جامعة الجزائر -1-

كلية الحقوق

تحوّل العقد

مذكرة لنيل شهادة الماجستير

فرع : العقود والمسؤولية

إعداد الطالبة:

- لرجم أمينة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

أ. د ملطاعي نور الدين

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور بعجي محمد .....رئيسا

الأستاذ الدكتور : لمطاعي نورالدين..... مشرفا/ مقررا

الأستاذة : كراش ليلى.....عضوا

الأستاذة: خواص نصيرة .....عضوا

السنة الجامعية: 2016/2015

كلمة الشكر:

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿١٩﴾ ﴾ **النمل: ١٩ ـ ٢٠**

الحمد والشكر لله عز وجل على جزيل نعمه علينا وأن وفقني لإتمام هذا العمل، فالهم لك الحمد ولك الشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وعظيم سلطانك .

كما أتقدم بشكري الخالص وجزيل الامتنان إلى الأستاذ المشرف "**نور الدين لمطاعي**" على تقبله الإشراف على هذه المذكرة وعلى توجيهاته السديدة والقيمة من أجل إثراء مذا العمل.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذ "**بعجي محمد**" على قبوله رئاسة مذه اللجنة.

وأتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذة "**كراش ليلى**" على تفضلها بقبولها المشاركة في لجنة مناقشة مذا البحث.

كما أتقدم بخالص الشكر التقدير والعرفان للأستاذة "**خواص نصيرة**" على تقبلها المشاركة في لجنة مناقشة مذا البحث.

كما أتوجه بالشكر للأستاذ "**بناسي شوقي**" على اقتراحه لي لموضوع البحث ومساعدته لي.

وأختم شكري لكل من ساعدني في إنجاز مذه المذكرة سواء من قريب أو من بعيد

ولكم جميعا كل شكري.

((بارك الله فيكم))

الإهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا أما بعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى

من أفتقد وجودها وأحن إلى دفء حنانها . . .إلى روح أمي الطاهرة

إلى سندي في الحياة . . .إلى أبي أطال الله في عمره.

إلى إخوتي وأخواتي وكل عائلتي أدامهم الله علي .

إلى كل من مد إلي يد العون،

فاللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا

والله ولي التوفيق

أمينة

مقدمة

مقدمة:

الإنسان اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده، يوفر لنفسه كل ما يحتاجه لكون مجهوداته وقدراته جد محدودة، لذلك فهو مضطر لأن يندمج في مجتمعه يلجأ لغيره لتلبية مصالحه الاجتماعية والاقتصادية، بإقامة علاقات قانونية مع عدة أطراف، وهذه العلاقات غالبا ما تستند إلى إبرام عقود مختلفة، باعتبارها تمثل أفضل وسيلة لتحقيق تلك المصالح.

وقد أولى المشرع الجزائري اهتمامه بالعقد كغيره من التشريعات الأخرى، واعتبره من أهم مصادر الالتزام، ذلك لأنه يحافظ على حقوق المتعاقدين، حيث نظمه في المادة 54 من القانون المدني والتي تنص على أن "العقد اتفاق يلتزم بموجب شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

ويعرف العقد بأنه توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني يشترط لتكوينه توافر أركان جوهرية والمتمثلة في التراضي والمحل والسبب وأيضا الشكلية متى تطلب القانون ذلك، كما يشترط أيضا كمال الأهلية للمتعاقدين وخلو رضائهما من عيب يلحقهما، ومتى نشأ العقد صحيحا، ترتبت عليه أثارا قانونية في ذمة المتعاقدين وفي مواجهة الغير.

أمّا إذا تخلف ركن من أركانه، وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا، في حين تخلف شرط من شروط صحته، نقص أهلية المتعاقدين أو إصابة رضائهما بعيب من العيوب فقد يؤدي بقابلية العقد للإبطال، ومتى طعن المتعاقد ببطلانه، يبطل العقد وتزول أثاره معه، مثله مثل العقد الباطل بطلانا مطلقا وهذه النتيجة تؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

إلاّ أن تطبيق هذا المبدأ قد يؤدي إلى حدوث الكثير من النتائج الاقتصادية والاجتماعية الخطيرة، الضارة بالمتعاقدين والغير كذلك.

لذا فقد اتجهت التشريعات الحديثة للبحث عن حلول تسعى من خلالها إلى التقليل من حالات البطلان وانقاذ العقد قدر الإمكان عوض زواله، ومن بين تلك الحلول رتبت على العقد الباطل أثارا عرضية، ومن أهم هذه الأثار تحول العقد الباطل الى عقد آخر صحيح.

وأصل فكرة تحوّل العقد يرجع للقانون الروماني، ويمكن القول بأن الفضل يرجع إليه في وضع الحجر الأساس لها[1]، والتحول عندهم جائز إذا ما أمكن للعقد الجديد أن يؤدي الغرض الذي قصده المتعاقدان في العقد الأصلي، وبالرغم من أن نظام التحول لم يكن بالوضوح الذي هو عليه اليوم إلا أننا يمكن أن نلتمس مبادئه الأساسية وبعض صوره المهمة في هذا القانون والتي من أهمها تحول الزواج الباطل إلى خطبة في الحالة التي لا يتوافر فيها عقد الزواج على شروط اللازمة لإبرامه.

كما عرف الفقه الإسلامي نظام تحول العقد، خاصة وأنه كان يهتم باستثمار العقد والاستفادة منه في الحدود التي لا تخالف الشرع ولا تخل بميزان العدل والحق[2]، ومن أهم القواعد المعمول بها عندهم[3] "العبرة في للمقاصد والمعاني لا للألفاظ و المباني" و"قاعدة اعمال الكلام أولى من إهماله" وعليه العقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعي فإن له وجود فعليا وإذا لم ينتج أثرا كتصرف شرعي فمن الجائز أن ينتج أثرا كواقعة مادية، ومن الأمثلة التي يضربونها في هذا المجال، تحول الكفالة إلى حوالة إذا اشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل، وتحول الحوالة إلى كفالة إذا اشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل.

1-حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، القسم الأول، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1933ص408، راجع أكثر تفصيلا عيسى سري،ر أصول القانون الروماني تاريخ تطوره ونظم القانون الخاص، دار الخلدونية، الجزائر،2014 ص14.

2-عبد الرزاق أحمد السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة بالفقه الغربي-الجزء الرابع جامعة الدول العربية معهد البحوث والدراسات العربية 1968ص142.

3-حمد فخري حمد عزمي التحول في العقد-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية 2000ص12.

وقننت فكرة تحول العقد لأول مرة في القرن التاسع عشر في القانون المدني الألماني في المادّة 140 منه والتي تنص على ما يلي:

- "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه ، ولو كان يعلمان بالبطلان"[1]

وقد اتبع التقنين المدني الألماني تقنينات الدول الغربية الحديثة[2] والعربية[3] منها التقنين المدني الجزائري، الذي ينص في المادة 105 منه على أنه : "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر صحيح ، فإن العقد يكون صحيحا، باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

ويهدف المشرع من خلال تنظيمه لهذه الفكرة إلى تجنب إبطال العقد وضمان إستمرار العلاقات والمعاملات التعاقدية، إذ يعمل تحوّل العقد على حماية الثقة المشروعة في المعاملات، ممّا يشجع الأفراد على إبرام العقود وهم مطمأنون من عدم إهدار هذه الثقة.

ويتم ذلك من خلال الاستعانة بعقد صحيح غير ذلك عقد الأصلي، يؤدي نفس الغرض الذي كان المتعاقدان يرميان الحصول عليه لدى إبرامهما لذلك العقد الذي وقع باطلا، فالعبرة

1-أحمد يسري تحول التصرف القانوني دراسة مقارنة للمادة144من القانون المدني المصري على أساس المادة 140من القانون المدني الألماني وملحق عن تحول القرار الإداري مطبعة الرسالة 1958 ص81.

2- من بين التشريعات التي قننت تحوّل العقد، القانون المجري في المادة 140 منه، كما صاغها القانون المدني الإيطالي الصادر في 1942 ، في المادة1464 ، أما القانون الفرنسي فلم يأخذ بتحّول العقد كقاعدة عامّة ولم يخصص له مادة تنظمه إلا أنه نص عن بعض التطبيقات له منها نص المادة 840 منه الخاصة بتحوّل القسمة النهائية الباطلة إلى قسمة مهايأة إذا كان أحد المتخاصمين ناقص الأهلية.

3-أما بالنسبة للقوانين العربية التي أخذت بنظرية التحوّل ، نجد القانون المدني المصري الذي نص عليها في المادة 144منه، و تناولتها المادة 140 من القانون المدني العراقي ، والمادة 145 من القانون المدني التونسي والمادة 11 من القانون المدني الكويتيى وغيرها من القوانين .

من إعمال نظام التحوّل هي تحقيق الغاية العملية التي يريد المتعاقدان الوصول إليها، وما العقد الذي انعقد إلا وسيلة فنية للوصول إلى تلك الغاية.

ورغم الأهمية البالغة التي يلعبها التحّول في إنقاذ العقد من البطلان إلآ أنّه لم ينل حقه من الدّراسة، فنجد له بعض الإشارات فقط في كتب مصادر الالتزام أو نظرية البطلان.

لهذا اغتنمت الفرصة لأدرس هذا الموضوع بنوع من التعمق موضحة الحالات التي يمكن للقاضي فيها إعمال هذا النظام لإنقاذ العقد من البطلان تطبيقا لمبدأ استمرارية العقود، ومنه تطرح الإشكالية التالية :

- **ما المقصود بتحول العقد وماهي طبيعته القانونية؟ ماهي الشروط الواجب** توافرها **لإعمال هذا النظام، وماهي الآثار المترتبة على إعماله؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على بعض المناهج العلمية، منها المنهج الوصفي والتحليلي وذلك عن طريق استقراء بعض النصوص القانونية وعرض الآراء والاتجاهات الفقهية وتحليلها وتعليلها، وتوضيح غامضها، وبيان المتناقض منها وترجيح الصواب منها ، مع تعزيزها بالقرارات القضائية إن وجدت.

ارتأينا تماشيا مع موضوع البحث أن نقسم الخطة العامة إلى فصلين:

- **الفصل الأوّل:** بعنوان ماهية تحول العقد، نتناول فيه القصود بتحول العقد وتحديد طبيعته القانونية ونتعرض لأهم حالاته التطبيقية (المبحث الأول)، ونميزه في (المبحث الثاني) عن أهم الأنظمة القانونية التي يمكن أن تختلط به.
- **الفصل الثاني:** بعنوان النظام القانوني لتحول العقد، نعالج فيه الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد (المبحث الأول)، ومن ثمة نتعرض لأهم الأثار المترتبة على إعمال هذا النظام (المبحث الثاني).

الفصل الأوّل:

ماهية تحول العقد

الفصل الأوّل:

ماهية تحول العقد

يتطلب توضيح فكرة تحوّل العقد وإستجلاء الغموض الذي يكتنفها، تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية و الإشارة إلى أهم الحالات التطبيقية لها لفهم الفكرة أكثر، ومن ثم تمييزها عن الأنظمة المقاربة لها، خاصة وأن العديد من الأنظمة تسعى إلى تحقيق نفس الهدف الذي يحققه تحوّل العقد والمتمثل في ضمان إستقرار العلاقات التعاقدية.

وفي ضوء ما تقدم يتضمن هذا الفصل مبحثين:

- المبحث الأوّل: مفهوم تحول العقد.
- المبحث الثاني: تمييز تحوّل العقد عن الأنظمة المشابهة له.

المبحث الأول:

مفهوم تحوّل العقد

بغية معرفة مفهوم تحول العقد لابد من تعريفه وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الأوّل) ثم التعرض لأهم حالاته التطبيقية(المطلب الثاني).

المطلب الأول :

المقصود بتحوّل العقد

ان المقصود بتحول العقد يطرح مسالتين مهمتين : تعريف تحول العقد (فرع 1) وتحديد طبيعته القانونية (فرع 2).

الفرع الأول : تعريف تحوّل العقد

بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن التشرّيع الجزائري على غرار عدة تشريعات لم يحدّد تعريفا لتحوّل العقد ولهذا بادر العديد من الفقهاء إلى وضع تعريف له.

