الجماعة،

[1] علي مخلف حماد، المرجع السابق ، ص 675.

[2] ناريمان خمار، المرجع السابق ،ص 77.

إذ العبرة ليس بموضع اختلاف تساعد في الحصول على النتيجة المبتغاة التي أخفقت الصورة القانونية للتصرف الباطل في تحقيقها[1] .

وانتقد هذا الرأي على أنه يمكن أن تتضمن العقود الباطلة عقود أخرى صحيحة من ذات الطبيعة مع اختلاف في المضمون فقط يمكن إنقاذها ضمن نظام قانوني آخر غير التحول ألا هو الإنقاص.والرأي المرجح أنه لتحول العقد لا يشترط أن يكون العقد الجديد مختلفا عن العقد الأصلي فقط بل يجب أن يكون مختلفين في الطبيعة القانونية وهذا بتفسير نص المادة **105 ق م**[2].

ثانيا : أركان العقد الصحيح الآخر

ومن بين الشروط الأساسية لتحول العقد هي :

- يجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي بمعنى الآن تكون عنا صر العقد الجديد قد توافرت جميعا في العقد الباطل.

والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورية للتحول أما مجرد تعديل التكييف للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائما ، فليس بتحول ، كما إذا كيفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطئ ليس تحولا بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف [3].

- أما فيما يتعلق بالتوافق بين العقد الباطل والعقد الجديد ، فالمقصود به ليس الاحتواء وإنما وجود رابطة بين التصرف الباطل والتصرف الجديد ، وأن ضابط التوافق بين التصرف الباطل والتصرف الجديد ليس بالضرورة أن يحتوي العقد الباطل أركان العقد الجديد وإنما يكون موافقا لها ، مما يتيح للقاضي حرية أكبر في إعمال نظام التحول وبالتالي تحقيق الفائدة المرجوة منه [4].
- على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف ألآخر عنصر جديد لا ينطوي على التصرف الأصلي فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولا بل تبقى عناصر العقد كما هي وإنما تكيف تكييفا قانونيا غير التكييف الأول فيقع استبدال العقد الجديد بالعقد القديم [5].

---

[1] ناريمان خمار، نفس المرجع،ص 81.

[2] لرجم أمينة ، المرجع السابق ، ص 70.

[3] عبد الحميد محمود البعلي ، تحول العقود في الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص31.

[4] علي مخلف حماد،المرجع السابق ، ص 676.

[5] عبد الحميد محمود البعلي ، تحول العقود في الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص31.

- من بين عناصر العقد الجديد التي يجب أن يوافقها العقد الباطل هو عنصر الشكل ، فالشكل الواجب للعقد الجديد يجب أن يتوافر في واقعة العقد الباطل وإلا ظل التحول يسبب تخلف التوافق الموضوعي خارجا عن الاعتبار ولا نجد هذا الشرط واضحا في **المادة 105** من القانون المدني .

لكن هذا مفهوم من شرط التوافق إذ أنه إذا لم يتوافر عنصر الشكل ليس في الحقيقة إضافة إلى العناصر الموضوعية ، وإنما هو شرط لصحة العقد الجديد في الأحوال التي يحتاج فيها العقد الجديد .

وعليه لا يمكن القول بإجراء التحول مع تغيير أحد أطراف العلاقة العقدية الباطلة لخروج ذلك من نظام التحول ، والشروط الخاصة به والتي حددتها **المادة 105 ق** م [1].

المطلب الثاني :الشروط الذاتية .

إ ضافة إلى الشروط الموضوعية يستلزم علينا كذلك وجود الشروط الذاتية فالشروط الموضوعية الخاصة بتحول العقد غير كافية لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح وترتيب أثاره بل يجب توافر شرط جوهري وذاتي والذي يتمثل في النية اللازمة، وليس المقصود منها نية أطراف العلاقة العقدية الحقيقية .لأن هذا ألأخير اتجهت نيته فعلا إلى إبرام العقد الذي وقع باطلا، أما عن النية المقصودة فقد أختلف الفقهاء بشأنها فهناك من يرى أن النية الاحتمالية هي اللازمة لتطبيق نظرية التحول **(الفرع الأول)** بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأن النية التي يتطلبها المشرع هي النية الافتراضية **(الفرع الثاني)** .

الفرع الأول: النية الاحتمالية.

يجب أن تكون الإرادة المحتملة للمتعاقدين متجهة إلى التصرف الآخر الصحيح فيما لوكانا يعلمان ببطلان التصرف الذي اتجهت إليه إرادتهما الفعلية لكن يجب على القاضي أن يتحقق من انتفاء أي إرادة معاكسة تستبعد التصرف الآخر وليس معنى ذلك توافر إرادة احتياطية بمعنى أن يكونا الطرفان قد أرادا التصرف الأصلي الباطل أساسا وتوقعا احتمال بطلانه فأرادا التصرف الآخر على سبيل الاحتياط لأن مثل هذه الإرادة ستكون إرادة حقيقة[2] ، ومؤدى هذا الاتجاه هو أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت إلى الارتباط بالعقد الآخر غير العقد الأصلي أو تبين لهما أن العقد المبرم بينهما سيقع باطلا أو قابلا لإبطال مما يعني أن التحول لا يتم بناءا على نية المتعاقدين الحقيقية لأن هذه الأخيرة انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل [3].

---

[1] لرجم أمينة،المرجع السابق،ص 77.

[2] محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق ، ص ص66 و67.

[3] بدوي حلمي بهجت ، مقالة بعنوان التصرفات الباطلة ،مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ، العدد الأول ص 41.

فيجب أن يتوقعا المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي ، فتنصرف 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 ، وأراد تصرفا صحيحا على سبيل الاحتياط ، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة لكن هذا القول لا ينطوي على مجافاة للمنطق و الأساس القانوني الذي شرعت على ضوئه النصوص القانونية التي تناولت نظام تحول العقد، إذ لا يمكن أن تكون إرادة التصرف الذي تحول إليه العقد إرادة احتياطية ، إذ ليس من المتصور أن توجد في كل عقد إرادتان أحدهما تنصرف إلى العقد الأصلي ، والأخرى احتياطية تتوجه إلى عقد آخر إذا ما تبين بعد ذلك بطلان العقد الأصلي.[1]

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أنه يجب أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أراد التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنه كانا يريدانه أو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطلا ، فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلي الباطل ، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر ، ومنه وجب التمييز تمييزا دقيقا بين الإرادة الاحتياطية والإرادة الاحتمالية ، وكثيرا ما يخلط بينهما فتحول العقد لا يمكن أن يقوم على إرادة احتياطية ، وإن جاز أن يقوم على إرادة احتمالية [2]،

والواقع لتعرف على نية المتعاقدين بشأن انصرافها إلى العقد الآخر أو علما ببطلان العقد الأصلي الذي أبرماه تعد من مسائل الواقع الذي يستقل القاضي في تقديرها[3].

وعملية افتراض الإرادة المحتملة يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه وذلك عندما يتبين له أن التصرف الآخر يحقق لهما الغاية نفسها التي أراداها من التصرف الأول لأن القاضي سوف يعتبر إنما الأطراف أخطأت فقط في اختيار الوسيلة القانونية المناسبة للغاية التي كان ينشد أنها من خلال تصرفها الباطل وفي ذلك تطبيق واقعي لقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

وبذلك القاضي يكون قد أحل نفسه محل المتعاقدين، في اختيار الوسيلة الفنية القانونية ، ويكون من شأن هذه الشروط أن تحد من السلطة التقديرية للقاضي بحيث يقترب ما أمكن من إرادة الطرفين [4].

---

[1]–عبد رزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 503.

[2]–عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الرابع ، دراسة مقارنة بالفقه العربي ، نظرية السبب والبطلان ، الطبعة الثانية بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية 1998 ص 105.

[3]لرجم أمينة " المرجع السابق " ص 74.

[4]محمد عمارة تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 77.

ويشترط في تعديل العقد عن طريق تحويله توفر شرط أساسي ، وهو أن يحمل العقد في طياته العقد الصحيح حتى يتمكن القاضي من التعديل والإبقاء على العقد وما يلاحظ في نظرية التحول أن القاضي يقوم بالتغيير من صفة العقد فينتقل العقد من صفة إلى صفة أخرى ومثاله أن يتحول عقد البيع القائم على ثمن تافه إلى عقد هبة ولكن بشرط أن يحمل في طياته أركان العقد الصحيح .

فتحول يظهر سلطة القاضي من خلال تعديله للعقد وإعماله لفكرة العقود المستترة وتكون في العقود (الصورية) [1]، بحيث يبحث القاضي عن إرادة الأطراف المتعاقدة ويكشف عليها بموجب حكم قضائي كاشف فيحكم بتعديل العقد وتحويله حتى يبقى مستمرا وتبقى العلاقة القانونية قائمة ولا تندثر .

فالتحول يحمل خاصية التعديل في العقود ، بحيث يمكنه من قلب صفة العقد من طبيعة إلى طبيعة آخري مخالفة تماما لما أنشأ عليه العقد فالتحول آلية تعمل على تعديل العقد وذلك كحتمية جديدة للمتطلبات الجديدة في القانون الحديث تضمن هذه الآلية المحافظة على العقد واستقرار المعاملات ودرء البطلان عن العقد وضمان تجسيد مصالح الأطراف وضمان الهدف المتوخى من خلال التعاقد ولعل أهم المعايير التي يستند إليها القاضي لتعديل العقد ' والحكم بتحوله معيارين مهمين فالمعيار الأول والمتمثل في البحث والتدقيق في الإرادة الافتراضية للمتعاقدين والمعيار الثاني والمتمثل في الغرض الاقتصادي الذي يرمي المتعاقدين إلى تجسيده[2].