حيث يرى جانب منهم بأنّ تحول العقد هو "وسيلة تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب جديد مختلف عن العقد المقصود أصلا، فهو يرد على وصف العقد أو تكييفه أو طبيعته "[1].

ويؤخذ على هذا التعريف على أنه بالرغم من محاولته لتوضيح فكرة تحول العقد إلا أنه خلط في الأخير بينها وبين نظرية التكييف، بالرغم من أنّهما نظريتين مستقلتين عن بعضهما البعض، ويختلفان في عدة مواطن جوهرية ذلك أن تكييف العقد غالبا ما يرتكز على الإرادة

1- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة لنشر 2006، ص284.

الحقيقية للمتعاقدين يضطلع إليه القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في تفسييره لتلك الإرادة[1]، أما تحول العقد فهو يقوم على إرادة إفتراضية يفترضها القاضي[2].

وهناك من يرى بان تحول العقد هو " استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل بدون اضافة أي عناصر جديدة لكي ينعقد العقد صحيحا"[3].

والملاحظ على هذا التعريف انه إستعمل مصطلح "استبدال" وهذا الأخير يؤدي إلى إفتراض أن العقد قد يتضمن منذ البدء عقدين أحدهما باطل والآخر صحيح، ومتى تبين للطرفين أن عقدهما الأصلي وقع باطلا استعضاه بالعقد الآخر الذي تضمنه ذلك العقد االباطل، وهو أمر غير مقبول من الناحية القانونية، كما انتقد هذا التعريف[4] على أنه بالرغم من محاولته لتوضيح العناصر الواجب توافرها في العقد الجديد إلا أنه لم يحسن التعبير عن هذا الأمر، حيث استخدم عبارة (بدون اضافة عناصر جديدة لكي ينعقد العقد صحيحا)، وهذا التعبير غير كاف للدلالة على معنى التحول أو الشروط اللازمة لإعماله وبالرجوع لنظام التصحيح، نجده قد يقع باستبعاد عنصر من عناصر العقد الباطل كما في حالة انتقاص العقد، إذا ما امكن ابقاء العقد صحيحا باستبعاد هذا العنصر، وعليه لا نكون أمام تحول للعقد، كما ويمكن ان يقع من خلال إستبدال عنصر بعنصر آخر فنكون أيضا أمام تصحيح للعقد وليس تحوله، هذا ما يجعل هذا التعريف محل نظر.

1-هجيرة بلبشير، تكييف العقد في ظل الإجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر2013، ص25.

2- أحمد يسري تحوّل التصرف القانوني، (دراسة مقارنة) للمادة 144 من القانون المدني المصري على أساس المادة 140 من القانون المدني الألماني وملحق عن تحوّل القرار الإداري، مطبعة الرسالة، مصر،1958، ص186.

3- أنور السلطان، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار المعارف بمصر، 1998، ص 317.

4-علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى بيروت لبنان 2015، ص67.

وهناك من يعرف تحول العقد بأنّه"انقلاب العقد الباطل إلى عقد صحيح باعتباره أثرا استثنائيا"[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أنّه استخدم مصطلح غير قانوني للتعبير عن تحوّل العقد ألا وهو "الانقلاب"، كما أنه اعتبر التحول أثر استثنائي للعقد الباطل في حين يتفق معظم الفقهاء بأنّه أثر عرضي[2].

وهناك من يرى بأن "تحول التصرفات القانونية هي تلك العملية التي يتم من خلالها سحب عقد صحيح من عقد باطل"[3].

ويؤخذ على هذا التعريف على أنه بالرغم من إشارته للشروط الواجب توافرها في العقد الجديد والتي يجب أن تكون نفسها المتوافرة في العقد الباطل، إلا أنه لم يوضح فيه متى يمكن إعمال عملية التحول وما الغاية من إعمالها.

في حين نجد من جهة أخرى من يعرف هاته العملية بأنّها "عملية قانونية يستوفي بموجبها العقد الباطل شروطا قانونية لعقد آخر، يكون له نتيجة مشابهة ويطابق الهدف المرجو من قبل أطراف العلاقة العقدية فيصبح صحيحا بهذا المعنى"[4].

1- عبد الحفيظ قلعجي محمد عبدو رواس، بطلان العقد في العقد الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني2004 ص137.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت-لبنان 1998 ص 622، أنور السلطان، المرجع السابق، ص 318، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص247.

3-« La conversion des actes juridique est une opération originale de substitution d'un acte juridique a un autre » Pascal Lipinski, la conversion des actes juridiques, revue de la recherche juridique, 2002-3, p1171.

4-« La conversion comme le phénoméne juridique grace auquel un acte nul, remplissentcependant les conditions requises par la loi pour un autre acte, ayant un resultat semblableet conforme au but envisagé par les partié, sera valable dans cette

ويلاحظ على هذا التعريف أنه وضّح كثيرا فكرة تحوّل العقد، كما أشار إلى الهدف من إعمال هذه النظرية، ألا وهو إنقاذ العقد من البطلان وتحقيق الهدف الاقتصادي والعملي للمتعاقدين.

كما نجد من تعرّض لتعريف التحول كرد على كل الانتقادات التي وجهت للتعريفات المعطاة له، حيث يقول "التحول هو عملية قانونية تتم من قبل القضاء وتهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه وعناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر مستنيرا في ذلك بالإرادة الإفتراضية للمتعاقدين"[1]

ويعتبر هذا التعريف هو الأنسب، وذلك لأنه يوضح المعنى الحقيقي لتحّول العقد والهدف الأساسي من إعمال هذا النظام، والذي يتمثل في إنقاذ العقد الباطل، وما يترتب عليه من آثار سلبية خطيرة في المعاملات التعاقدية الأمر الذي يسهم في تعزيز مبادىء حسن النية والثقة المشروعة في العلاقات التعاقدية.

وإلى جانب اختلاف الفقهاء في تعريف تحول العقد، نجدهم أيضا اختلفوا في تحديد طبيعته القانونية.

mesure. » Phillipe Simler, la nullité partielle des actes juridiques, préface de Alex Weill, librairie générale de droit et de juris prudence, paris, 1969, p12,13.

1- على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص7.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتحّول العقد

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لتحّول العقد إذ يستند جانب منهم في تحديدها إلى دور القضاء(أولا) بينما يكيفه جانب أخر من الفقه بأنّه اثر من أثار العقد الباطل (ثانيا).

أولا: تحول العقد :تفسير او تكييف للعقد

ذهب أصحاب هذا الإتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لتحّول العقد بالإستناد إلى الدّور الذي يمارسه القاضي في هذا المجال، حيث ذهبوا في ذلك إلى رأيين، رأي يرى بأنّ التحول يدخل ضمن عمل القاضي في مجال تفسيره للعقد (أ) بينما يقول الراي الثاني بأنّ التحّول هومن ضمن عمل القاضي في تكييفه للعقد (ب).

أ-تحوّل العقد :تفسير للعقد الباطل

يرى البعض من الفقهاء[1]بأن تحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح هو نوع من أنواع التفسير الذي يقوم به القاضي عند نظره في النزاع المعروض عليه بخصوص عقد باطل.

ذلك أن (القاضي عندما يحكم بتحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح إنّما يفسّر في ذلك نية المتعاقدين... والقاضي في ذلك إنّما يستعين بسلطته في تفسير العقود، وهي سلطة واسعة يكيف بمقتضاها العقد الذي يفسّره التكييف القانوني الملائم مادام لا ينحرف بهذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقدان... وعلى ذلك يكون تحوّل العقد راجعا إلى سلطة القاضي في تفسييره)[2].

1 -نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام2001، ص259.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،نظرية العقد، المرجع السابق، ص 636.

وقيل بأن "مسألة التحوّل ليست إلا مسألة تفسير للكشف عن الغاية العملية للمتصرّف"[1]وعليه فان "دور القاضي في التحوّل لا يكمن في إنشاء العقد من جديد، بل هو تفسيير لإرادة المتعاقدين مستنيرا بالغرض الإقتصادي"[2].

ولقد انتقد الرأي القائل بأن التفسيير هو عملية قانونية يقوم بها القاضي من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين[3]، لأنّ التحول يقوم على إرادة افتراضية تصورية يتصورها القاضي ويفترض أن إرادة المتعاقدين كانت لتتجه حتما إلى العقد الجديد الصحيح لو أنهما قد تبينا لهما منذ البدء بأن عقدهما الذي ارتبطا به قد نشأ باطلا غير منتج لأثاره المرجوة منه هذا من جهة، ومن جهة أخرى القول بأنّ التحوّل يكون على أساس التفسير يعني ذلك أنّ هناك إرادتين حقيقيتين الأولى هي إرادة حقيقية للعقد الباطل والثانية هي إرادة حقيقية للعقد الصحيح، وهذا أمر غير مقبول إذ من غير الممكن أن تكون في العقد الواحد إرادتين إحداهما أصلية تتصرف للعقد الباطل، وأخرى افتراضية تتصرف إلى العقد الصحيح في حال لو تبينا لهما بطلان عقدهما الأصلي، كما أن التفسير لا يرد إلاّ على العقود الصحيحة دون الباطلة منها[4]، في حين يشترط لإعمال التحوّل أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

يضاف إلى ذلك أنّ القاعدة القانونية التي تنظم التحوّل هي قاعدة آمرة تلزم القاضي بإتباعها وتطبيقها، بحيث لا يمكن له أنّ يتنصل عن تطبيقها وإلاّ كان تقديره مخالفا للقانون وعرضة للنقض، في حين نجد قواعد التفسير هي قواعد غير ملزمة للقاضي ومنه يمكنه أن

1- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر،1956 ص403.

2 - Raymond Salleilles, de la déclaration de la volonté et étude de l'acte juridique dans le code civil allmande, Paris,1901, P 316.

3- فاطيمة عاشور، تفسيير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير ،فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 سنة 2004،ص11

4 - رأفت دسوقي، تحوّل العقد الباطل إلى تصرّف صحيح، دارالعلوم للنشر والتوزيع، مصر2005، ص90.

يخالفها وأن لا يلتزم بها متى يرى ذلك مناسبا، وأن يقوم بالتفسير وفقا لما يراه مناسبا، وهو في ذلك حر في إتباع ما يمكنه من الوقوف على حقيقة المتعاقدين[1].

ب/ تحوّل العقد: تكييف للعقد.

ذهب البعض الآخر من الفقه[2] في تكييفه لتحوّل العقد للقول بأن هذا الأخير ما هو إلاّ تصحيح للتكييف الذي جاء غير صحيح أو غير مطابق لواقع الحال.

وقيل أيضا بأنّ تحوّل العقد "لا يعد وأن يكون تطبيقا خاصا من تطبيقات تكييف العقد"[3].

وبنفس الإتجاه هناك من يقول بأن" العقد الصحيح الذي يتحوّل إليه العقد الباطل عقد انصرفت إليه إرادة المتعاقدين المحتملة، وكثير من العقود يقوم على الإرادة المحتملة لا على الإرادة الواقعية، والقاضي إنما يستعين في ذلك بسلطته في تفسيير العقود وهي سلطة واسعة يكيّف بمقتضاها العقد الذي يفسرّه التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحرف في هذا التكييف عن الغاية الإقتصادية التي قصد إليها المتعاقدان[4].

ولعل الذي أدى بهؤلاء الفقهاء إلى اعتبار التحوّل من باب التكييف هو ذلك الخلط الموجود بين النظامين، خاصة عندما يعطي المتعاقدين وصفا خاطئا للعقد، ممّا يدفع القاضي وبموجب وظيفته التي تحتم عليه الفصل في النزاع المعروض عليه إعطاء العقد الوصف

1- علي كاظم الشيباني، المرجع السابق، ص 58.

2- عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، 1999، ص 653 محمد حسين منصور ، المرجع السابق ،ص266 و اغلبية الفقه الفرنسي ومن بينهم:

3- F.Terré, l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J 1975,préf.R.Le Balle ,p.209 et Phillipe simler, La nullité partielle des actes juridique,L.G.D.J,1969 préface de :Alex Weill,p12.

3- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشاة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2005، ص95.

4-عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشرالأصلية، بغداد 1967 ص484.

القانوني الصحيح من خلال تكييفه تكييفا ينسجم مع حقيقة العقد تمهيدا لتطبيق الأحكام الخاصة به وهنا بالتحديد تظهر الجدلية بين النظامين "التحوّل والتكييف" حيث ان القاضي عند قيامه بتكييف العقد محل النزاع والذي يكون اتخذ إسما خاطئا من قبل طرفيه قد يؤدي ذلك إلى نتيجة خطيرة ألا وهي بطلان غير متوقع للعقد محل النزاع، حيث أن التكييف وأن كان يحقق الأهداف والغايات الإقتصادية للمتعاقدين إلاّ أنّه يلحق في نفس الوقت أضرارا بالأهداف الإجتماعية الأساسية التي قصد إليها المشرع[1]، ومن هنا تظهر مسألة تحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح، وبعد التحقق من هذه الشروط وما يرافق هذه العملية من تساؤلات والتي تتمثل اهمها **هل أن قاضي الموضوع عندما يحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح يؤدي هذه العملية مباشرة وقبل محاولته لتكييف العقد محل النزاع ؟ أم يقوم أولا بتكييف العقد الذي وصف بشكل خاطئ من قبل طرفيه ثم يقوم بتحويله؟**

وللإجابة على هذه الأسئلة نجد أنّ الفقه انقسم إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الاول**[2]: يرى بأن لا ضرورة لأن يلجأ القاضي في هذه الحالة إلى إجراء عملية التحوّل وفقا للإرادة الإفتراضية للمتعاقدين ، بل يكتفي في ذلك بتصحيح التسمية القانونية وفقا للإرادة الحقيقية للمتعاقدين التي حاولا سترها تحت تسمية غير حقيقية.
- **أما الاتجاه الثاني**[3]: فيلزم القاضي في مثل هذه الحالة بتكييف العقد موضوع النزاع بغية تطبيق الأحكام القانونية الخاصة به، ومتى تبين للقاضي أن هذا العقد وبعد إجراء التكييف بات باطلا ففي هذه الحالة فقط يمكن أن يعمد إلى إجراء نظام تحوّل العقد متى وجد

1- المرجع السابق ص26. -هجيرة بلبشير،

2- رأفت دسوقي، تحوّل العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر 2005،ص 47 ، عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الاول، مصادر الإلتزام 1955 ص339.

3- صاحب عبيد الفتلاوي، تحوّل العقد، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1998، ص122 - علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص210.

أن شروطه الأخرى اللازمة لا عماله متحققة، أمّا القول بأن القاضي يعمد إلى تصحيح التكييف الغلط بغية رفع صفة البطلان لا سند له من القانون.

ويرجح هنا راي الاتجاه الثاني الذي يعترض على من يرى بأن تحوّل العقد ما هو إلا تصحيح للتكييف ذلك لأن هذا الأخير يُعْملُ به في حالة وجود عقد صحيح، ويتم البحث عن القواعد القانونية المطبقة على العقد محل النزاع[1]، في حين يشترط لإعمال التحوّل أن يكون العقد باطلا ويشتمل على عناصر عقد آخر صحيح.

ضف إلى ذلك تكييف العقد أصبح قاعدة نصّ عليها المشرّع في المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] يتوجب على القاضي المرور بها للقيام بوظيفته الأساسية، إذ يجب عليه أن يكيف العقد حتى يحدّد القواعد القانونية المطبقة عليه[3]، أما التحوّل فهو حيلة قانونية أتى بها المشرّع لتجنب آثار العقد الباطل، حيث إذا ما تحقق القاضي من توافر شروط تطبيق هذه النظرية المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني يقوم بتحويل ذلك العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح.

ثانيا: تحول العقد: اثر من أثار العقد الباطل

انقسم هذا الرأي بدوره إلى اتّجاهين، الإتّجاه الأول يرى بأنّ تحوّل العقد ما هو إلاّ أثر أستثنائي للعقد الباطل(أ) في حين كيفه أصحاب الاتجاه الثاني بأنّه أثرا عرضيا للعقد الباطل(ب).

1- هجيرة بلبشير، المرجع السابق، ص26.

2- تنص المادة 29 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على" يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم".

3-هجيرة بلبشير، المرجع السابق، ص28.

أ/ تحوّل العقد: أثر إستثناني للعقد الباطل .

كيّف البعض من الفقه تحوّل العقد بأنّه أثر استثنائي للعقد الباطل، ويستندون في ذلك بالقول بأنّه استثناءا من القاعدة العامة في البطلان[1] التي تقضي برد الحال إلى ما كانت عليه بإعتبار أنّ العقد لم يكن موجودا أصلا يمكن أن يرتب العقد الباطل نفس الأثار التي يرتبها العقد الصحيح لأسباب تتعلق بالمصلحة العامّة، لحماية الغير حسن النية أو تحقيقا لمبادىء العدل والإنصاف .

إلاّ أنّ هذا الراي منتقدا أيضا على أساس أنّ الأثار الإستثنائية للعقد الباطل هي حالات أقرّها المشرّع صراحة حماية للأوضاع الظاهرة، والثقة المشروعة في المعاملة إذا كانت يقتضيه التعامل بحسن النية[2] مثل العقد الصوري، الشركة الفعلية ...إلخ).

بالإضافة إلى ذلك إن الإقرار بالأثار التي تتولد عن العقد الباطل في مثل هذه الحالات انما نتجت عن ذات العقد الباطل ولم تتولد عن عقد آخر صحيح[3]، وعليه لا يمكن تكييف تحوّل العقد على أنّه أثر استثنائي للعقد الباطل.

ب/تحوّل العقد :أثر عرضي للعقد الباطل

على خلاف أصحاب الإتجاه الأول الذي يكيف التحوّل بأنّه أثر استثنائي للعقد الباطل يكيّف أصحاب الإتّجاه الثاني[4]والذي يمثل أغلبية الفقه–والمرجح رايهم– تحوّل العقد بأنهّ أثر عرضي للعقد الباطل.

1– محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية العقد الإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية، لبنان 1980، ص236.

2– لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد في التكييف المدني الجزائر(دراسة مقارنة) شهادة الماجيستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص79.

3– علي كاظم الشباني، مرجع سابق ،ص103.

4– عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ،المرجع السابق،ص455، محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى،

إذ يرون بأنّ العقد الباطل بالرغم من بطلانه والذي المفروض لا يترتب عليه أي أثر طبقا للقاعدة العامة في البطلان هناك استثناء يقضي بانه يمكن أن يترتب على العقد الباطل أثرا خاصا عرضيا بإعتباره واقعة قانونية أو عملا ماديا[1]، والذي يتمثل في عقد آخر صحيحا تترتب عليه جميع أثاره.

والغاية الأساسية من هذا الأثر العرضي هي المحافظة على العقود المبرمة بين المتعاقدين إلى أبعد حد ممكن وهو ما يعبر عنه بسياسة انقاذ العقود والذي يساهم بدوره في تحقيق إستقرار المعاملات العقدية[2]، وهذا ما يتماشى مع الفكر القانوني الحديث في اطار قانون العقد، الذي يعمل على المحافظة على العقد بدل زواله، لأن الاصل في العقود ان تنفذ لا أن يحكم بزوالها و هذا ما يدعم إستقرار المعاملات في المجتمع.

=عين الميلة، الجزائر ص263 ،سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 454، جلال علي عدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 1988، ص258.

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص93.

2- حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص 407.

المطلب الثاني:

تطبيقات تحوّل العقد

بعدما وضحنا المقصود بتحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح، ومن أجل توضيح الفكرة أكثر، إرتأينا التطرّق إلى تطبيقات التحوّل[1] والتي نجد معظمها تتم بقوة القانون، أي أن المشرع قد يتدخل بنفسه لتقرير تحول العقد دون تحقق الشروط اللازمة لاعماله وذلك لإعتبارات إقتصادية وإجتماعية وأخلاقية ومنها ما هو منصوص عليها في القانون المدني(الفرع الأول) ومنها ما هو منصوص عليها في القانون التجاري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيقات تحول العقد في القانون المدني

من أهم تطبيقات التحوّل التي نجدها في القانون المدني، تحوّل تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية (أولا) وأيضا تحوّل قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية (ثانيا).

1- بالنسبة للحالات التطبيقية التي تتم بالاستناد إلى إرادة المتعاقدين نجدها ضئيلة والتي من بينها تحول التعهد الباطل إلى وصية، حيث ان الله سبحانه وتعالى بين أصحاب الحقوق في التركة وبين من يبرث منهم ومن لا يرث في آيات المواريث حيث قال جل شأنه في سورة النساء "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" وبين أن من حق الإنسان أن يوصي لغيره بالقيود الشرعية المعروفة، فإذا خالف شخص الأصول المقررة في الميراث وتعهد لشخص ما بأن يكون وارثا له فإن تعهده باطلا لمخالفته لهذه الأصول، مع ذلك يمكن أن يتحول هذا التعهد الباطل إلى وصية صحيحة يمكن العدول عنها في أي وقت، حبار محمد، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر،1976 ص158. كما هناك تحول عقد البيع الى هبة وذلك في حالة ما اذا كان الثمن الذي اتفق عليه الطرفان –والذي يعتبر شرطا اساسيا لانعقاد عقد البيع– ثمنا صوريا هنا يتحول هذا العقد الى عقد هبة في حالة ما اذا وجدت نية التبرع. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر،2011 ص86.

أولا: تحوّل تصرّفات المريض مرض الموت إلى وصيّة

الأصل أنّ للإنسان الذي يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، الحرية المطلقة في التصرّف في أمواله كلّها أو بعضها بتصرّفات عوضية أو تبرعية بدون اعتراض من أحد حتى ورثته المحتملين، فالتصرّف طالما أنّه صدر حال حياته فهو تصرّف صحيح نافذ في حق الورثة[1].

إلاّ أنّه استثناءا قيد المشرّع والشريعة الإسلامية هذه الحرية حماية للغير، ومن بين هذه القيود تلك التي فرضها على تصرفات المالك في مرض موته، والتي تعود بالضرر على الدائنين والورثة، وذلك لأنه في مرضه هذا يحس بدنو أجله ونهاية حياته فيتصرف في ملكه كيفما يشاء.

فيحابي هذا ويؤثر ذلك، ويفضل بعض الورثة على بعض مما يؤدي بهذه التصرّفات إلى أن تكون مدعاة لبث الشك وسوء الظن في نفوس الورثة، وزرع العداوة والبغضاء بينهم ومنه إلى قطع صلة الرحم التي أوصانا بها الله "سبحانه وتعالى" ورسوله "صلى الله عليه وسلم "

وقبل أنّ نعرف حكم هذه التصرفات، ومتى يمكن إعمال التحوّل (ب) سوف نقوم بتوضيح مفهوم مرض الموت(أ) لفهم الموضوع أكثر.

أ/ مفهوم مرض الموت.

لم يأت المشرع الجزائري في أحكام القانون بتعريف لمرض الموت، تاركا ذلك للفقهاء، ولذلك كان لزاما علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لأنّ مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية فضلا على أن المادة الأولى من القانون المدني والمادة 222 من قانون الأسرة تحيلان على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي ثاني للقانون فيما لا يوجد فيه نص.

1- ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 129.

وقد عرّف الفقهاء الشرعيون مرض الموت، بأنّه"المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز فيه الشّخص عن القيام بمصالحه ويتصلّ به الموت فعلا، ولوكان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا، ما دامت وفاته وقعت في أثناء هذا المرض"[1].

وهناك من يرى بأنّ المرض الذي يجب اعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع في هذا إلى الأطباء في طبيعة الأمراض، وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم"[2].

أماّ عن القضاء فهو بدوره لم يقف موقفا سلبيا ، بل اجتهد هو الآخر في وضع تعريف لمرض الموت، ومن بين تلك التعاريف نجد قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22، إذ ينص في حيثياته "عندما تصرف والدهم المرحوم ياجراء عقد الهبة لصالح المطعون ضدها كان في حانة مرض الموت وذلك يصحة شهادة الشهود كما ان النصوص الفقهية نصت على ان مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوت مون المريض ويعجز هذا الاخير على رؤية مصالحه في اجراء اي تصرف[3].

يتضح لنا من خلال هذه التعريفات الفقهية والقضائية أنّه الأساس في تحديد مرض الموت هو أنّ تجتمع فيه أمور ثلاثة هي:

1- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص216.