وقد انتقد القول بالإرادة الاحتمالية حيث أن وجود إرادة احتمالية للمتعاقدين قد توقعا البطلان مما يفي تحقق العلم بالبطلان ، ونتيجة لذلك أراد 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

---

[1] الصورية : تكون في حالة ما إذا أراد المتعاقدان إخفاء إرادتيهما الحقيقيتين وراء ستار تصرف آخر .،ويلجأ المتعاقدان إلى الصورية عندما يريدان إخفاء ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما ، ومثال ذلك الهبة المستورة تحت شكل عقد البيع . إن في الصورية عقدان : تصرف ظاهر وهو التصرف الصوري ، وتصرف مستتر وهو التصرف الحقيقي ، وقد تكون الصورية مطلقة إذا كان التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة ،كحالة من يبيع في الظاهر لشخص عينا معينة ويتفق معه على عدم خروج العين في ذمته ولا الحصول على الثمن ، وقد تكون نسبية إذا أراد الشخص إخفاء حقيقة التصرف القانوني في صورة تصرف آخر كحالة البيع الذي يخفي هبة مستترة راجع محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ،ص ص 47و48.

[2] – بن علي عبد النور ، مقال دور القاضي والمتعاقدين في تعديل العقد بهدف المحافظة على العقد ،مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ،المجلد 15 العدد 3، 2022 ص804.

النصوص القانونية التي عالجت موضوع تحول العقد والتي أشارت صراحة بأن المقصود بالإرادة اللازمة لتحول العقد ليست هى الإرادة الحقيقية [1].

الفرع الثاني:النية الافتراضية

ان أنصار نظرية الإرادة الباطنة والإرادة المفترضة يختلفون في شكل الإرادة فمنهم من يشترط في التحول أن تنصرف إرادة المتعاقدين احتياطيا في التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل، وعلى رأسهم الفقيه **سالي (salleilles)** فلا تكفي عندهم الإرادة المحتملة ، وقد كانت الإرادة هي أساس وجود وصحة كل عمل قانوني فقد أقامت أغلب القوانين نظرية التحول على أساسها باستبدال الإرادة الحقيقية بالإرادة المفترضة وفي هذا الصدد إعتبر المشرع الجزائري إرادة المتعاقدين شرطا هاما لعملية تحول العقد من خلال نص المادة **105 ق م** التي جاء فيها " **إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد**".

ومضمون ذلك أنه يجب أن تنصرف 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 ينافيها ، والتي تقوم على مجرد التصور ، وهذا محل إتفاق بين القضاء والفقه فهي ليست إرادة حقيقية بمعنى أن الطرفان قد أراد التصرف الأصلي الباطل أساسا ، وتوقعا احتمال بطلانه فأراد التصرف الآخر الصحيح على سبيل الاحتياط لأن مثل هذه الإرادة ستكون حقيقية[2].

فتجري عملية التحول باستخلاص الإرادة الحقيقية الضمنية إبتداءا والمفروضة إنتهاءا، أي يستخلصها القاضي من غاية المتعاقدين العملية التي يريدان الوصول إليها ومن الظروف المقارنة الواقعية للتصرف إذ العبرة بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية التي تبين بطلانها ، والغرض من ذلك وضع معيار للقاضي تحقيق العدالة ، فعليه أن يقوم باستخلاص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد وهذا التكييف القانوني القاضي يقع رقابة تحت محكمة التمييز 10، وحيث جاء في قرار محكمة التمييز العراقي (إن عقد المشاركة بملكية السيارة باطل إذ لم يسجل لدى دائرة المرور أو لم تقم دعوى بإثبات الملكية خلال سنة من نفاذ قانون المرور رقم (86 لسنة 2024) المعدل فإن للشريك في السيارة بعقد خارجي أن يطالب بنصيبه من منافعها للفترة المبتدئة من تاريخ العقد إلى تاريخ نفاذ العقد دون الفترة التالية لذلك البطلان .

[1] – ناريمان خمار، المرجع السابق ،ص 92.

[2] – سوالم سفيان ،المرجع السابق ،ص 143.

لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة المرور المختصة ز استوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة وفرضت الفقرة 6 على من انتقلت إليه ملكية مركبة بأي سبب من أسباب الملكية السيارة بموجب عقد خارجي تصبح باطلة وبالتالي يكون محقا بنصيبه منفعة السيارة [1] .

بالرغم من وضوح نص المادة 105 التي تقصد إرادة غير 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 العقد.

إذ يقع على عاتقه البحث عن إرادة لم تظهر للوجود وقت إبرام العقد ، وربما لم تظهر حتى لحظة العلم ببطلان العقد ، وهو أمر عسير ، فأحيانا يصعب البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فما بالك البحث عن إرادة لا يعرف العاقدين عنها شيئا ولم تخطر ببالها هذا بالإضافة إلى أنه لا يوجد في نص **المادة 105 ق م** .ما يعين في الكشف عن هذه النية الافتراضية ، ولعل المشرع قصد ذلك خشية أن محاولته تكون قيدا يشل فاعلية النظرية ، فليس من المستحسن أن يحاول المشرع نفسه أن يقوم بمثل هذه المهمة ، فيكون تضييقا لنطاق تحول العقد وإما ضابط بالغ الجمود يؤدي إلى نتائج يمكن احتمالها [2].وعلى النقيض يوجد هناك أنصار الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة حقيقية ولا إرادة محتملة بل يكتفي بانعدام الإرادة العكسية ، بمعنى أن التحول هو الأصل دون حاجة إلى إلى إثبات أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تحقيقه ، وإنما يستبعد هذا التحول إذا تبين أن نيته انصرفت عنه .

أما الفقهاء المسلمون قد ذهبوا بعيدا حينما أقاموا التحول على أساس موضوعي يهمل إرادة الأطراف وهذا عكس المعيار الذاتي كما أشرنا إليه ، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط ، أما أحكام العقود وأثارها من المشرع لا من العاقد ، وهو النهج الذي تبنته بعض التشريعات العربية .

والحقيقة وأنه في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية فقدت الإرادة الكثير من مكانتها وأصبحت مقيدة بقيود فرضها سلطان القانون ، وأصبحت صحة العقود مرهونة بعدم مخالفتها للمتطلبات الاقتصادية والإجتماعية وأصبحت إرادة المتعاقدين مقيدة بهذا القيد [3].

[1]– شهر كمال عبد الله ،المرجع السابق ص 10.

[2]– نريمان خمار ،المرجع السابق ،ص 95.

[3]– سوالم سفيان ،المرجع السابق ، ص 143.

المبحث الثاني : أثار تحول العقد.

بعد توضيح شروط التحول ومعرفة كيف يتم تحويل العقد الباطل حتى يصبح هذا الآخير منعدم الوجود ، ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يكتسب العقد الجديد الصحة وذلك طبقا **للمادة 105** " **... فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ...**"

ولتبيين أهمية هذه الآثار الهدف منها ارتأينا تقسيم الدراسة على مطلبين نعرض في المطلب ألأول (نظرية تحول العقد في الفقه) ونعرض في المطلب الثاني (أثار نظرية تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص).

المطلب الأول :أثار نظرية تحول العقد في الفقه.

إن أثار نظرية تحول العقد تختلف تبعا لاختلاف المبادئ التي يقوم عليها العقد ، فأثار تحول العقد تختلف في الفقه التقليدي عنه في الفقه الحديث ، وعليه نعرض أثار نظرية تحول العقد في الفقه التقليدي (الفرع الأول).

وأثار نظرية تحول العقد في الفقه الحديث (الفرع الثاني).

الفرع الأول :أثار نظرية تحول العقد في الفقه التقليدي.

و نجد هذا الاتجاه ينقسم فهناك من يرى أن الإرادة هي مصدر للعقد وأثاره وبين من يعتبر الإرادة مصدر للعقد أما أثاره فهي من وضع القانون ومنه نعرض أصحاب الرأي الذاتي (أولا) وأصحاب الرأي الموضوعي (ثانيا).

أولا :المعيار الذاتي.

وبما أن سلطان الإرادة هيمن على العلاقات التعاقدية ، واعتبر مصدر لقوة الالتزامات الناشئة عنها وظلت صفة الإلزامية مرتبطة بهذه العلاقات العقدية ، وأثرا مباشرا لها فالإرادة ليست السلطان الأكبر في تكوين العقد فحسب بل في الآثار التي تترتب عنه ، وفي جميع الروابط القانونية الأخرى[1] .

و القوانين التي تعتمد على المعيار الذاتي توجب أن تنصب الإرادة على المعقود عليه ، فكان جميع الالتزامات التي ترتب على العقد مفروض فيها أنها أريدت جميعها من المتعاقدين وكأن الإرادة هي التي تخلق العقد والالتزام الذي يترتب عليه وفي هذا الصدد يقول عبد الرزاق السنهوري الآتي : وكما أن

[1]– علاق عبد القادر ،أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ،،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، دراسة مقارنة ، السنة الجامعية 2007 / 2008ص 7.

منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام فهو خاضع للإرادة أيضا ، وبالتالي لا يجوز أن نفلت أثار تحول العقد عند بطلان العقد الأصلي عن هذه القاعدة .

أثار التحول حسب هذا الرأي 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 أثارها ونتائجها القانونية .إن القول بصحة العقد الجديد يقع بقوة القانون لا يعني كما يعتقد ، إخضاع أثار التحول لمتطلبات القانون بما يحقق المصلحة العامة ، بل يعني حصول حالة تحول العقد وثبوت أثاره عندما تتوفر شروطها كما أقرتها الأنظمة القانونية ، وأن يقف في طليعتها تجاه نية المتعاقدين إلى التحول [1].