2-عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة، من الوصايا المستترة- مرض الموت-الإحتفاظ بالحيازة والمنفعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2003، ص33.

3- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية و المواريث، ملف 237858رقم 257 بتاريخ 2000/02/22.

1) أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه. ومفاد هذا الشرط لكي يعتبر المرض مرض موت يجب أنّ يعجز صاحبه عن قضاء حوائجه العادية المألوفة والتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها[1].

فإن كان رجلا فإنّه يصبح عاجزا عن مباشرة وظيفته أو مهنته أو حرفته شريطة أن لا تكون هذه الحرفة مما تقتضي مجهودا شاقا غير مألوف عادة وإذا كانت أنثى تكون عاجزة عن قضاء حاجات ومتطلبات منزلها[2].

غير أنّ هذا الشرط لا يعني بالضرورة أن يلزم المرض المريض الفراش، لأنّ كثيرا من الأمراض الحديثة لاتقعد صاحبها الفراش، ومع ذلك فهي مميتة كالسرطان والإيدز[3].

وبمفهوم المخالفة هناك أمراض تعجز صاحبها عن قضاء حوائجه إلاّ أنّه لا يمكن تكييفها على انّها أمراض مرض الموت مثل الكسر في الساق.

2) أن يغلب في المرض خوف الموت. ويشترط أيضا في المرض أن يكون خطيرا مخوفا، وأن يكون من الأمراض التي تنتهي بالموت عادة أو أنّ يكون قد بدأ بسيطا ثم أخذ يتطور حتى بات يخشى على صاحبه الهلاك.

وتقدير ذلك هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع ويراعي في ذلك تقرير الأطباء[4].

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، العقود التي تقع على الملكية والمقايضة، القاهرة، دار النهضة العربية ،ص 315.

2- نفس المرجع ، ص 316.

3- الإمام أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1987، ص314.

4- حسن محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص98.

3) أن ينتهي المرض بالموت فعلا. ويشترط ايضا أن ينتهي المرض بالموت فعلا سواء أتحقق الموت بسبب المرض نفسه أو لأي سبب آخر كالموت حرقا أو غرقا.

ومنه إذا أصيب شخص بمرض أقعده، عن قضاء حوائجه، وغلب فيه خوف الموت، ولكنه بعد ذلك قد برىء، وكان قد تصرّف في ماله أثناء مرضه، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرّف الأصحاء وعليه لا يجوز للورثة الإعتراض عليه كما لا يجوز أيضا لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرّفه بالغلط في الباعث بأن يثبت أنّه إنّما تصرّف وهو معتقد أنّه في مرض موت ولو أعتقد أنّه سيشفى ما كان ليتصرّف[1] وبتحقق هذه الشروط في المريض، عد الشخص في مرض الموت في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن ثم تطبق عليه أحكام المرض بحسب الأحوال.

اما عن عبء إثبات تحقق تلك الشروط لإعمال الأحكام الخاصة بمريض مرض الموت تقع على عاتق ورثة المريض[2]، وبما أنّها واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق القانونية ومن بينها القرائن القانونية من ذلك الشهادات الطبية وشهادة الشهود والخبرة الطبية وكل هذا طبقا للمادة 776 من القانون المدني .

ب/ حكم تصرّفات المريض مرض الموت.

تنص المادة 1/776 من القانون المدني على أنّ " كل تصرّف يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرّع يعتبر تبرّعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرّف".

1- حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص104.

2- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار الخلع، الطلاق دار الهدى، عين ميلة، الجزائر 2008، ص15.

ويستنتج من نص هذه المادة أنّ التصرفات الصادرة عن الشخص آن مرضه مرض الموت ويكون المقصود منها التبرّع، يتحوّل حكمها أيا كانت تسميتها سواء عقد البيع، هبة ...إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرّع، تتحوّل إلى وصية[1].

ومنه فإنّ مثل ذلك التصرّف لا يسري في حق الورثة إلاّ بإعتباره وصية في حدود الثلث ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازوه[2].

ولكن يشترط لأعمال نظرية التحوّل في هذا المجال توافر شرطين، أو لهما أن يصدر التصرّف من المورث في مرض الموت وثانيهما أن يكون القصد من التصرف هو التبرع ومن بين هذه التصرفات نجد :

1. البيع: تنص المادة 1/408 من القانون المدني، على أنّه" إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقره باقي الورثة " ومنه وتطبيقا للقواعد العامّة إذا تّم البيع دون ثمن أصلا أو تم بثمن بخس يصل إلى حد التفاهة، لا يأخذ التصرّف هنا حكم البيع لمخالفته للمادة 351 من القانون المدني، إذ يعتبر ركن الثمن منعدما ، وبالتالي يبطل عقد البيع، ويعتبر البيع تصرّفا صادرا بنية التبرع تسري عليه أحكام المادة 776 من القانون المدني.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/07/09" من المقرر قانونا أنّه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا اقرّه باقي الورثة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد اساءة في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أنّ قضاة الموضوع، لما ذكروا أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أنّ البيع وقع أثناء مرض موت البائع، بالرغم من كون المستأنف عليهم أشاروا في مذكرة جوابية إلى أن

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية و المقايضة، المرجع السابق، ص 315.

2-هجيرة دنوني، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، رقم 2، 2006 ،ص 95.

مورثهم كان مصابا بمرض الموت وقت البيع، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا أساؤو تطبيق القانون[1].وقد جاء ايضا في حيثيات قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/07/09 "من المقرّر قانونا أن أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة، ولما تبين من قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشرة يوما وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون فإنه استوجب النقض"[2].

2. الهبة: حيث نجد هنا إضافة إلى المادة 1/776 من القانون المدني، المادة 204 من قانون الأسرة تنص على أنّ " الهبة في مرض الموت، و والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية "ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرّف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته، أو تصرّف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يتحوّل من عقد هبة إلى عقد وصية.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/03/17 بأنّه "من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنّها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت فإن قرار المجلس بإبطال الهبة واعتبارها وصية التزم صحيح القانون"[3].

1- قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية رقم 156/62،مؤرخ في 1990/07/09 منشور في المجلة القضائية ،العدد الثالث سنة 1989، ص 68.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 13123 ، مؤرخ في 1996/07/09،المجلة القضائية لسنة 1996 العدد الثاني ،ص80.

3- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية رقم 186058 بتاريخ1998/03/17،المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الأول، ص119.

ونجد أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 2006/06/15 تقضي بأنّه "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه وصية"[1].

ثانيا : تحوّل قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية

تكون الملكية في الأصل لمالك واحد، وتسمى بالملكية الفردية، ولكن قد تتزاحم على الشيء الواحد حقوق أكثر من مالك واحد، بحيث يكون لكل واحد منهم نصيبا معينا في الشيء المشاع الذي ينصب عليه الحق، ولو كان ذلك الشيء غير المقسم قابلا للقسمة.

وعليه فإن الملكية الشائعة ترد على محل واحد لعدّة مالكين، حيث تنص المادة 713 من القانون المدني " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص مفرزة إذا لم يقم دليل على غير ذلك".

واسباب الملكية في الشيوع عديدة[2]، غير أنّ من أهمّها الميراث، حيث يعد من أكثر أسباب الشيوع انتشارا إذ قد يترتب على وفاة الشخص وله في العادة أكثر من وارث، كل حسب نصيبه من الميراث، وفي هذه الحالة وغيرها فإنّ الملكية في الشيوع تخوّل أصحابها سلطات متعددة[3]وتخضع ممارسة هذه السلطات إلى قيود متبادلة بين الشركاء في الشيوع نظرا لوقوع هذه السلطات على محل واحد، ومن أهم هذه السلطات سلطة استعمال وإستغلال المال الشائع من طرف الشريك المشاع.

1- قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 18410 وبتاريخ 2005/06/15،نشرة القضاة العدد59،ص231.

2-أسباب الشيوع عديدة ومنها التصرف القانوني كالعقد كما قد ينشا الشيوع من واقعة قانونية كالميراث وكذلك الحيازة والإستيلاء والإلتصاق، أنظر محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال الطبعة الثالثة، مطبعة الداودي، دمشق،1980 ص 359-360.

3-منها إدارة الأموال الشائعة وحفظها والتصرّف فيها، المرجع السابق، ص 360.

-سلطة استعمال الشريك للمال الشائع

إن الشريك في المال المشاع لا يستطيع الإستئثار به لوحده ولذا يجب أن تكون له سلطته في استعماله مقيدة بحقوق باقي الشركاء ودون الأضرار بهم، حيث تنص المادة 1/714 ق المدني بأنّ كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرّف فيها، وأن يستولي على ثماره، وأن يستعملها بأن لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"

والمال المشاع إماّ أن يكون قابلا للإستعمال المشترك، وإمّا أن يكون غير قابل لذلك، فهل يجوز في هذه الحالة الأخيرة للشريك أن يستأثر بإستعمال المال المشاع بين الشركاء أو بجزء منه ؟

الأصل أنّ يتم الإتفاق بين الشركاء على تنظيم كيفية الإنتفاع بالمال الشائع، ولا شك أنّ ذلك يعدّ الطريقة المثلى للتوفيق بين مصالح جميع الشركاء، غير أنّه بالنظر إلى تعذر مثل هذا الإتفاق في حالات كثيرة فقد واجه المشرّع هذا الفرض من خلال تقريره نظام قسمة المال الشائع قسمة مهايأة بهدف تنظيم الإنتفاع بين الشركاء.

ويقصد بقسمة المهايأة" انتفاع كل شريك بالمال المشترك انتفاعا مؤقتا، وذلك بالإختصاص إمّا بجزء مفرز منه بقدر نصيبه، وإمّا بكامله لفترة زمنية تعادل حصته عن طريق الإتفاق أو الجبر"[1].

1- محمد عبد الرحمن الضويبني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2001،ص 200.

وتنقسم قسمة المهايأة أو المنافع إلى قسمة المهايأة المكانية وقسمة المهايأة الزمانية[1] وقسمة المهايأة الممهدّة للقسمة النهائية.

وستقتصر هذه الدراسة بالتعرّض إلى قسمة المهايأة المكانية، وتحولها إلى قسمة نهائية لما لها من علاقة بموضوع البحث.

يقصد بقسمة المهايأة المكانية بأنها" اتفاق جميع الملاك المشتاعين لمال واحد على اقتسامه بينهم قسمة منفعة مؤقتة، بحيث يختص كل واحد منهم بمقتضى هذه القسمة بمنفعة جزء من المال الشائع يوازي حصته نازلا لشركائه الآخرين في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء"[2] وأمثلة قسمة المهايأة كثيرة منها أن يكون المال الشائع عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء، فيختص الشريك لأوّل والشريك الثاني بالجزء القبلي والشريك الثالث بالجزء الشرقي والشريك الرابع بالجزء الغربي.

ولا يصح الإتفاق على المهايأة المكانية لمدّة تزيد على خمس سنوات، وإذا اتفق الشركاء على مدّة تزيد عليها انقصت المدة إلى خمس سنوات، ولكن يجوز بعد انقضاء تلك الخمس سنوات أن يتفق على مدّة أخرى مماثلة، وإذا لم يتفق على مدّة معينة أو انتهت المدّة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد تكون لمدّة سنة واحدة تتجدد سنويا إلى أن يعلن أحد الشركاء

1- نظمها المشرع في المادة 734 من ق المدني ويقصد بها" أن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ولا تتحول المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها لأنّها لا تهيء للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها ، أنظر في ذلك أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه.

2- كيحل حياة، قسمة المهايآة المكانية كوسيلة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 04، ديسمبر 2011، ص 312.

عدم رغبته في التجديد، ويشترط أن يتم ذلك الإعلام قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر وذلك طبقا لما نص عليه المشرّع في المادة 1/733 ق م[1].