ثانيا : المعيار الموضوعي

نجد في المقابل وعلى خلاف الرأي الأول رأي آخر يقلل من شأن الإرادة ويرى أن العقد ليس سبب في الالتزام ، وإنما هو الفرصة التي التي تهيأت لوجوده وإن إخضاع العقد في أثاره وتفسيره لسلطان الإرادة قول لا تنهض به حجة لأن أكثر أثار العقد يرتبها القانون بنفسه كون المتعاقدين بعد أن يتفقا على الشئ الجوهري في العقد يتركان الأخر للقانون .

لا أدل على ذلك أن هناك التزامات تترتب على العقد لم تخطر في ذهن الملتزم ، وكثيرا ما تثبت الوقائع أيضا أن الطرفين قد عقد العقد دون أن يدرك طبيعته و الآثار التي تترتب عليه ومع ذلك يتحملان جميع نتائج العقد الذي تنطبق عناصر هذا الأخير كونهما يتفقان على الشئ الجوهري ويتركان الأمر للقانون هو الذي يرتب أثار العقد .

وعليه إذا فسر القاضي العقد لا يتوقع أن نجد المتعاقدين قد نظرا في كل شئ واتفقا عليه فهو لا يستعين بالواقع بافتراض إرادة موهومة كما يدعي أنصار مبدأ سلطان الإرادة بل يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد [2].

و تبعا لذلك فإن أثار التحول.تقع بقوة القانون، لأن صحة العقد الجديد لا تقوم على إرادة المتعاقدين الحقيقية، بل لأن العقد الثاني له نشوء مستقل وصحة خاصة به.

---

[1]– ناريمان خمار، حورية لشهب ، مقال أثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي ،المجلد 13 عدد خاص (العدد التسلسلي 25) جانفي 2021 مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص ص 204 و205 .

[2] – عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ،المرجع السابق ، ص ص 105 و108.

صحته يقررها قانون مباشر ولا يستند إلى الإرادة المتجهة إلى العقد الباطل ، وعليه فإن الحكم الذي يقضي بتحول العقد ليس منشئا أي أن الحكم ليس هو الذي يبدأ بإعمال تحول العقد وإنما هو يقرر أن التحول قد تم لهذا فإن الذي يتمسك بحق العقد المحول يستطيع دون تردد أن يقاضي بناءا على العقد الجديد و إنما فقط بشرط أن يقتنع القاضي طبعا بتوافر أركان نظرية تحول العقد

وخلاصة ذلك أن أثار تحول العقد في الفقه التقليدي تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية ليس إلا [1].

الفرع الثاني :أثار نظرية تحول العقد في الفقه الحديث

إذا كان أثار تحول العقد في الفقه التقليدي تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية ليس إلا ،إلا أن هذا الأساس وتلك الآثار يختلفان في الفقه الحديث ورغم إتفاق أصحاب هذا الرأي على أن ليس للإرادة في تحول العقد دخل في تحول العقد بل أن تحقيق المصلحة هو الدافع الرئيسي هو للتحول ، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذه المصلحة هل هي مصلحة عامة أم مصلحة خاصة ؟ وسنعرض أثار التحول تحقيق المصلحة العامة(أولا) وأثار التحول تحقق المصلحة العامة (ثانيا)

أولا – أثار التحول تحقق المصلحة العامة :

بظهور وازدهار المذهب الاجتماعي أنتكس المذهب الفردي وتقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام[2] والآداب العامة[3] .باستبعاد بعض المعاملات والسلوكات وتنظيم أخرى حماية لمصالح الأفراد والجماعات داخل داخل المجتمع وإقرارا للنظام والتعايش والسلم المدني ، إذ صارت تصرفات الأفراد تصطدم بضوابط وقواعد لا يمكن القفز عليها ، أي أن التقلبات الاقتصادية و الاجتماعية التي لم تؤخذ في الحسبان أثناء التعاقد ، أصبحت مبررات كافية للتدخل في العلاقات التعاقدية عن طريق التشريع أو القضاء للحد من الحرية التعاقدية عن طريق التشريع والقضاء للحد من الحرية العقدية المفرطة

---

[1] – ناريمان خمار ، حورية لشهب ، المرجع السابق، ص209.

[2] – ومن بين التعريفات الفقهية للنظام العام ، يقول عبد الحي حجازي ما يلي " مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في إتفقاتهم "، وذكر عبد الحي حجازي تعريف هيمار وهو كما يلي " القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة وذكر كذلك تعريف كابيتان النظام العام بأنه "النظام في الدولة أي مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة ص341

[3] – الآداب العامة :فيقصد بها الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة ، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقاءه سليما من الانحلال ،مقال ، نشرة القضاة 1968 العدد 36 ص25 راجع هامش على فيلالي ، المرجع السابق ، ص269.

تحت مصلحة المجتمع فالنظام العام المعاصر فغالبا ما يكون إيجابيا لأن المشرع يفرض عنه سلطان الإرادة ومضمون العقد وعن هذا الأساس أمكن القول أن النظام العام في التعاقد يشكل قيدا وتحديدا صريحا لسلطان الإرادة [1].

لذالك إذا كان العقد باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي أراداها المتعاقدان ولكن يجوز أن تترتب عليه الآثار الذي يقررها القانون وبالتالي تقديم المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة فالأكيد ليس هدر العقد الذي ينضوي على مخالفة القانون وغاياته الاقتصادية وإنما إبقاء هذا العقد وإخضاعه لهذه الغايات على نحو يكفل تنفيذه وفعاليته ويضمن التوفيق والملائمة بين مضمونه وما يفرضه القانون [2].

وتبعا لذلك فمن الواجبات القانونية للقاضي ليس الإنشاء بل الكشف والتفسير مستعينا بالهدف الاقتصادي وتوافر العناصر القانونية للوسيلة الجديدة في الوسيلة القديمة الباطلة ، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي والتأكد من انصراف النية الافتراضية للمتعاقدين للارتباط بالعقد الجديد أو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان فهو يسترشد بإرادتهما بالذات

وبالتالي ليست تحكيمية في مجا التحويل ، إذ يعتبر الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير سلطة القاضي بحيث يقترب ما أمكن من إرادة الطرفين [3].

ولهذا يستوجب تخطي المبادئ الكلاسيكية لمواجهة التحدي الاقتصادي وأمام ظاهرة تزايد العقود الخاصة بسبب السياسة الاجتماعية و الاقتصادية للدولة، تراجعت مكانة النظرية العامة للعقد بشكل كبير لحساب هذه الفئة الجديدة من العقود والتي أصبحت تحتل الصدارة من حيث القواعد التي تسري على مختلف العقود ، تندرج هذه الظاهرة في ظهور فكرة النظام العام الاجتماعي وفي تطور وظيفة القانون في كونه وسيلة تغير وتقدم ،تعد قواعد النظام العام وسيلة لحماية وترقية المصلحة الخاصة ، فتدخل المشرع في العقد باستعمال قواعد النظام العام الحمائي لتحقيق التوازن والقضاء على اللا مساواة ومنح لها حماية قانونية من خلال اقترانها بجزاءات [4] .

---

[1]–عبد القادر علاق ، المرجع السابق ، ص98.

[2] – نريمان خمار ، حورية لشهب ،المرجع السابق، ص 209.

[3] – سوالم سفيان ، المرجع السابق، ص 291.

[4]– بوراس لطيفة ،نظرية العقد في مواجهة التحديات الإقتصادية ، جامعة الجزائر(كلية الحقوق)،أكتوبر2022 ،ص7.

ثانيا- أثار التحول تحقق المصلحة الخاصة :

وبما أن العقد الباطل تم إنقاذه ليكون عقد صحيح وأثار تحول العقد تكون لمصلحة الإطراف المتعاقدة ، وهذا لأن أساس القوة الملزمة للعقد هو نتيجة لسلطان الإرادة ولقد أنشأت الإرادة عقدا وحددت مضمونه أكتسب الإلزامية وصار ثابتا ومستقرا وواجب التقديس والتنفيذ و يستفاد من ذلك بني على تحليل فلسفي مؤداه أن الناس ولدو أحرارا ومتساوين ، فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره وإرادته مطلقة من كل قيد،يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته وحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي فطالما ألتزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به وقد قيل في هذا الشأن "ليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة"[1].

وهذا كون مبدأ سلطان الإرادة يجعل المتعاقدين كل الحرية في أن يتفقا على إبرام العقود طالما أنها في حدود القانون والنظام العام وطبع تهدف بالأساس لتحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقدين .

ما الفائدة إذن من إبرام عقد أو تطبيق نظرية تحول العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله وعمل جهد المستطاع الاستفادة من العقد الباطل وعدم إهداره ما دام التحول لا يحقق مصلحة المتعاقدين بالدرجة الأولى ، ويشبع حاجاتهما ويهدف إلى تغليب المصلحة العامة الأمر الذي ينافي المنطق القانوني .

فطالما أثار التحول تخدم المصلحة العامة بالدرجة الأولى يمكن للمتعاقدين إبداء إرادتهما المعاكسة وبالتالي عدم تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح.

عقد البيع التافه الثمن في حالة بطلانه يتحول إلى عقد هبة ، ففي عقد البيع الباطل لمصلحة المشتري انتقال ملكية المبيع وهو في حقيقة الأمر بيع صوري وطالما لم تتحقق هذه المصلحة لبطلان عقد البيع في هاته الحالة يحول عقد البيع الباطل إلى عقد هبة صحيح الذي ينتج انتقال ملكية الشئ الموهوب إلى الموهوب له أي تحقيق مصلحة المتعاقدين بالدرجة الأولى .