وقد يحدث أن تدوم المهايأة المكانية مدّة طويلة، إذ تتجدّد مدّة تلوى أخرى لمدّة خمسة عشرة سنة دون أن يظهر أحد الشركاء رغبته في انهائها، ويحدث هذا خاصة عند الأسر ذات الأصل الواحد ووجود قطع أرضية ذات ملكية مشاعة بينهم آلت إلى آبائهم وأجدادهم عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة وليس لها عقود توثيقية، فيتهايأ الأفراد ويتفقون على أن كل واحد منهم يستقل بإستغلال جهة أو قطعة معينة والإنتفاع بها، ثم يموت هذا الشخص ويخلفه ورثته من بعده فيها دون أن يرغب أحدهم في انهائها[2].

وعليه فإذا استمرت المهايأة المكانية لمدّة خمسة عشرة سنة دون تغيير في مضمونها أو دون اعتراض من أيهم، فإنها تتحوّل إلى قسمة واردة على الملكية وتستقر الملكية المفرّزة لكل شريك على الجزء الذي اختص به قسمة المهايأة المكانية[3] وذلك بالطبع إذا لم يتفق الشركاء على غير ذلك أي على أن لا تنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 2/733 من القانون المدني"...وإذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ..."

وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 18/703 المؤرخ في 1998/09/30،"أنه إذا تمت قسمة المهايأة خمس عشرة انقلبت إلى قسمة نهائية، وبما أنّ المطعون ضدّه قد مارس حيازة طويلة منذ سنة 1977 لغاية1990 على الحصة التي تعود اليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحوّل إلى قسمة نهائية بالشغل والإستغلال دون أن يقع أي احتجاج من قبل

1- المادة 1/733 ق.م"يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الإتفاق لمدّة تزيد على خمس سنوات فإذا لم تشترط لها المدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة.

2- خالدي أحمد،القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري،دار هومة، 2008،ص 232.

3- كيحل حياة، المرجع السابق،ص 315.

الورثة الآخرين طبقا للفقرة الثانية من المادة 733 من القانون المدني الجزائري فإن قضاة الموضوع قد استنتجوا ذلك بما لهم من سلطة تقديرية فإنهم يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."

وأيضا نجد القرار رقم 59514 المؤرخ في 1990/0/09 الذي جاء فيه " من المقرّر قانونا إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القسمة قد تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع منذ أكثر من خمسة عشر سنة، ومن ثم فإن مصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ويجب أن نشير أن المهايأة المكانية تتحوّل بقوة القانون إلى قسمة نهائية، إذا ما توافرت الأحكام المذكورة في المادة 733 من القانون المدني بشقيها، ومن ثم فلا تسري على هذه القسمة الأحكام الخاصّة بالقسمة الرضائية، أي لا يجوز نقض هذه القسمة بسبب الغبن أو إذا كان بين الشركاء شخص لم تتوافر فيه الأهلية أو غائب، وجب في إبرام عقد المهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم[1].

ويقع هذا التحوّل في اليوم الموالي لأنقضاء خمسة عشر سنة وإذا كان المال الشائع عقار ووردت القسمة عليه، وجب تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية طبقا لأحكام المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري مع مراعاة أحكام المواد 8 و61 و65و 66 و 68 و 90 و 1 و 100 من المرسوم63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 132/3 المؤرخ في 1993/02/1[2] ويتم التسجيل بعد أن يقوم

1- كيحل حياة، المرجع السابق، ص320.

2- محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص289.

أحد الشركاء بتحريره ورقة يذكر فيها مضي 15 سنة مع مهايأة مكانية ويوقع عليها سائر الشركاء. وتقدم لمصلحة الشهر العقاري من أجل تسجيلها وشهرها.وإذا رفض أحدهم التوقيع عليها يرفع الأمر إلى المحكمة التي تقضي بثبوت القسمة النهائية[1].

واستوجب المشرع هذا الإجراء حتى يعلم الغير به ويمكن المعني من الإحتجاج عليه بها.

وبالإضافة إلى أحكام قسمة المهايأة المذكورة آنفا، فإن حيازة الشريك في الشيوع لصحته في المال الشائع، يفترض فيها أنّها تستند إلى قسمة مهايأة، ومن ثم فلا يكلف هذا الشريك بإثبات حصول هذه القسمة ولا يكون عليه تقديم إثبات ما يدل على الإتفاق عليها بل يكفيه أن يثبت أنه حاز هذا الجزء المفرز من العقار الشائع خمسة عشر سنة وعلى من يدعي عدم وجود مهايأة أن يقيم الدليل العكسي بإثبات أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهايأة، أو أن هناك اتفاقا بين الشركاء يقضي بعدم تحوّل المهايأة إلى قسمة نهائية.

وإلى ذلك إشارة المادة 733/ 3 من قانون المدني بالقول" إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة.

وفي هذا المعنى أيضا أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1998/09/30 قضت فيه بما يلي: من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت إلى قسمة كفاية ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس قد استنتجوا من تقرير الخبرة وسلطتهم التقديرية أن المدّعي عليه في الطعن قد مارس حيازة طويلة من 1973 إلى 1990 على

1- كيحل حياة، المرجع السابق، ص 319.

الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة مهايأة التي تتحوّل إلى قسمة نهائية بالشغل والإستغلال دون أن يقع احتجاج من قبل الورثة الآخرين".

الفرع الثاني: حالات التحوّل طبقا للقانون التجاري

لا تسري نظرية تحوّل العقد في نطاق القانون المدني فقط بل يمتد تطبيقها إلى فروع القانون الأخرى، ومن بينها نجد القانون التجاري، أين غالبا ما يتم تطبيق هذه النظرية، وذلك تلبية لمتطلبات الحاجات اليومية.

ومن بين هذه التطبيقات نجد تحول السفتجة (أولا) وكذلك نجد منها تحول الشركات التجارية (ثانيا).

أولا: تحول السفتجة

السفتجة هي ورقة تجارية محرّرة وفقا للشكل القانوني تتضمّن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمّى المسحوب عليه، (شخص طبيعي أو بنك) بأن يدفع لأمر شخص ثالث يدعى المستفيد أو إلى أي شخص آخر يعينه هذا الأخير مبلغا معينا بمجرّد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين[1].

يخضع انشاء السفتجة لتوافر نوعين من الشروط، شروط موضوعية تتمثل في أن يكون الموقع على السفتجة أهلا للإلتزام بها وأن يتوفر الرضا والمحل والسبب

والشروط الشكلية تتمثل في ضرورة أن تتضمّن السفتجة بيانات إلزامية إضافة لما قد تتضمنه من بيانات أخرى احتياطية.

بالنسبة للبيانات الإلزامية التي تضمنتها المادة 390من القانون التجاري والتي تنص على:

1- نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة، الطبعة الأولى،2003،ص7،راشد راشد، الأوراق التجارية والافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1999ص04.

تشمل السفتجة على البيانات التالية:

1. تسمية "سفتجة" في متن السند نفسه، وباللّغة المستعملة في تحريره، كان يكتب باللّغة العربية بعد كلمة سفتجة"ادفعوا بموجب هذه السفتجة" فإذا كتبت كلمة سفتجة باللّغة العربية مثلا، أو إذا لم تكتب كلمة سفتجة في متن النص يفقد السند صفته كسفتجة ويتحّول إلى سند عادي[1].

وترجع الحكمة من إيراد هذا الشرط إلى لفت نظر الموقعين إلى التصرّف الذي يقدمون عليه والذي يتمثل في انشاء التزام صرفي[2].

2. اسم من يجب عليه الدفع "المسحوب عليه": يجب أن يذكر في السفتجة اسم المسحوب عليه، والمسحوب عليه هو طرف من أطراف السفتجة الثلاثة، وهو الذي يوقّع الإلتزام بالوفاء، ولا ينشأ هذا الإلتزام الصرفي في ذمته إلاّ إذا وقع على السفتجة بالقبول[3].

3. أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ من النقود: يجب أن تشمل السفتجة على أمر صادر من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود، وهذا الأمر يفترض بطبيعة الحال علاقة سابقة بينهما، يكون فيها الأوّل دائنا للثاني، هذا الدين هو الذي يسمىّ مقابل الوفاء ووجوده عند المسحوب عليه هو الذي يجعله يقبل السفتجة ويوفي بها في ميعاد الإستحقاق[4].

ترك المشرّع الجزائري للأطراف في التعبير عن صيغة هذا الأمر لما أعتاد عليه المتعاملون من عبارات كأن ترد عبارة ادفعوا " أو أية عبارة تماثلها في المعنى.

1-عمور عمار، الأوراق التجارية وفقا للقانون التجاري الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص38.

2- نادية فوضيل، المرجع السابق، ص22.

3- عثماني كريمة، القبول في السفتجة، ماجستير في العقود والمسؤولية كلية الحقوق جامعة الجزائر2002، ص 26.

4- عبد الحميد شواربي الأوراق التجارية، الكمبيالة، السند لأمر، الشيك المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص 104.

4. تاريخ الإستحقاق: يقصد به الميعاد الذي يتوجب فيه على المسحوب عليه الوفاء للحامل، ويجب أن يكون التاريخ محدّدا على وجه الدّقة وواضحا ولذكر هذا التاريخ أهمية كبيرة ففي هذا التاريخ يتوجب على الحامل تقديم السفتجة للمسحوب عليه للوفاء بها[1].

ومن هذا التاريخ يبدأ سريان مواعيد الرجوع على الموقعين في حالة الإمتناع عن الوفاء وسريان مدة التقادم في الدّعاوي الناشئة عن السفتجة.

وهناك 4 طرق لتعيين ميعاد الإستحقاق، حدّدتها المادة 410 من القانون التجاري على سبيل الحصر[2].

5. المكان الذي يجب فيه الدّفع: يجب ذكر في السفتجة المكان الذي يجب فيه الوفاء بقيمتها وتحديده بصورة واضحة حتى يستطيع الحامل التوجه إليه لإقتضاء قيمتها الإسمية3.

6. إسم من يجب الدفع له أو لأمره: يجب على الساحب أن يعين إسم المستفيد بوضوح ودقة ، ويصح أن يكون المستفيد شخصا طبيعيا أو معنويا، كما يصح أن يكون شخصا واحدا أو عدّة أشخاص.

7. بيان تاريخ إنشاء السفتجة أو مكانه: يجب أن يذكر تاريخ إنشاء السفتجة بالتفصيل إذ يحدّد باليوم والشهر والسنة، وذلك لماله من أهمية، في التأكد من أهلية الساحب وإحتساب تاريخ الإستحقاق، وكذلك لمعرفة إذا ما السفتجة صدرت قبل أو بعد إفلاسه4.

8. وكذلك لا بد من ذكر المكان وهو مهم جدا لإعتبارات قانونية وعملية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

9. توقيع من أصدر السفتجة: تستوجب صحة السفتجة توقيعها من قبل المنشىء لها وهو الساحب، إذ بتوقيعه ذاك يفصح عن إرادته في الإلتزام.

1-عثماني كريمة، المرجع السابق، ص27.

2-تنص المادة 410 من القانون التجاري: "يمكن سحب السفتجة لدى الإطلاع أو لأجل معين لدى الإطلاع أو لأجل معين التاريخ، أو ليوم محدّد".

3-عمور عمار، المرجع السابق ص42..

4- نادية فوضيل، المرجع السابق،ص23.

هذا بالنسبة للبيانات الإجبارية في السفتجة أمّا الفقرة الثانية من نص المادة نصت على الجزاء المترتب على تخلّق تلك البيانات وهو عدم اعتبار السند الخالي منها سفتجة إلاّ في الأحوال المنصوص عليها أو تلك الإستثناءات التي أو ردتها التطبيقات القضائية ومنها ما يتعلق بنظرية التصحيح ونظرية التحوّل.

وبطلان السفتجة المعيبة لا يعني تجريدها من كل أثر قانوني فقد تكون صحيحة كتصرف قانوني آخر وذلك في حالات منها:

1. تحوّل السفتجة إلى سند لأمر: من بين البيانات الإلزامية التي تشمل عليها السفتجة، ذكر إسم من يجب عليه الدّفع "المسحوب عليه" وفي حالة ما إذا خلت الورقة من هذا البيان، تبطل بصفتها سفتجة وذلك لتضمنها شخصين فقط وهما الساحب والمستفيد.

إلاّ أنّه يمكن أن تتحوّل إلى سند لأمر يخضع لأحكام قانون الصرف، فيتم تداوله بطريق التظهير، كما يترتّب عليه جميع أثاره، من ضمان الوفاء وتضامن الموقيعن وتظهير الدفوع[1].