عليه يمكن أن أثار تحول العقد تهدف بالأساس إلى تحقيق المصلحة الخاصة شريطة أن لا يكون العقد الجديد مخالف للنظام العام والآداب العامة وبالتالي فهو يحقق في نفس الوقت مصلحة العامة وهي الحفاظ على استقرار المعاملات مع الإشارة أن المصلحة الخاصة هي التي تؤخذ بعين الاعتبار[2] .

---

[1] – عبد القادرعلاق ، المرجع السابق ، ص ص 104 و22.

[2] – ناريمان خمار ،حورية لشهب ، المرجع السابق ، ص 211.

المطلب الثاني :أثار تحول العقد من حيث الأشخاص والزمان.

بالرغم من اختلاف الآراء حول أثار نظرية تحول العقد قانونا إلا أن تحول العقد الأصلي الباطل الذي لم يعد له وجود إلى عقد صحيح مرتبا لجميع أثاره إلا إذا تمكنا من معرفة كيفية سريان التحول ، هل يتحقق بشكل رجعي مثل البطلان العادي؟ بالإضافة إلى تحديد الأشخاص الذين تسري بحقهم هذه الآثار التي نتجت عن العقد الصحيح وسنعرض أثار تحول العقد من حيث الزمان (الفرع الأول) وأثار تحول العقد من حيث الأشخاص (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:أثار تحول العقد من حيث الزمان

بات الأمر واضحا بالنسبة لأثار التحول من حيث الزمان بالنسبة للعقود الفورية[1]، أو الآنية التنفيذ وذلك من خلال رجعية أثار التحول إلى وقت إبرام العقد الأصلي حيث وقوع البطلان ولا يمكن تصور وقت آخر لذلك وإلا أمتنع القول بالتحول قرب سائل يسأل عن كيفية تحقق أثار التحول بالنسبة للعقود الزمنية وفي أي وقت يمكن أن ينتج التحول أثاره في مثل هذه العقود [2].

وسنعرض فما يلي الأثر الرجعي للبطلان (أولا) ، وامتداد التحول بأثر رجعي (ثانيا)

أولا / الأثر الرجعي للبطلان

إن البطلان باعتباره الاختلال الحاصل في تكوين العقد الأمر الذي يترتب عليه اعتبار العقد أو التصرف القانوني كأن لم يكن [3]، فإن التحول يرتب أثاره بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان ،لأن البطلان يصبح مانعا يحول دون تحقيق نتائج العقد ، أما إذا تقرر البطلان بأثر رجعي إلى يوم إبرامه فلا يزول العقد من تاريخ صدور الحكم وإنما يرد النزول إلى تاريخ إبرام العقد فيزول العقد بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل على سواء فمؤدى البطلان هو إذن هو ابتكار وجود العقد في أي فترة من الفترات وهذا الإنكار يقضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد أي يجب على كل

---

[1] – العقد الفوري: هو العقد الذي لا يعد الزمن عنصرا جوهريا فيه بمعنى أن التزامات المتعاقد في هذا لا تتحدد عن طريق الزمن مثل عقد البيع ، فالتزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن كلاهما لا يتحدد على أساس عنصر الزمن وحتى إذا كان الثمن مقسطا ، فهنا الزمن يعد عنصرا عرضيا لا جوهريا لأن الثمن تحدد على أساس قيمة المبيع لا مقدار الزمن .العلة في تلك التفرقة أن العقد الزمني مرتبط بالزمان وما مضى من زمن لا يعود إلى الوراء لهذا لا يقتصر الفسخ على المستقبل عند الإخلال بتنفيذ شروط العقد من أحد المتعاقدين .راجع حامد محمد شبيب الجبوري ، أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، الأردن،السنة2015 الأردن، ب ط ،ص 45.

[2] – شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ، ص29 .

[3] – سوالم سفيان،المرجع السابق، ص 294 .

متعاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضى العقد إعمالا للأثر الرجعي للبطلان وطبقا للقاعدة العامة " **ما بني على باطل فهو باطل** " وتطبيقا لما تضمنته المادة 109 من ق م والتي تنص " **يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد وإبطاله** "

ولكن قد يحدث أن يستحل على أحد المتعاقدين رد ما حصل عليه ، لسبب من الأسباب كهلاك الشئ محل الاسترداد أو طبيعة المعاملة كما هو الحال بالنسبة إلى العقود الزمنية فيلتزم هذا بالتعويض وذلك طبقا للمادة السالفة الذكر في فقرتها الثانية والتي تنص "**فإذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل** " فقد يكون المبيع قد هلك فيتعذر على المشتري رده فإذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ المشتري فالتزام هذا الأخير بدفع التعويض معادلا لقيمة المبيع وقت هلاكه وذلك بمقتضى حكم من محكمة [1]، أيضا في حالة ما إذا أنصب إلى عقد من العقود الزمنية [2]، فإنه يستحيل إعمالا للأثر الرجعي للبطلان حيث يستحيل ماديا إزالة الآثار التي ترتبت على العقد في الماضي أما عن مصدر هذا التعويض أو بصفة العامة الأساس القانوني للالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد فقد إختلف الفقهاء بشأنه فهناك من أستند إلى فكرتي الدفع الغير مستحق والإثراء بلا سبب كأساس لعملية الاسترداد [3].

وإذا كان المبدأ العام في البطلان هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وذلك برد كل طرف إلى الطرف الآخر ما أخذه منه ، وإلا فإنه يلزم بالتعويض في حالة عدم إمكانية الرد إلا أن هناك استثناء يرد على هذا المبدأ .

و ذلك فيما يخص ناقص الأهلية حيث إذا أبطل العقد لنقص الأهلية، فإن ناقص الأهلية لا يلزم برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وذلك طبقا للمادة 2/103 من القانون المدني.

---

[1]– دراج سعاد، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد وإستقرار المعاملات ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر،السنة 2012 ، ص 61.

[2] – العقد الزمني: أو العقد الممتد هو ذلك العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصرا جوهريا ، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائما بالزمن ففي عقد الإيجار تحدد الأجرة على أساس مدة الانتفاع بالأماكن المؤجرة ويكون مرتب العامل متصلا ومرتبطا تماما بمدة العمل فالعبرة في هذا النوع من العقود هي الزمن لأنه على أساسه يحدد مقدار التزامات المتعاقد ولا يرجع تدخل الزمن إلى إرادة المتعاقدين بل تفرضه طبيعة الأداءات فالإتفاق على بناء مسكن يقتضي حتما مدة من الزمن لتنفيذه .ومن خصائص هذه العقود أن تنفيذها يستمر طوال المدة المتفق عليها، ونكون بصدد عقد محدد المدة إذا تم تعيين مدة العقد أما إذا أغفل المتعاقدان هذه المسألة فيكون العقدغير محدد المدة راجع علي فيلالي ،المرجع السابق ، ص70.

[3]– عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ،نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص 534.

فإذا باع القاصر عقارا و قبض الثمن ثم أبطل العقد أو نقص بناءا على طلبه بعد بلوغه سن الرشد أو بناءا على طلب الوصي عليه.

فإن القاصر هنا لا يلتزم إلا برد جزء المبلغ الذي أنفقه في الأوجه النافعة ، ولا يقصد بالمنفعة هنا مجرد الاعتناء وانما يكون قد صرفه لإشباع حاجات معينة له ، أو أستثمره لتحقيق نفع لمصلحته ، ففي هذه الحالة يلتزم ناقص الأهلية بالرد شريطة أن لا يتجاوز الرد حدود الثمن بطبيعة الحال .

أما إذا كان القاصر قام بإنفاق هذا المقابل فيما لا يفيد بأن أنفقه على ملذاته وطيشه فلا يلزم برده إذ أن القانون يعده غير منتفع وهذا بدوره حماية لناقص الأهلية .

فقد خول المشرع حماية خاصة والمتمثلة في إنقاص التزامه بالرد إلى قدر ما عاد عليه بالنفع ولو كان سئ النية عند تسلمه محل العقد ، ولا يمكن إعمال حالة سوء نيته مع حالة إهلاكه للشئ أو إتلافه بخطئه ، لأن القانون لم يشترط حسن النية ، ولأن الحكمة من تقرير النص متوافرة في حالة حسن النية وسوءها فلا محل لتخصيص النص الذي ورد مطلق [1].

وعلى هذا الأساس فإن تحول العقد لا بد أن ينتج أثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان وإلا أمتنع القول بإمكانية إعمال تحول العقد ، كما يمكن أن نستخلص من هذا المعنى من خلال مراجعة المادة 105 من ق م حيث جاء في عجز هذه المادة ما يشير إلى هذا المعنى "... **فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد** "هكذا يمكن لنا من تدقيق هذا النص معرفة أثار تحول العقد من حيث الزمان إنما تتم بأثر رجعي إلى وقت حصول البطلان بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط افتراض أن المتعاقدان سيرتبطان بالعقد الصحيح أو علما البطلان .

وقد ساير الاجتهاد القضائي هذه النصوص من خلال الأخذ بالأثر الرجعي بالنسبة لتحول العقد ، فالقاضي وهو يلجأ إلى إرادة تحل محل إرادة المتعاقدين ، إنما يعمد 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 .

يعد 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 أثاره كاملة من تاريخ العقد كما وقدي يسري في مواجهة الغير كذلك وفق القواعد المقررة لأثار التصرفات

[1]– لرجم أمينة ،المرجع السابق ، ص 84.

القانونية هناك من الفقه من يرى أنه وفق المبدأ هو 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 حال عدم رغبتهم بإتمام تحول العقد أن يثبت أحد المتعاقدين أو كلاهما إرادة معاكسة لإجراء التحول وقت إبرام العقد الأصلي .

قد برر 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 صحيحة وواضحة للمتعاقدين برفض إجراء التحول بحيث لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يلجأ إلى الإرادة الافتراضية كونه يتعارض مع أهداف وغايات المتعاقدين من إبرام العقد .