وذلك بالطبع متى تضمنت الورقة الباطلة بيان شرط لأمر أو عبارة "سند لأمر" مع توافر كافة البيانات الأخرى اللازمة لصحة سند لأمر، المنصوص عليها المادّة 465 من القانون التجاري[2].

2. تحول السفتجة إلى سند عادي:

هناك بيانات يشترطها قانون الصرف للسندات التجارية، ولكن القواعد العامّة لاتتطلبها لصحة السندات العادية التي تثبت المديونية فإذا لم تتضمن السفتجة شرط الأمر أو تاريخ الإنشاء أو خلت من بيان لفظ السفتجة على متن النص وكذلك إذا كان موضوعها شيئا آخر

1-أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الثالث، السندات التجارية، السفتجة(الكمبيالة)، السند لأمر، الشيك دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص.58.

2-المادة 465 ق ، ت."يحتوي سند لأمر على شرط لأمر أو تسمية السند مكتوب في نفس النص وباللّغة المستعملة لتحريره الوعد بلا قيد ولا شرط بأداء مبلغ معين-تعيين تاريخ الإستحقاق.

غير النقود فهنا تبطل بطبيعة الحال كسفتجة[1] وتخرج عن نطاق قانون الصرّف إلاّ أنّه يمكن تحويلها إلى سند عادي إذا ما كانت مستوفية شروط إعماله مثلا إذا كانت تتضمن مبالغ أو مواعيد إستحقاق متعددة أو ذكر فيها بيانات تميل إلى وقائع خارجية[2].

وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا السند سندا تجاريا بحسب الشكل بل هو سند مدني يخضع في تطبيقه وينتّج أثاره طبقا لما تقرّره الأحكام العامّة للإلتزام، إذ لا يكون قابل للتداول عن طريق التطهير ولا يجوز التنازل عن الحق الثابت فيها إلاّ عن طريق الحوالة المدنية.

كما يجوز للقاضي منح محرر السند مهلة قضائية للوفاء بقيمتها وذلك في حدود سنة كذلك لايسقط الإلتزام الحق الثابت فيها بالتقادم القصير المدى بل يمضي خمسة عشرة سنة طبقا للقواعد العامة[3].

ثانيا: تحوّل عقد الشركة التجارية

تعرّف المادة 416 من القانون المدني الشركة بأنها "عقد بمقتضاها يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد يهدف أقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة ، كما يتحملون الخسائر التي قد تنتج عن ذلك" يعتبر عقد الشركة كغيره من العقود الأخرى يقوم على أركان موضوعية عامّة وهي الرضا، الأهلية، المحل والسبب.

كما يقوم على أركان موضوعية تتمثل في تعدّد الشركاء ، تقديم الحصص وأقتسام كل منهم الأرباح والخسائر، كما يشترط نية المشاركة اي التعاون على قدم المساواة بتحقيق أغراض الشركة، بالإضافة إلى ذلك يشترط الشهر والكتابة والقيد[4].

1-عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص116.

2-أحمد محرز، المرجع السابق، ص56.

3-عمورة عمار، المرجع السابق، ص52.

4- نسرين شريفي، الشركات التجارية، دار بلقيس دار البيضاء، الجزائر، الطبعة الأولى،2013، ص8.

والشركات التجارية على أنواع، عدّدها المشرّع في المادة 544 من القانون التجاري، وهي شركة التضامن،شركة التوصية الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة .

ولهذه الشركات نظام يحكمها، وبدراستنا لهذا النظام نجده بدوره لا يخلو من تطبيقات على تحوّل العقد، إلاّ أن الوضوح والصراحة قد تنقصها أحياناوأن كان ذلك لا يقلّل من أهميتها عن غيرها لذلك سنورد بعض النتائج من هذه التطبيقات.

أ/تحول شركة التوصية البسيطة إلى شركة تضامن.

شركة التوصية البسيطة هي "عقد بين شريك متضامن واحدا او أكثر وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال في الشركة ويطلق عليهم الشركاء الموصون، ولا يحق للشريك الموصي القيام بأعمال الإدارة، وتقتصر مسؤوليته قبل الغير بمقدار حصته في رأس المال"[1].

تعد شركة التوصية البسيطة من شركات الأشخاص، تقوم على الاعتبار الشخصي، وتتميز بوجود نوعين من الشركاء، شركاء متضامنون، يسألون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة، أي يسألون في أموالهم الخاصة إضافة إلى حصتهم في راسمال الشركة، وشركاء موصون لا يسألون إلا في حدود حصصهم[2].

وفي حالة ما إذا توفي شريك موصي، فإن الشركة تستمر أمّا إذا توفي شريك متضامن، فإنّه لا يمكن أن تستمر الشركة مع ورثته إذا ما تضمّن القانون الأساسي ذلك الشرط، لكن الورثة يتحوّلون إلى شركاء موصون إذا كانو قصرا غير راشدين[3].

1- أحمد بسيوني شحاتة، محاسبة الشركات، أشخاص وأموال، الدار الجامعية، بيروت1987 ، ص 13.

2- محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، مطبعة سليم بالإسكندرية، الطبعة الأولى1977 ص316.

3- نسرين شريفي، الشركات التجارية، دار بلقيس، الدار البيضاء، ولاية الجزائر، الطبعة أولى،2013،ص54.

وفي حالة ما إذا كان المتوفي هو الشريك المتضامن الوحيد وكان ورثته كلهم قصرا وجب تعويضه بشريك متضامن من جديد أو تحويل عقد شركة التوصية البسيطة إلى شركة تضامن.

ويجب أن يقع ذلك التحول في أجل سنة من تاريخ الوفاة وإلا حلّت الشركة بقوة القانون عند إنقضاء هذا الأجل طبقا للمادة 563 ،مكرّر 9 من القانون التجاري.

ويترتب على ذلك التحوّل، أنّه يصبح كل شريك في شركة التضامن مسؤولا مسؤولية شخصية عن ديون الشركة حتى في أمواله الخاصة وبالتضامن مع الشركاء الآخرين.

وتكون شخصيته محل اعتبار في تكوين الشركة وبقائها، ويكتسب صفة التاجر بمجرّد دخوله للشركة، وكل ما يترتب من التزامات عن تمتعه بهذه الصفة[1].

ب/تحول شركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة التضامن.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة مؤسسة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملّون الخسائر إلاّ في حدود ما قدّموا من حصص وذلك طبقا للمادة 564 من القانون التجاري الجزائري.

لتكوين الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا بد من توافر كافة الأركان الموضوعية العامة من رضا وأهلية وسبب ومحل، ويضاف إلى ذلك نيه المشاركة ومساهمة كل شريك بحصته في رأسمال الشركة وتعدّد الشركاء[2].

إضافة إلى بعض الشروط الخاصّة والتي يجب اتباعها في تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة والتي تناولها القانون التجاري.

1- نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 142.

2- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص182.

بالنسبة لشرط تعدّد الشركاء، يعتبر من أهم الشروط التي جاء بها المشرّع لتكوين الشركة ذات المسؤولية المحدودة ورتب آثارا على تخلف هذا الشرط.

إذ نجد المادة 590 من القانون التجاري تنص"لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في شركة ذات مسؤولية محدودة عشرين شريكا، وإذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من عشرين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة، وعند عدم ذلك تنحل الشركة مالم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا لعشرين شريكا أو أقل".

يفهم من هذه المادة أنّه يشترط لتكوين شركة ذات مسؤولية محدودة ان لا يتجاوز عدد الشركاء عشرين شريك و في حالة ما اذا تجاوز ذلك وجب تحويل الشركة من شركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة مساهمة، وذلك في أجل سنة واحدة[1].

ويترتب على ذلك التحول تغيير في النظام القانوني للشركة، مع مراعاة قواعد وإجراءات التأسيس والإشهار المقرّرة للشكل القانوني الجديد[2].

1-علي نديم الجمعي، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،2003، ص46.

2- حسن أحمد محمد الغشامي، القواعد القانونية الخاصة بتحوّل شركة التضامن، دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، 2004 ص205.

المبحث الثاني:

تمييز تحول العقد عن الأنظمة القانونية المقاربة له

بعدما تناولنا تعريف تحوّل العقد وتعرّضنا لأهم حالاته ارتأينا أن ذلك لا يكفي لتوضيح فكرة التحوّل، خاصة وأنّ هذا النظام يشتبه في كثير من الأحيان بغيره من الأنظمة التي تسعى إلى تحقيق نفس الهدف والمتمثل في المحافظة على استقرار العلاقات التعّاقدية وتحقيق التوازن العقدي.

هذا ما دفعنا إلى تخصيص هذا المبحث لمعالجة هذه الإشكالية بشكل جلي يزيل اللبس والغموض الذي قد يكتنفها ويدفع إلى الإعتقاد بكونها لا تختلف في طبيعتها.

وتتمثل هذه الأنظمة المقاربة في إنقاص العقد وتكملته(مطلب أول) وأيضا تصحيح العقد وإجازته (مطلب الثاني).

المطلب الأوّل:

تمييز تحوّل العقد عن انقاص العقد أو تكملته

قد يلتبس مفهوم تحول العقد عن كل من انقاص العقد (الفرع الاول) وتكملته (الفرع الثاني) وهذا لاوجه التشابه الموجودة بينهم وعليه :

الفرع الأوّل: تحوّل العقد وإنقاصه

لتحديد طبيعة العلاقة بين تحوّل العقد وإنقاصه، يتطلب توضيح فكرة إنقاص العقد (أولا) ثم إظهار اوجه الشبه والإختلاف بينهما (ثانيا).

أوّلا: فكرة إنقاص العقد:

قد يكون العقد باطلا في جزء منه وصحيحا في الجزء الآخر، وفي نفس الوقت يكون قابلا للإنقسام، فعندئذ ينقص الجزء الباطل، ويبقى العقد صحيحا ونستبقي الباقي من العقد الذي يظل صحيحا بإعتباره عقدا مستقلا[1]هذا ما يطلق عليه "إنقاص العقد" ونص على ذلك –وعلى غرار عدة تشريعات[2]– المشرع الجزائري في المّادة 104 من القانون المدني التي تنص"اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلاّ إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا،أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

طبقا لهذه المادة يشترط لتطبيق نظرية انقاص العقد، تحقق ثلاث شروط وهي :

- **الشرط الأوّل: بطلان شق من العقد** يشترط لإنقاص العقد أن يكون العقد باطلا في جزء من أجزائه، حيث إذا كان العقد باطلا في كامل أجزائه أو صحيحا بأكمله فلا يمكننا تطبيق هذه النظرية، لأنّه يكون في الحالة الأولى باطلا كليا، وفي الحالة الثانية صحيحا.

فنجد مثلا الشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يتعمّد البائع إخفاء المبيع غشا منه "المادة 384من القانون المدني "

وايضا نجد الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخّره في التصريح بالحادث المؤمن عليه (المادة 622 ق المدني).

1– بلحاج العربي،النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائر،الجزء الأوّل، التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص188.

2– المادة 139 من القانون المدني الألماني و المادة 143 من القانون المدني المصري.

- **الشرط الثاني: قابلية العقد للتجزئة** يستلزم أيضا أن يكون العقد قابلا للإنقسام من الناحية القانونية، لأنّه إذا لم يكن كذلك يترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله ولا مجال لإنقاصه حتى ولو كان العقد قابلا للإنقسام من الناحية المادية[1]ولعل من هذه العقود، عقد القسمة حيث أنّه لو أبرم الشركاء في الشيوع عقد القسمة لإزالة حالة الشيوع وقام بسبب من أسباب البطلان لدى أحد الشركاء دون الآخرين كأن يكون مجنونا أو عديم التمييز، فإن هذا البطلان يمتد ليشمل سائر الشركاء او يبطل عقد القسمة برمته لعدم إمكانية تجزئته من الناحية القانونية[2] طبقا للمادة 263 من القانون المدني.
- **الشرط الثالث: الشق الباطل غير جوهري** الغاية من نظرية انقاص العقد هو إنقاذ العقد بما يتماشى مع إرادة المتعاقدين بمعنى لو تبين أن إرادة الطرفين ما كانت تنصرف إلى إبرام العقد بغير الجزء الذي وقع باطلا[3].