لكن هذا الرأي أنتقد كون هذا النص 105 من ق م لم يتضمن 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 من الناحية العملية ، ذلك أن أتفاق المتعاقدين الصريح على عدم قبول تحول العقد في حالة البطلان يفيد أن المتعاقدين قد توقعا حصول البطلان مسبقا .

الافتراض الآخر أن المتعاقد الذي علم بالبطلان إنما أراد العقد الآخر ولو بشكل احتياطي تحسبا لتلاقي العقد الأول الذي جاء باطلا وفي هذه الحالة يمتنع القول كذلك بإمكانية إعمال نظام تحول العقد ، حيث أن الأمر يدور حول إرادة حقيقية وضرورة الكشف عنها .

عليه فإن الأمر يتعلق بتفسير العقد 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 الباطل.

سواء قلنا أن المتعاقد لم يرد بأي 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 أرتبط به ابتداء ، ففي كلتا الحالتين لا يمكن القول بإمكانية حصول تحول العقد كون القول بذلك يعني مخالفة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين المثال على ذلك أن يقوم تاجرا بمنح تاجر أو أي شخص تفويضا عاما وهو يعلم أن مثل هذا هذا التفويض باطلا كونه لا يجوز منحه إلا من قبل التجار الكبار ففي هذه الحالة يعد التفويض الذي منحه التاجر الصغير لا يعلم من الأصل ببطلان التفويض الذي يجريه .

ثانيا- امتداد التحول بأثر رجعي :

إذا بات الأمر واضح بالنسبة لأثار التحول من حيث الزمان بالنسبة للعقود الفورية أو الآنية التنفيذ وذلك من خلال رجعية اثأر التحول إلى وقت إبرام العقد الأصلي حيث وقوع البطلان ، ولا يكن تصور أي وقت آخر لذلك وإلا أمتنع القول بالتحول فرب سائل يسأل عن كيفية تحقق أثار التحول بالنسبة للعقود الزمنية وفي أي

وقت ينتج التحول أثاره ؟ في هذه العقود هل يمكن القول بمبدأ الرجعية إلى وقت إبرام العقد؟ أم على اعتبار أن الزمن له أثر جوهري في مثل هذه العقود؟

وللإجابة على هذا السؤال فقد ذهب الفقه إلى اتجاهين مختلفين فبينما يرى الجانب الأول أن هناك مبدأ عام يطبق بخصوص أثار التحول من حيث الزمان مفاده أن التحول ينتج أثاره بشكل رجعي دائما وفي جميع الأحوال سواء كان العقد فوريا أو زمنيا حتى وإن كانت هناك ثمة صعوبات تظهر بشأن رجعية الأثر بالنسبة للبطلان وذلك نتيجة لطبيعة الالتزامات التي تم الإبقاء بها وبهذا الصدد يقول الدكتور أحمد يسري " **أن أثر تحول العقد الباطل يقع عادة في وقت إبرامه فالعقد الجديد يحمل تاريخ العقد المراد أصلا** "و بعبارة أخرى فإن التحول ينتج أثره بشكل رجعي وليس بأثر حال وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم أن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعي [1].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 رجعي إلا أن هذا الاتجاه لم يأت في هذا بشئ جديد ، فعقود المدة أو ما يسمى بالعقود الزمنية التي قيل بأن تحول العقد يعمل بالنسبة لها بأثر حال كذلك ، لا تكون استثناءات من تلك القاعدة لأن طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن فيها باعتباره الركن الجوهري في الوفاء بالالتزامات تجعل الأثر الرجعي للبطلان من الصعب تصوره ، حيث أن رد هذه الالتزامات الموفاة يكون متعذرا بسبب سريان الزمن إذا لم يكن قد أصبح مستحيلا [2].

وعلى خلاف الرأي السابق هناك رأي في الفقه الفرنسي قد ظهر مؤخرا واعتبر الفقيه (ليشكي) أن تحول العقود في العقود الزمنية كعقد العمل مثلا التي لا يكن فيها استرجاع الالتزامات التي تم تنفيذها بموجب دعوى الاسترجاع ففي هذه الحالات لا يمكن محو الماضي أو التغاضي عنه ويسوغ رأيه هذا على (**أن**

[1]- شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ، ص 36.

[2]- ناريمان خمار ، المرجع السابق ، ص 112.

البطلان ينتج أثره في المستقبل) بنظرية الظاهر التي أعتمدها القضاء لمثل هذه العقود والأوضاع الناتجة عنها [1].

ولا شك بأن فكرة الأثر الرجعي للبطلان تعتبر من الأسباب الهامة الي 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 عنه .

ولا نميل إلى فكرة أن نظام تحول العقد يمكن أن يقع بأثر حال حتى بالنسبة للعقود الزمنية ذات الآجال الطويلة حتى وإن كانت هذه العقود قد نفذت أثارها بشكل كامل أو بشكل جزئي في كل يوم من أيام تنفيذها الأمر الذي ينتج معه أوضاعا قانونية سواء بشكل دائم أو بشكل 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 مثلا في عقود الإيجار حيث أن الحكم ببطلان هذا العقد على اعتبار أن المستأجر في هذا العقد قد شغل المأجور وانتفع به فعلا وعليه لا يمكن بأي حال من الأحوال إلغاء هذه المنفعة حيث أن هذه الآثار تحد من باب النتائج المادية التي ترتبت على تنفيذ العقد أو جزء منه إلا أنه ومع ذلك نرى أن التحول في مثل هذا النوع من العقود إنما يحدث أثاره بشكل رجعي من حيث الزمان إلى وقت حصول البطلان وهو وقت إبرام العقد وليس إلى تاريخ الحكم به لأن القول بغير ذلك يعني الاعتراف صراحة أن العقد الباطل قد أنتج أثارا قانونية صحيحة وهو أمر غير مقبول قانونا وإلا ما العلة بالقول بالبطلان أصلا ذلك أن العقد الباطل لا يمثل بأي حال سببا قانونيا لإنتاج الآثار كونه غير موجود أصلا في نظر القانون من تاريخ حصوله ومن ثم لا يمكن اعتباره متحققا في أي وقت آخر طالما كان في حكم العدم هذا من جهة [2].

كما أن 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 يستند إلى إرادتهم الحقيقية الأمر الذي يعني هدم أحد أركان تحول العقد الأساسية ومن ثم الخوض في نظام آخر هو التفسير الذي يهدف إلى معرفة ما عناه العاقدان من عقدهما المبرم .

---

[1]– شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ، ص 37

[2]– عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، النهضة للطباعة والنشر، مصر، سنة 1948 ،ص 324 .

وبالتالي طالما سلمنا بأن الأمر في التحول يقوم على الإرادة الافتراضية التي يوجدها 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 أو تحقق العلم لديهما ببطلان العقد الذي ينويان الارتباط به لكانا قد أرادا العقد الآخر الذي توافرت أركانه في العقد الباطل .

وإذا كان السبب الأول في تسويغ ما ذهبا إليه وهو اعتماد فكرة الأثر الرجعي لنظام التحول فلعل السبب الذي يمكن من خلاله تسويغ هذا المبدأ هو أن التحويل في العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلا بالنسبة للقائلين بإمكانية تحول هذه العقود ، من حيث المضمون فقط دون الحاجة إلى تحول العقد إلى عقد آخر من طبيعة مختلفة فإن الواقع في هذه العقود وبعد تحولها من باطلة إلى عقود باطلة إلى عقود صحيحة ستستمر بهذا المضمون الأمر الذي يعني تحقق أثر التحول كذلك بأثر رجعي كذلك وليس من أي وقت آخر فعلي ، على سبيل المثال إذا ابرم عقد الإيجار بشكل مؤبد فهذا العقد يعد باطلا لمخالفة نصوص القانون وبالتالي فإنه 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 ولكن لمدة مؤقتة ، عليه فإن هذا العقد الصحيح الذي تحول إليه عقد الإيجار الباطل قد استمر بذات الطبيعة بين نفس الأطراف ، الأمر الذي لا يجعل الوقائع المادية المتمثلة بواقعة الانتفاع ذات تأثير كبير وبالتالي فإن العقد الجديد يسري بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد الأصلي الباطل (الإيجار المؤبد) ومن ثم فليس مجال للقول أن التحول ينتج أثاره ، بشكل حال أو مستقبلي ، وعلى هذا الأساس نرى أن نظام التحول إنما ينتج أثاره من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي الذي جاء باطلا وليس من اي وقت آخر على أنه يجب ملاحظة أن فكرة الأثر الرجعي هذه تجعل نظام التحول يشتبه في هذه الناحية من نظام التأييد (الإجازة) فاعتبار أن تأييد العقد يؤدي هو الآخر إلى زوال العيب الذي لحق العقد مستقرا في التعامل بأثر رجعي إلى تاريخ إبرام العقد.

وليس من تاريخ حصول التأييد أو الإجازة ، وهذا ما يبدوا في قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه (إذا كان الحكم المطعون فيه قد أعتبر عقد المقايضة الذي عقدته الوصية بدون إذن المحكمة هو باطل بطلانا نسبيا يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الإجازة تستنفذ إلى التاريخ الذي تم فيه

العقد فإنه قد طبق القانون على وجهه الصحيح إلا أن هذا القول لا يمنع الفوارق التي تميز النظامين عن الآخر [1].

يقع البطلان بأثر رجعي ، إلا أن هذا الأخير يفوقه إلى حد ما طبيعة الالتزامات التي يشتمل عليها العقد ، ولكن هذه الواقعة لا يقيم استثناءا من القاعدة الأساسية في الأثر الرجعي لإعمال البطلان ، ولهذا فإن التحول يعمل بأثر رجعي كذلك ، ولكن نظرا للصعوبات العملية في رد الالتزامات الموفاة فعلا فإن تطبيق ذلك المبدأ عملا يكاد يكون متعذرا[2].

الفرع الثاني :أثار التحول من حيث الأشخاص

الأصل أن عقود القانون الخاص تخضع بالأساس إلى إرادة الأطرف وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليس لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزاماته بإرادته المنفردة ، ولا يجوز نقض العقد وتعديله بالزيادة أو النقصان ، إلا برضا الطرف الآخر أو وفقا لما ينص عليه القانون إذ ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .وتعتبر الحرية العقدية من أهم المبادئ الكلاسيكية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة وذلك لتحقيق الهدف منها ، ومتى كان العقد مستوفيا لأركانه وشروط صحته ، ترتبت عليه التزامات ،أصبحت واجبة التنفيذ ولا يمكن العدول عنها ، بالنسبة لأطراف العلاقة العقدية .

إذا كانت هذه القاعدة هي الأصل وإذا كان العقد صحيح فهل يمكن أن تطبق هذه القاعدة على العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل أصلا؟ ، وإذا كان هذا العقد صحيحا ومستوفيا لجميع شروط انعقاده كيف تكون أثاره من حيث الأشخاص والغير ؟ وسنستعرض سريان التحول بالنسبة للمتعاقدين (ا) وسريان التحول بالنسبة للغير (ب).

أولا- سريان التحول بالنسبة للمتعاقدين :

- متى تولدت للعقد القوة الإلزامية وجب على القاضي والمتعاقدين على حد السواء التقيد به وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه .

- لقد ظهرت هذه القاعدة نتيجة لسيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود الكلاسيكي فقد وصفت أغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين،فمن خلال مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في

[1] - شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ،ص ص 38 و39 .

[2] - لرجم أمينة ، المرجع السابق ،ص 87.

المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي نستخلص ثلاث نتائج رئيسية هي : "**العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة ، ولا يمكن للقاضي أن يعدله ، ويجب أن ينفذه بحسن نية**[1] ..." .

كما جاء في **المادة 106من القانون المدني الجزائري** من القانون المدني الجزائري " **العقد شريعة المتعاقدين** "

فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "

ونص أيضا في المادة 107من القانون ذاته على أنه" **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...**"

وإنطلاقا من قداسة العقد وحرمة التعرض له والتعدي عليه يلتزم الأطراف به ولا يجوز لهما الإنفراد بوقف أثره أو إنهاءه إلا بالإتفاق والتراضي بينهما كقاعدة عامة كرسها القانون الوطني والمقارن على حد السواء وهو بذلك – أي العقد –وسيلة توقع وتبصر وأمان قانوني وأمان اقتصادي ، فلما نشأ العقد باتفاق إرادي لا يمكنه أن يعدل إلا باتفاق إرادي جديد[2].

وبالتالي فإن تقنية التحول العقد الباطل إلى عقد صحيح تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها والذي يجب أن لا تتغير صفاتهم التي إرتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة ، بمعنى أنه لا بد لكي ينتج العقد الصحيح أثاره بحق المتعاقدين نتيجة التحول أن لا يتغير أحد أطراف العلاقة العقدية وعليه إذا تطلب الأمر بإدخال متعاقد جديد لتمام العقد ، فمعنى هذا بالتأكيد امتناع التحول [3].

---

[1] – ويرى البعض أن حسن النية إنما هو " الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذما التزم به المتعاقد في معاملة المتعاقد الآخر في تنفيذ ما عليه وفي اقتضاء ما له من حقوق " وفي صياغة أخرى يتم تعريف حسن النية بأنه : " إلتزام الطرف المتعاقد بمراعات مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتتمثل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل موزون " كما يمكن تعريف حسن النية بالاستناد إلى عدد من المؤشرات : كالالتزام بحدود القانون وعدم اللجوء إلى ما يخالف القانون كالغش والتوطؤ او التدليس أو التحايل باعتبارها من مظاهر سوء النية حيث أن القضاء يستخدم حسن النية كمرادف للنزاهة في التعامل والثقة و الأمانة راجع لعجال مداني، مقال مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني، مجلة الفكر القانوني والسياسي (issn-2588-1620.)المجلد السادس،العدد الثاني (2022) ص 179 .

[2]– علاق عبد القادر ، المرجع السابق ،ص ص13 و14.

[3]– سوالم سفيان ، المرجع السابق ، ص 294.

ويعد هذا العقد الآخر الذي تحول إليه العقد الباطل ملزما لأطرافه فهم يلتزمون بتنفيذ فقراته كاملة وليس في وسعهم التنصل من الالتزامات التي تنتج عن هذا العقد الصحيح الآخر على أساس أنهم لم يتفقوا عليها إبتداءا ذلك أن حول إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين إنما تمت بالإستناد إلى تحقيق الغايات الاقتصادية للمتعاقدين أو على الأقل القدر الذي من خلاله أن يحقق أهدافهما وذلك من خلال افتراض أن إرادتيهما كانت ستتجه إلى العقد الجديد الصحيح في حال علمهما بالبطلان .ولذا يعد العقد الجديد ملزما لهما بكل ما يتولد عنه من التزامات [1].

ويقتضي العقد الذي ظهر إلى الوجود نتيجة لإعمال التحول يرتب أثاره وبالدرجة الأساس في حق المتعاقدين ، فمعنى هذا أن أثار التحول تنتقل أيضا إلى الخلف العام للمتعاقدين باعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام حيث أن الخلف العام يأخذ حكم المتعاقد (سلفه) بالنسبة لأثر العقد فهو يلزم بتنفيذ العقد مثلما له أن يطالب بتنفيذه ، أي أنه إذا توفي أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق إلى خلفه العام الناشئة عن العقد لم يستوفها بعد ، جاز للخلف أن يستوفيها خلافة عنه وعليه إذا كان السلف قد استوفاها أنتقل ذلك إلى الخلف العام[2] كجزء من التركة وهذا طبقا **للمادة 108 من القانون المدني** والتي تنص " **ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث**[3] .

والطرف الذي يتمسك بتحول العقد لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه ، إنما اللازم فقط ضرورة إقناع 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 الذي كان من الواجب أ ن يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض[4] .

---

[1]– شهرو كمال عبد الله ، المرجع السابق ، ص 41 .

[2]– يعرف الخلف العام على أنه من يخلف السلف في ذمته المالية من حقوق وإلتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة والأصل في هذه الالتزامات والحقوق التي تترتب على العقد تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما غير أن هذه الآثار تقف عند طرفي العقد بل تمتد إلى خلفائهما إذ المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب وغنما يمثل خلفائه راجع عبد الزراق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني " ، مصادر الإلتزام بوجه عام ،المرجع السابق،ص 541 .

[3]– لرجم أمينة، المرجع السابق ، ص 90.

[4]– خمار ناريمان، المرجع السابق ، ص 119 .

ثانيا – سريان التحول بالنسبة للغير :

إ ن أثار تحول العقد تسري في حق أطراف العقد الباطل الذي تحول إلى عقد آخر صحيح وفي حق خلفائهم العموميين ، فإنه يجب ملاحظة أن أثار التحول هذه الأثار كذلك في حق الغير [1]عن العقد ، كما هو الحال بالنسبة للغير حسن النية أن يتمسك بهذه الشركات بعد أن تحولت من شركات باطلة إلى شركات واقع إذا ما باشرت هذه الشركات أعمالها ونشاطاتها بشكل فعلي ويبدو هذا واضحا في قرار محكمة التمييز الكويتية الذي جاء في حيثيات **(أن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة واقع سواء كان البطلان ناشئا عن تخلف الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة أو الأركان الشكلية لعقد الشركة).**

حيث يلاحظ أن تحول عقد الشركة الباطلة إلى شركة واقع قد أمتد أثره خارج نطاق أطراف عقد الشركة حيث يشمل الغير على اعتبار أن الشخص حسن النية الأجنبي قد تعامل مع هذه الشركة على ضوء الوجود الفعلي لها ، وعليه فإن هذا الواقع الفعلي قد رتب أوضاعا معينة تستوجب حماية مصالح مع من تعامل مع هذا الواقع الفعلي وعدم هدر هذه المصالح لما في ذلك من تأثير سلبي كبير على عملية الإستقرار الاقتصادي للعقود ، وعليه هذا العقد الباطل (عقد الشركة) وبعد أن تحول إلى شركة فعلية فإن أثاره تمتد بشكل أكيد إلى هذا الشخص الأجنبي عن العقد وهو الشخص حسن النية والذي تعامل معها وذلك من أجل حماية الأوضاع الظاهرة التي نتجت عن تعامل هذه الشركة [2] .

وهكذا يتبين بوضوح انصراف أثار التحول إلى الغير وليس فقط لأطراف العلاقة العقدية ولبيان ذلك يمكن أن نضرب المثال الآتي (إذا كان هناك عقد توريث ملزم لجانب واحد وكان هذا العقد باطلا نظر لكون أحد طرفيه قاصر ولم يبلغ السن القانونية ، وتحول هذا العقد الباطل إلى وصية لإحتواءه على أركان وصية رغم بطلانه ففي هذه المثال فإن الورثة أو الموصى إليهم ببعض المال في وصية سابقة أن يستندوا إل بطلان الوصية تسري بحقهم بعد أن تحولت وأصبحت صحيحة .

وفي حقيقة الأمر فإن مسألة انصراف أثار تحول العقد إلى الغير دون أن تقتصر على أطراف العقد تعد من أهم الأمور التي تميز نظام التحول عن نظام تأييد كون أثار التأييد تقتصر على الطرف الذي أبد العقد كونه قد تنازل عن حقه في طلب إبطال العقد ولذا فلا يمكن أن تمتد أثار هذا التنازل عن طلب

---

[1]– الغير : المقصود به هنا هو الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلا لأحد المتعاقدين ويسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد راجع محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 328.

[2]عبد الرزاق السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني ،المصدر السابق، ص 392 – 393.

إبطال العقد لذا فلا يمكن أن تمتد أثار هذا التنازل عن طلب إبطال العقد لذا فلا يمكن أن تمتد أثار هذا التنازل عن عن طلب إبطال العقد لذا فلا يمكن أن تمتد أثار هذا التنازل عن الطلب الإبطال إلى شخص آخر وبهذا الصدد يقول الدكتور علي كاظم الشيباني **(أن التأييد يجعل العقد قائما للمؤيد دون سواء لأنه فعل إرادي منفرد لا يمكن أن يمتد إلى غير المؤيد وعليه لا مفعول له تجاه الشخص الثالث الذي أكتسب حقوقا عن حسن النية)** [1].

وعليه يجب ملاحظة الخلف العام الذي تنتقل إليه الذمة المالية للمتعاقد الذي أيد العقد القابل للإبطال لا يعد من قبيل الغير كونه يختلف سلفه في ذات المركز القانوني وعلى هذا فهو يلزم بالآثار القانونية المترتبة على التأييد الذي صدر من سلفه ، وليس له أن يعترض على ذلك

وهكذا يتبين بوضوح الفارق الأساسي بين نظام تحول العقد ونظام التأييد من هذه الناحية حيث أن أثار التأييد لا تسري على 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 الأمر مختلف في نظام التحول حيث يسري في حق أطراف العلاقة العقدية كلاهما ويسري بحق الغير عن العقد[2].

ومن كل ما سبق يتبين أن تحول العقد ينتج أثاره 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 .

[1] شهرو كمال عبد الله، المرجع السابق ،ص 43.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نفس المرجع ، ص 299.

الخاتمة

وفي الأخير من خلال التعرف على آلية تحول العقد ومفهومها وتطبيقاتها وتمييزها كنظام قائم لوحدها دون غيرها ، وكيفية طرح شروطها وأثارها حتى تكون نظام قانوني مميزا عن غيره ،قد توصلنا إلى النتائج والإقتراحات التالية :

أولا – النتائج :

- إن الأساس القانوني لفكرة تحول يتمثل في النصوص التشريعية التي أقرت الأخذ بهذه الفكرة ومنها المادة 105 من القانون المدني الجزائري ، ويهدف المشرع من خلال تنظيمه لفكرة تحول العقد إلى إنقاذ العقود من البطلان ، وضمان استمرار العلاقات التعاقدية ،خاصة مع اتساع المعاملات والعلاقات الاقتصادية في المجتمعات المعاصرة ، وتطبيق هذه الآلية من شأنه أن يوفر ضمانا أكبر للمتعاقدين بالحفاظ على مصالحهم بتأسيس عقد جديد تبعا لإرادة الأطراف المحتملة فيه ربحا للوقت والمصاريف .

- بعد شرحنا لفكرة التحول تأكدنا من أن نظام التحول هو نظام مختلف ومغاير عن النظم القانونية المشابهة له ، وذلك من عدة أوجه ومفارقات بحسب اختلاف الأنظمة ، وهذا لأن له من الخصائص والمميزات ما يبعدها من الخلط مع غيرها .

- إن عملية تحول العقد لا تتم إلا عن طريق القضاء وأن هذه العملية تهدف إلى إنشاء عقد جديد صحيح تتوافر فيه أركانه وعناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنطوي على أى تغيير في هذه العناصر مستنيرا بذلك بالإرادة الافتراضية والغرض الاقتصادي للمتعاقدين من التعاقد .

ويشترط لإعمال نظرية نحول العقد توافر الشروط التالية :

* أن يكون العقد الذي أراده المتعاقدان باطلا بطلانا مطلقا أو قابلا للإبطال

* أن يوافق العقد الباطل العناصر الموضوعية لعقد آخر صحيح

* أن يكون العقد الجديد عقد آخر يختلف عن العقد الأصلي في النوع والطبيعة مع الإبقاء على نفس أطراف العلاقة التعاقدية .

* أن يحقق المتعاقدان الغاية الاقتصادية التي أستهدفها المتعاقدان لدى إبرامهما للعقد الذي وقع باطلا

* يجب أن يقوم العقد الجديد على نية افتراضية للمتعاقدين للمتعاقدين أى أن القاضي يفترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد الصحيح ، لو علما ببطلان العقد الأصلي وإذا ما توافرت هذه الشروط ، وقع العقد الجديد صحيحا بأثر رجعي واستندت صحته إلى القانون مباشرة .

- إن أثار نظرية تحول العقد تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأساس لكن طبعا ليس على أساس مصلحة المجتمع والاقتصاد الوطني .

- ينتج التحول أثاره بشكل رجعي إلى تاريخ البطلان وليس من تاريخ الحكم بالتحول ، والعلة من ذلك هي أن الغاية من التحول هو إنقاذ 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 فإنه لابد من افتراض هذه الإرادة وقت قيام العقد وليس في أي وقت آخر حيث لا يمكن القول بغير ذلك ، وحيث أن القول بغير هذا يعني معرفة المتعاقدين بالبطلان وإقدامهما على الارتباط بالعقد وهو أمر غير مقبول .

- إن أثار نظرية تحول العقد تنصرف بالدرجة الأولى 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 على الغير كذلك كما هو الحال بالنسبة للغير حسن النية .

- 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 سبب الدعوى أو أنه حكم بأكثر مما طلب الخصم ، وهذه كلها نتائج عملية في غاية الأهمية فيما يتعلق بأثر هذه النظرية على دور القاضي .

- رغم إقرا ر المشرع لنظرية تحول العقد وأهميتها ، إلا أن واقع العمل القضائي في هذا الخصوص ، يثبت محدودية تدخل القاضي إما بتهميشه للنظرية أو بالتطبيق الخاطئ لها ، بحجة التزامه الحياد ، باعتبار قلة القرارات المدنية التي اعتمدت المادة 105 من ق م كأساس قانوني لها .

ثانيا – الاقتراحات :

- نشير إلى أن المشرع الجزائر قصر نظرية تحول العقد على العقود مخالفا بذلك أصل النظرية التي جاءت واسعة النطاق شاملة لجميع التصرفات القانونية وجعل لإعمالها شروطها نجملها في بطلان العقد الأول واشتماله على عقد آخر وقيام الثاني على انصراف إرادة المتعاقدين إليه في حالة بطلان الأول وإنتاجه لجميع أثاره ، وعليه نرى ضرورة تعديل نص المادة 105من ق م للعودة إلى اصل النظرية حتى يشمل التحول كافة التصرفات القانونية الأخرى إلى جانب العقد بالنص على ذلك في نفس المادة وذلك باستبدال عبارة " **العقد**" بعبارة" **التصرف القانوني**".

- من ناحية أخرى نجد أن المشرع أشترط في المادة 105 من ق م أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال في حين أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيحا ومنتجا لأثاره ، لذا نرى من الأفضل لو

حذف عبارة قابل للإبطال ، حيث لا يمكن تحول العقد القابل للإبطال كونه عقدا صحيحا ومرتبا لأثاره .تجسيد نظرية تحول العقد في العمل القضائي لضمان استقرار العلاقات التعاقدية ، فالقاضي مطالب بالاجتهاد وإيجاد حلول ناجحة لإنقاذ العقود من ا لبطلان وتحويلهاّ إلى عقود صحيحة ضمن الشروط التي تقتضيها مؤسسة تحول العقد ، لذا يجب أن يكون للقاضي سلطة أكبر في نظرية تحول العقد لتمكينه أكثر من إنقاذ العقود من البطلان

.

.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

- الكتب :

1. احمد محرز ،القانون التجاري الجزائري، الجزء الثالث ، السندات التجارية (السفتجة ، السند لأمر ، الشيك) دار النهضة العربية للطبع و النشر، لبنان.ب ط ، السنة 1980.
2. أسامة أحمد بدر، تكميل العقد: دراسة تحليلية في القانون المدني المصري و الفرنسي،دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2011.
3. أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة (النظرية العامة للالتزام) ،دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة مصر ،طبعة ،2005.
4. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الالتزام) ،دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1998
5. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، التصرف القانوني(العقد و الإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية ،طبعة الثالثة، الجزائر ،السنة 2004
6. جلال علي العدوي،مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ،دار الجامعة ، طبعة 1994.
7. حامد محمد شبيب الجبوري ، أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، السنة 2015.
8. حمدي باشا عمر ،عقود التبرعات ، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر ،السنة 2004.
9. سليم سعداوي، السندات التجارية ، دار الحديث ، الجزائر،السنة 2009.
10. عبد الحكيم فودة،موسوعة البطلان في القانون المدني و قانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة،البطلان في قانون المرافعات،بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون

الإجراءات الجنائية وفقا لحدث أحكام محكمة النقض،جمهورية مصر العربية،دار المطبوعات الجامعية،1991.

11. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الرابع،عقد البيع و المقايضة،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الثالثة، لبنان،2000.

12. عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الأول مصادرالإلتزام بوجه عام ، ط2 ،مصر،دار النهضة العربية ، 2011.

13. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، طبعة 05،الجزائر،2003.

14. عبد الرزاق أحمد السنهوري؛نظرية العقد،الطبعة الثانية ،بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية،1998

15. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء السادس ،العقود الواردة على الإنتفاع بالشئ،المجلد الأول ،الإيجار والعارية الطبعة الثالثة ، دار النهضة ، مصر، السنة 2011.

16. عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الرابع ، دراسة مقارنة بالفقه العربي ، نظرية السبب والبطلان ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

17. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، النهضة للطباعة والنشر، مصر، سنة 1948.

18. – علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) موفم للنشرالجزائر،الطبعة الثالثة، 2013 .

19. قدادة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري(مصادر الإلتزام)، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،السنة 1994.

20. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار هومة

21. للطباعة والنشر والتوزيع الجزائرية، ب ط ، 1998.

22. محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة طبعة 1،السنة2002.

23. محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة)،دار الهدى ، الجزائر ،2007.

24. نبيل ابراهيم سعد،النظرية العامة للالتزام مصادر إرادية (العقد،الإرادة المنفردة)، دار المعرفة الجامعية ، طبعة 1994.

النصوص القانونية :

1. النص القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم .
2. القانون رقم 09/08 المؤرخ في02/25 /2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
3. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم.
4. ألامر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم .

المذكرات والرسائل :

أطروحات الدكتوراء :

1. اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دكتوراه في العلوم القانونية ،تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2015 .

2. رضا عمور،تحول العقود .في الفقه الإسلامي دكتوراه في العلوم الإسلامية (أصول الفقه)،جامعة الجزائر1،كلية العلوم الإسلامية(قسم الشريعة و القانون)،2016/2015

3. فريدة زواوي،مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص ،جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ،الجزائر،1992.

مذكرات ماجستير :

1. بلقيس لؤي جميل حدادين،نظرية انتقاص العقد في القانون المدني الأردني ،رسالة لمتطلبات الماجستير (تخصص القانون الخاص) جامعة اليرموك الأردن ، سنة 2014.

2. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة) ماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقاسم تلمسان، السنة 2008/2007.

3. دراج سعاد، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد وإستقرار المعاملات ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر،السنة 2012.

4. صالح بوهلة، أحكام تصحيح العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر (1) كلية الحقوق سعيد حمدين ، سنة 2014/2013.

5. شهرو كمال عبد الله نظرية تحول العقد في القانون المدني والإداري دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأدنى ، تركيا ، سنة 2022.

6. علاق عبد القادر ،أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ،،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص دراسة مقارنة ، السنة الجامعية 2007 / 2008

7. لرجم أمينة، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع العقود والمسؤولية) ،جامعة الجزائر 1 (كلية الحقوق)،السنة الجامعية 2016/2015

8. ناريمان خمار ،تحول العقد في القانون المدني الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (عقود ومسؤولية) ، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، سنة 2017/2016.

9. نور فوزي قنى ، تحويل الصفقة القانونية لشركات المساهمة العامة (دراسة مقارنة) ، ماجستير،جامعة الشرق الأوسط،كلية الحقوق،الاردن،2021

الدوريات والمقالات :

1. احمد سلامة بدر ،مقال تحول العقود تصرفات الإرادة الباطلة ، القرار الإداري ، العقد الإداري ، العدد الثاني ، الجزء الأول ،السنة التاسعة والخمسون يونيو 2017.
2. أحمد عبد الرحمان سالم، مقال التحول الإلزامي للشركة التجارية دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية ، مجلد 15، العدد 01 ،2022.
3. بدوي حلمي بهجت ، مقالة بعنوان التصرفات الباطلة ،مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ، العدد الأول.
4. بن علي عبد النور ، مقال دور القاضي والمتعاقدين في تعديل العقد بهدف المحافظة على العقد ،مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية المجلد 15 العدد 3، 2022.
5. بوراس لطيفة ،مقال نظرية العقد في مواجهة التحديات الإقتصادية ، جامعة الجزائر1، الجزء الأول العدد 14 السنة 2020.
6. سوالم سفيان،مقال نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية و –الاجتماعية،العدد الثاني ،2017/12/02 ’السنة التاسعة عمان،الأردن
7. سوالم سفيان، مقال نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري،مجلة دراسات و أبحاث،العدد 31 جوان 2018.
8. عبد الحليم محمود العلي،مقال تحول العقود و اعادة تكييفها و أثر العوارض الطارئة في ذلك ،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، بدون سنة .
9. عبد الحميد محمود البعلي،مقال تحول العقود في الفقه و القانون :دراسة مقارنة و موازنة،دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري،الإمارات العربية المتحدة،2009،
10. علي مخلف حماد،مقال فكرة تحول عقود الإدارة ، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 9 ، العدد الثاني ، سنة 2019.
11. – كاظم يوسف ألحلفي، مقال العنصر النفسي و أثره في انتقاص العقد،(دراسة مقارنة في القانون العراقي و الإنجليزي)مجلة الحقوق،العددان 38 و39 ،كلية القانون، الجامعة المنتصرية، العراق،بدون سنة الطبع.
12. محمد عمار تراكمية غزال،مقال الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد(دراسة مقارنة)، كلية القانون،

13. جامعة قطر ، مجلة كلية احمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية ، ب سنة.
14. مولاي محمد لمين ،مقال بطلان العقد ضمن أحكام القانون المدني ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، مجلد10 العدد 1 ، السنة 2024
15. ناريمان خمار، حورية لشهب ، مقال أثار نظرية تحول العقدفي القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي ،المجلد 13 عدد خاص (العدد التسلسلي 25) جانفي 2021 مخبر أثر الاجتهاد القضائي على –حركة التشريع ، جامعة محمد خيضربسكرة،2021.
16. يد مو ياسين ، دور القاضي في مواجهة الشروط الغير مشروعة في العقد ،مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية بتاريخ 31 أكتوبر 2023

المراجع الأجنبية :

- Francois térré,phillipe simler, Y ve L equette , droit civil , les obligation ,6e édition ,Delta Dalloz 1996.
- GG. Gthbierge .nullite ,Restitution et Responsabilite (L.G.D.G)Tone 218 paris 1992.

فهرس المحتويات

الفهرس

الاهداءات	
كلمة شكر وعرفان	
مقدمة	أ- ج
الفصل الأول :مفهوم تحول العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة	
المبحث الأول : مفهوم تحول العقد	06
المطلب الأول : المقصود بتحول العقد والطبيعة القانونية	06
الفرع الأول :تعريف تحول العقد لغة واصطلاحا	06
الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لتحول العقد	08
المطلب الثاني: تطبيقات تحول العقد	12
الفرع الأول :تطبيقات تحول العقد في القانون المدني	12
الفرع الثاني:حالات التحول طبقا للقانون التجاري	16
المبحث الثاني: تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة.....	21
المطلب الأول: تمييز تحول العقد عن إنقاص العقد وتكملته	21
الفرع الأول : تحول العقد و إنقاصه	21
الفرع الثاني : تحول العقد و تكملته	24
المطلب الثاني: تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد و إجازته	27
الفرع الأول: تحول العقد و تصحيحه	28
الفرع الثاني: تحول العقد و إجازته	31
أولا : فكرة الإجازة	31
ثانيا: أوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد و إجازته	32
الفصل الثاني : أحكام تحول العقد	
المبحث الأول : الشروط اللازمة لإعمال نظرية التحول	37
المطلب الأول : الشروط الموضوعية	37
الفرع الأول : البطلان شرط لتحول العقد	37
الفرع الثاني: اشتمال العقد الباطل على أركان عقد صحيح	42
المطلب الثاني : الشروط الذاتية ص44	44
الفرع الأول: النية الاحتمالية	44

الفرع الثاني: النية الافتراضية	**47**
المبحث الثاني: أثار تحول العقد	**49**
المطلب الأول : أثار نظرية تحول العقد في الفقهص	**49**
الفرع الأول : أثار نظرية تحول العقد في الفقه التقليدي.	**49**
الفرع الثاني : أثار نظرية تحول العقد في الفقه الحديث	**51**
المطلب الثاني: أثار تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص.	**53**
الفرع الأول : أثار تحول العقد من حيث الزمان	**53**
الفرع الثاني : أثار التحول من حيث الأشخاص	**61**
الخاتمة	**67**
قائمة المراجع و المصادر	**72**

قائمة المختصرات :

القانون المدني : ق .م

قانون الأسرة : ق .ا

القانون التجاري: ق .ت

قانون الإجراءات المدنية والتجارية : ق .إ. م. إ

ملخص

إن تحول العقد عملية قانونية تتم من قبل العضاء و تهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه و عناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنظم على تغير في هذه العانصر و تحول العقد نظام موجود و قائم فعلا و يختلف من غيره من النظم القانونية المشابهة .

و لإعمال آليه تحول العقد و تطبيقها يشترط تواجد شروط موضوعية وز ذاتية و يرتب اثاره القانوينة على أساس على متعاقدين وتتنتقل الى الخلف العام , و أثار تحوله تسري الى الغير.

وطرف الذي يتمسك بتحول العقد لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه , إنما اللازم فقط ضرورة إقناع القاضي دائما بتوافر هذه الشروط, ويهدف المشرع من خلال تنظبمه لفيكرة تحول العقد الى إنفاذ العقود من البطلان و ضمان استمرار العلاقات التعاقدية .

كلمات مفتاحية

تحول العقد – العقد – القضاء – البطلان

summary

The transformation of the contract is a legal process carried out by the members and aims to find a new valid contract whose pillars and elements are available in the same void contract without being regulated on a change in this element and the transformation of the contract into an existing and existing system that differs from other similar legal systems.

In order to implement the mechanism of transformation and application of the contract, the existence of objective and subjective conditions is required, and its legal effects are arranged on the basis of contractors and transferred to the general successor, and the effects of its transformation apply to others.

The party who adheres to the transformation of the contract does not bear the burden of proving the existence of its conditions, but it is only necessary to convince the judge always of the availability of these conditions, and the legislator aims through his organization to convert the contract to enforce contracts of nullity and ensure the continuation of contractual relations.

Keywords

Transformation of the contract – contract – elimination – nulli