هنا لا يجوز إنقاص العقد لانه يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية بل يبطل العقد بأكمله.

كما لا يشترط أن يكون الشق الباطل دافعا لكل من المتعاقدين بل يكفي ان يثبت أحدهما أنّه ما كان ليبرم العقد بغير الشق المعيب، على أن يكون المتعاقد الآخر مدركا لذلك حماية للثقة المشروعة في المعاملات.

ويقع عبء الإثبات هنا على من يدعي ببطلان العقد، أي على المدعى عليه الذي يرد على طلب المدعي بطلب الإنقاص[4].

1- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر 2013، ص367.

2- مونية بوشعرة، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق 2014، ص58.

3- نور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد"دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر1، 1996، ص292.

4- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص281.

كما يجب على القاضي هنا عند الحكم بإنقاص العقد أن يتحرى إرادة المتعاقدين ليتبيّن عمّا إذا كان سيتم إبرام العقد لولا ذلك الشق الباطل أم لا، والنية المقصودة هي انية المفترضة لأنّه في الغالب لا يتوقع المتعاقدين البطلان[1].

ثانيا: اظهار اوجه التشابه والاختلاف بين تحوّل العقد عن إنقاصه

يختلط تحوّل العقد بإنقاصه في كثير من الأحيان لدرجة أنّه يصعب التمييز بينهما، خاصة وأن كل منهما يقومان على مبدأ اساسي يتمثل في انقاذ العقود من البطلان.

ويبرز التشابه بينهما أيضا من خلال النية اللازمة لأعمال كلا منهما هي " نية إفتراضية " يعمد القاضي من خلالها إلى تأسيس حكمة في النزاع المعروض عليه ، وذلك بإحلال إرادته محل إرادة أطراف العلاقة العقدية، هادفا في ذلك إلى إنقاذ العقد من البطلان ومساعدة الأطراف في تحقيق غاياتهم الإقتصادية[2].

كما نجد أن كلا من النظامين يسعيان إلى إستيفاء العقد إلى أكبر قدر ممكن طالما أنّه لا زال متفقا مع غرض المتعاقدين والقانون.

ومن الأمور الأخرى التي تعد من القوائم المشتركة تتمثل في الارادة الإفتراضية التي على أساسها يؤسس القاضي الحكم الذي يصدره في النزاع العقدي المعروض عليه حالا نفسه محل أطراف العلاقة العقدية[3].

ورغم التشابه الكبير بين تحوّل العقد وإنقاصه، إلاّ أنهما يختلفان في عدة نقاط جوهرية، تجعل كل منهما نظاما مستقلا بطبيعته وشروطه وأثاره والتي تتمثل فيما يلي:

1- مونية بوشعرة، المرجع السابق، ص 65.

2- سهير حسن هادي، الشرط المألوف في العقد، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بابل دمشق 2008، ص108.

3-أحمد يسري، المرجع السابق، ص235.

إذا كان يشترط لإعمال كلا من النظامين بطلان العقد، إلاّ أنّهما يختلفان في طبيعة هذا البطلان، إذ يشترط في التحوّل أن يكون العقد باطلا بأكمله، في حين يشترط في الإنقاص أن يكون شق من العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

كما نجد أنّه يستوجب في إنقاص العقد أن يكون هذا الأخير قابلا للإنقسام بمعنى أنّه يمكن فصل الجزء الصحيح عن الجزء الذي اعتراه البطلان لأنّه إذا كانت الأجزاء مترابطة فإن البطلان يسري على العقد بأكمله[1] أمّا في التحوّل فلا مجال لإعمال هذا الشرط لأنّ هذا الأخير لا يقوم إلاّ إذا كان العقد باطلا بطلانا كليا[2].

كما يشترط لتحقيق تحوّل العقد توافر عناصر قيام العقد الجديد الصحيح في نفس العقد الباطل الأصلي دون إحداث أي تغيير أو إدخال اي عنصر جديد على التصرف الأصلي على عكس الإنقاص الذي يتحقّق بواسطة أحداث تغيير في مضمون العقد عن طريق بتر الشق الباطل من العقد أو تخفيضه إلى الحد الأقصى المسموح به قانونا[3].

كما تبرزُ أوجه الإختلاف بين النظريتين من حيث طبيعة العقد، فالبنسبة لنظرية تحوّل العقد، نجد أن العقد الصحيح الذي تحوّل إليه العقد الباطل يختلف من حيث الطبيعة عن العقد الباطل الذي تولد منه، أمّا في نظرية الإنقاص فإن العقد الذي تم تصحيحه بإنقاص الشق الباطل منه يبقى محتفظا بطبيعته القانونية، فالتغيير يحصل من حيث كمية الأثار المتبقية بعد الإنقاص لامن ناحية الكيف[4].

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص368.

2- pascal lipinski,op cit,p1174.

3-مونية بوشعرة، المرجع السابق، ص66.

4-عبد العزيز المرسي حمود، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري(دراسة تحليلية وتاصيلية مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس1988، ص373.

الفرع الثاني: تحول العقد وتكملته

لتحديد طبيعة العلاقة ما بين تحوّل العقد بتكملته يتطلب ايضا توضيح فكرة تكملة العقد (أولا) ثم إبراز أهم أوجه الشبه والإختلاف بين النظامين (ثانيا).

أولا: فكرة تكملة العقد

الأصل أن المتعاقدين عندما يقدمان على إبرام عقدا ما فانهما يحدّدان مضمونه ويتفقان على كافة المسائل التي تنظمه والتي لابدّ من مواجهتها حتى لا يكون هناك مجال للنزاع فيما بعد.[1]

إلا أن الطرفين قد يكتفيان بالإتفاق على المسائل الجوهرية فقط دون ان يتعرّضا للمسائل التفصيلية، إما لسهو منهما أو لجهلهما الأحكام القانونية التي ترعى ذلك العقد أو لإنعدام الخبرة لديهما.

هذا مايؤدي بهما إلى التواجد أمام عقد غير كامل، تنقصه بعض الإلتزامات التي من دونها يتعطل تحقيق الغرض المرجو من العقد، وهذا مادفع بالمشرّع إلى تنظيم مسألة تكملة العقد وأناط بهذه السلطة إلى القاضي، وذلك بعدما ينتهي من تفسير العقد وتكييفه بتحديد طبيعته القانونية، ويقصد بتكملة العقد "سلطة القاضي بإضافة بعض الإلتزامات التكميلية التي لم ينص عليها العقد إلى الإلتزامات المنصوص عليها فيه، بإعتبار أن تلك الإلتزامات التي أضافها القاضي هي مماّ يستلزمه العقد من حيث طبيعته والغرض من إبرامه حتى ولولم يتفق عليها الطرفان إستجابة لدواعي العدالة أو العرف أو مقتضيات القانون[2].

وفي هذا السياق نجد المادة65 من القانون المدني تنص: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص360.

2- حميد بن شنتي، سلطة القاضي في تبديل العقد أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الدولة في القانون، جامعة الجزائر1 1996 ،ص12.

أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة أو لأحكام القانون والعرف والعدالة ".

وأيضا المادة 2/107 من ق م تنص"ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

وطبقا لهاتين المادتين يستند القاضي عند تكملته للعقد المعروض عليه لعوامل وهي:

- **أولا/القانون:** تعتبر القواعد القانونية المرجع الرئيسي للعقود المسماة، إذ يستند إليها القاضي لدى تكملته لعقد أغفل طرفاه تنظيم المسائل التفصلية له. عند إبرامهم لذلك العقد[1] مالم يستبعدان ذلك صراحة ومثال ذلك ما تم تنظيمه من قبل المشرّع في عقد البيع، بخصوص ميعاد تسليم المبيع، ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن وما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا أو إذا ظهر به عيب خفي[2].
- **ثانيا/ العرف:** يعتمد القاضي كذلك على العرف في سد النقص الذي يشوب العقد، والعرف المقصود هنا هو العرف المكمل لإرادة المتعاقدين لا العرف المفسر [3].

حيث يفترض القاضي من سكوت المتعاقدين، بأنهما اتفقا على تطبيق تلك القواعد العرفية المعمول بها [4]ويظهر ذلك بوضوح في المعاملات التجارية والبحرية وعقود التأمين.

كما يمكن للقاضي أن يستعين أيضا بالشروط المألوفة[1] التي جرت العادة على إدراجها ضمن عقود معينة، ولو لم ينص عليها في العقد، حيث أصبحت تعتبر ملزمة للمتعاقدين.

1- عاشور فاطيمة، تفسير العقد، المرجع السابق، ص24.

2- أنظر المواد من 351 إلى 360 من القانون المدني المتعلقة بأحكام عقد البيع.

3- منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر،2010،ص93.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص390.

- **ثالثا/العدالة:** في حالة ما تعذر على القاضي إكمال العقد وفقا للقواعد القانونية والعرفية خوّله المشرّع إمكانية اللجوء لقواعد العدالة[2] لسد ذلك النقص.

إذ يجتهد القاضي برأيه للوصول إلى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه مستنبطا القاعدة التي يراها أقرب لتحقيق العدالة، منطلقا لتحقيق ذلك من اعتبارات موضوعية تنسجم مع طبيعة العقد وما يسلتزمه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد[3].

ومثال ذلك العامل الذي يطلع على أسرار صاحب العمل، فيتم تكميل عقد عمله بالإلتزام بعدم إفشاء هذه الأسرار ولو خلا عقده من هذا الحظر.

وأيضا نجد ما قرّره القضاء الفرنسي في الإلتزام بالسلامة الذي فرضته على عاتق الناقل لمصلحة الراكب.

وهو نفس القرار الذي توصل إليه القضاء الجزائري في قراره رقم 27429 بتاريخ 30 مارس 1983 اين ألزم الناقل بضمان سلامة المسافر طيلة مدة السفر.

ثانيا: ابراز اوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد وتكملته.

بعد أن وضحنا مفهوم تكملة العقد وكيفية تحقيقه، فقد تبين لنا بأن هناك ثمة تقارب يحصل بين هذا النظام ونظام تحوّل العقد، غير أن هذا الأمر يجب ألا يفهم منه بأنه يمثلان حالة متداخلة وكأنها نظام واحد، حيث تبرز بينهما جملة من المسائل التي تميز كلا منهما عن الآخر بشكل واضح، وهذا ما سيتم تبيانه على النحو التالي:

1- أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانون المدني المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة ،مصر 2011 ،ص21.

2- المادة 1 /3من القانون المدني "...فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

3- عبد السلام الفتلاوي،إكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ،2012 ، ص97.

حيث من أهم أوجه التقارب بين النظامين تتمثل في أنهما يهدفان إلى الإبقاء على العقد والمحافظة عليه بما يهدّده.

كما يلتقي النظامان ايضا في ذلك الدّور الكبير الذي يلعبه القاضي إذ نجده يؤدي دورا منشئا، يتجاوز فيه الدّور الكاشف ففي تكملة العقد نجده ينشىء محتوى العقد ويستكمله بإضافة إلتزامات جديدة تفرض على عاتق المتعاقدين[1] وكذلك بالنسبة لنظام التحوّل فالقاضي عند قيامه بتحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح يهدف من خلال ذلك إلى مساعدة أطراف العلاقة العقدية في تحقيق الغايات الإقتصادية التي يتعذر عليه تحقيقها من غير ممارسته للدّور المنشىء[2].

ومن بين أوجه الشبه أيضا نجد أن كلا من النظامين يؤديهما قاضي الموضوع ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا[3].

على الرّغم من أوجه الشبه الموجودة بين النظامين إلاّ أنهما يختلفان في أمور جوهرية، لعلّ من أبرزهما أن التكملة يرد على العقد الصحيح[4] في حين أن التحوّل يرد على العقد الباطل، كما أنّ التحوّل هو وسيلة لتفادي بطلان العقد، بينما التكملة هو وسيلة لتحديد نطاق العقد الصحيح ببيان ما ينتجه من حقوق ومايولّده من التزامات[5].

ويبرز الإختلاف بين النظامين أيضا في أن تكملة العقد يبقى على طبيعة العقد كما هي[6].

1-أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص25.

2 علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص251.

3- منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات (دراسة مقارنة) بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية الجزء الأول مصادر الإلتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1998، ص284.

4-عبد السلام الفتلاوي، المرجع السابق، ص41.

5- نفس المرجع، ص42.

6- منصور محسن حاتم، المرجع السابق، ص94.

في حين أن نظام التحوّل، نجد أن العقد الجديد الصحيح له طبيعة أخرى تختلف عن طبيعة العقد الأصلي الباطل.

كما يلاحظ أيضا أنّ نظام تحوّل العقد لا يترّتب عليه تغيير في عناصر العقد الأصلي[1] اذ يشترط لإعماله أن يكون العقد الباطل قد استجمع بين طياته أركان العقد الجديد الصحيح دون إضافة أو نقصان ، على خلاف تكملة العقد الذي يترتّب عليه تغيير في عناصر العقد الأصلي إذ يقوم القاضي بإضافة إلتزامات جديدة للعقد طبقا للقانون أو العرف أو العدالة.

المطلب الثاني:

تمييز تحوّل العقد عن تصحيح العقد أو إجازته

بعد التمييز في المطلب الاول بين تحوّل العقد عن انقاص العقد وتكملته، وبغية تسليط الضوء بشكل أكبر على أهم ملامح نظام التحوّل بشكل لا يثير اللّبس مع غيره من الأنظمة التي قد تقترب منه بوجه أو بآخر، نقوم في هذا المطلب بتوضيح العلاقة بين تحوّل العقد وتصحيحه (الفرع الأوّل) وأيضا العلاقة ما بين تحوّل العقد وإجازته (الفرع الثاني)

الفرع الأوّل: العلاقة بين تحوّل العقد وتصحيحه

لتوضيح مختلف جوانب العلاقة ما بين تحوّل العقد وتصحيحه من عدّة جوانب، يتعين التعرض إلى فكرة تصحيح العقد (أولا) ومن ثم التوّصل إلى أوجه الشبه والإختلاف بينها وبين فكرة تحول العقد(ثانيا).

1- علي كاظم الشيباني، المرجع السابق، ص282.

أولا: فكرة تصحيح العقد

تصحيح العقد هو العمل الذي يهدف إلى تصحيح العيوب التي تضمنها العقد[1] و يحصل التصحيح "بزوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المشرّع يترتب عليها الإبقاء على العقد مصحّحا بأثر رجعي"[2].

وهناك من عرفه بأنّه" مزيج من تصرّف إرادي وعمل مادّي يصدر من الطرف الذي لم يتقرّر بطلان التصرّف لصالحه، له أثر رجعي كالإجازة إذ يعد التصرّف المصحّح صحيحا من وقت نشوئه لامن وقت تصحيحه"[3].

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

- **الشرط الأوّل: وجود عقد معيب:** من أهم شروط إعمال نظام تصحيح العقد أن يكون هناك عقدا معيبا وأن يكون ذلك العيب قد شاب العقد عند تكوينه لا أثناء تنفيذه. لأنّه في هذه الحالة نكون بصدد تعديل للعقد لا بصدد تصحيحه.

كما يشترط في العيب أن يمكن تصحيحه، لأنّه لا يمكن تصحيح العقود الباطلة لمخالفتها النظام العام، أو تلك الباطلة بسبب إنعدام الأهلية.[4]

- **الشرط الثاني: حصول تغيير في عنصر من عناصر العقد** إن العقد الباطل لا يمكن تصحيحه إلاّ بزوال صفة البطلان بتغيير في عنصر من عناصر العقد[5] وذلك إماّ بالإنقاص

1- المشرع الجزائري لم يضع نصوص قانونية خاصة بالتصحيح تمثل مبدأ أو نظرية عامة له،غير أنه يمكن أن نلتمس بعض التطبيقات له هنا وهناك تدل عليه بشكل واضح.

2- ديما فرج مكي، تصحيح العقد، (دراسة مقارنة) المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة الاولى،2011، ص18.

3- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص27.

4- سلام عبد الله فتلاوي ،المرجع السابق، ص 41..

5- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص117.

ومثاله ما نصت عليه المادة 90 من القانون المدني[1] إذ منح المشرّع للمتعاقد المغبون طبقا لهذه المادة الحق في طلب إنقاص التزامه إلى الحد الذي يرفع به الغبن الذي لحقه جرّاء الإستغلال، بدلا من ابطال العقد ، وبهذا يزول العيب الذي شاب العقد بتصحيحه، بصفة نهائية ويصبح غير قابل للطعن فيه بالإبطال[2] وقد يتم الإنقاص بقوّة القانون، ومثاله ما نصّت عليه المادّة468 فقرة2 من القانون المدني: "... إذا عقد الإيجار لمدّة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات "

كما قد يحصل التغيير بالإضافة ومثاله ما نصّت عليه المادة 734 ق.م التي جاء فيها بأنّه يطلب في شركات التضامن وإلا كان باطلا إتمام إجراءات النشر الخاصة بالعقد أو المداولة حسب الأحوال..."

وهذا الإجراء الموضوعي الذي كان ينقص العقد، كان سيؤدي إلى بطلان عقد الشركة ويحصل التصحيح هنا بإضافة العنصر الموضوعي، الذي كان ينقص العقد وجعل منه باطلا، وقد يحصل التغيير أيضا بإستبدال العنصر المعيب بآخر غير المعيب كإستبدال الشيىء غير الأثري بالأثري الذي وقع بشأنه الغلط[3].

أو مثل إستبدال البنود الضارة بالعامل في التشريعات العمالية مثلا: بنود الإتفاقيات الجماعية، والى ذلك اشارت المادة 118 من القانون 04/90 المتعلق بعلاقات العمل على ما يلي:" تفترض المؤسسة المستخدمة الأحكام أكثر نفعا الواردة في مختلف الإتفاقيات التي

1- المادة 90 من القانون المدني"إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز لقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد..."

2- بوشنافة محمد، مبدأ إستقرار المعاملات في العقود بين المصلحة العامة وحرية الأطراف، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق بن عكنون، ص92.

3- ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص196.

اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها وتطبق على عمالها إلاّ إذا كانت هنالك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل مع المستخدم"

كما قد يحصل التصحيح، دون مساس بموضوع العقد، إذ قد يتدخل عنصر أجنبي عن العقد فيصحّح العقد[1].

مثل ما هو وارد في حالة بيع ملك الغير إذ أنّ إقرار المالك يزيل حق المشتري في طلب الإبطال.

- **الشرط الثالث: بقاء العقد المصحّح على نوعه دون تغيير**.يشترط في العقد المصحح بعد إزالة ما شابه من عيب أن يبقى على طبيعته دون تغيير[2]إذ لوكان عقد إيجار معيب فإنه يبقى بعد التصحيح على طبيعته عقد إيجار[3] فالتصحيح يحصل في عنصر من عناصر العقد المصحح، أمّا نوعه فيبقى دون تغيّير فإذا تغيّر هذا الأخير، لا نكون أمام تصحيح للعقد.

ثانيا: اوجه التشابه والاختلاف فيما بين تحوّل العقد و تصحيحه

يتشابه نظام التحوّل مع نظام التصحيح في عدّة أوجه ومن أهمها: أنّهما يردان على العقود الباطلة ومنه يهدفان إلى إنقاذ العقود من البطلان والعمل على استقرار التعامل الإقتصادي.

كما تبرز أوجه الشبه بينهما في مبدأ رجعيه الأثر المترتب على كل منهما[4].

إذ أن التصحيح ينتج أثره من تاريخ ابرام العقد وذلك بأثر رجعي، وليس من تاريخ حصول التغيير في العنصر الباطل[1].ونفس الشيء بالنسبة للتحوّل إذ نجده ينتج أثاره من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ إجراء التحوّل.

1- بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص 96.

2- منصور حاتم، المرجع السابق، ص5.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الرابع، دار الفكر للطباعة والنشر، مصر،ص104.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، المرجع السابق ص633.

كما يلتقي النظامان أيضا في أن دور القاضي يقتصر فيهما على التحقق من توافر الشروط المتطلبة في كل من تحوّل العقد وتصحيحه.[2]

على الرغم من نقاط الإلتقاء بين تحوّل العقد وتصحيحه، إلا أنهما يختلفان في نقاط جوهرية تجعل كل منهما نظاما مستقلا بذاته.

إذ أن تصحيح العقد يحصل بإجراء تغيير في أحد عناصر العقد الباطل بالإستبدال أو بالإضافة إليه أو بالإنقاص، بينما تحوّل العقد يشترط لأعماله أن يستجمع العقد الباطل تحت طياته أركان وعناصر العقد الجديد الصحيح بالكامل، بحيث لا يمكن إضافة أي عنصر إليه كما لا يمكن إنقاص أي عنصر من عناصر العقد أو إستبدال عنصر بآخر.

ويختلف النظامان أيضا من حيث طبيعتهما القانونية، إذ أن العقد الباطل عندما يتحوّل إلى عقد آخر صحيح، يؤدي ذلك التحوّل إلى تغيير في الطبيعة القانونية للعقد الأصلي في حين أن نظام التصحيح لا يؤثر على الطبيعة القانونية للعقد.

إذ نجد أن العقد المصحّح يستمر بذات الطبيعة القانونية التي كان عليها قبل التصحيح.

كما ويتميز نظام التحوّل عن التصحيح في مسألة أخرى، هي أن تحوّل العقد يعدّ من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل بوصفه واقعة قانونية في حين أن التصحيح يعتبر من الآثار الأصلية، إذ أنّه يعتبر من الآثار الأصلية الإستثنائية التي تقع إستثناءا لإعتبارات يراها المشرّع ضرورية يساهم في تحقيق الإستقرار والتوازن العقدي الإقتصادي ومنه الآثار المترتبة على التصحيح، وهي ذات الآثار الناجمة على العقد الذي تم تصحيحه[3].

1- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 244.

2- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 99.

3- علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص306.

كما نجد فرقا جوهريا آخر يبرز بين تحوّل العقد وتصحيحه والذي يكمن في الدّور الذي تلعبه الإرادة في كلّ منهما، فالتصحيح يتم بطريقتين إمّا بحكم القانون ودون تدخّل إرادة الأطراف، وإمّا يقع بإرادة المتعاقدين الحقيقية، في حين نجد أنّ مدار التحوّل يقوم على إرادة إفتراضية يفترض القاضي قيامها، يسعى من خلالها إلى إنقاذ العقد من البطلان.[1]

الفرع الثاني: تحوّل العقد وإجازته

من أجل توضيح العلاقة بين تحوّل العقد مع إجازته ، يستلزم توضيح فكرة إجازة العقد (أولا) ومنه إلى عرض أهم أوجه الألتقاء والإختلاف بينها وبين تحول العقد (ثانيا).

أوّلا: فكرة إجازة العقد .

الإجازة هي تصرّف قانوني صادر من جانب واحد ، يزيل به المتعاقد عيبا قد شاب رضاه واعترى اهليته عند ابرام العقد، ومن ثم يخولّ له القانون حق المطالبة بإبطال العقد[2]وعرفها آخرون بأنّها "النزول عن الحق في طلب إبطال العقد المعيب ومنه يصبح ذلك العقد صحيحا" [3].

نظم المشرّع اجازة العقد في المادّة 100 من القانون المدني والتي تنص " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير" ومن خلال هذه المادّة تتضح لنا أن الإجازة نوعان إمّا صريحة أو ضمنية.

1- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص125.

2- حميد بن شنيتي، نظرية الألتزامات، المرجع السابق ص152،راجع أكثر محمد سعيد جعفور،ص55.محمد حبار نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني والفقه الإسلامي،(دراسة مقارنة)رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، ص162

3-F.Drogoul.Essai d'une théorie générale des nullités,L.G.D.G1902،P236.

إذ تكون صريحة عندما تتصرف إرادة المجيز إلى إجازة العقد، فيقوم بالتصرّف القانوني بقصد التنازل صراحة عن حقّه في طلب إبطال العقد[1].

وتظهر الإجازة الصريحة في شكل شفوي أو كتابي، إذ لا يشترط فيها أن تشمل على بيانات معينة، بل يكفي وضوح نية المجيز في الإجازة[2].

وتكون الإجازة ضمنية عندما يقوم صاحب الحق في طلب الإبطال _المجيز_ بعمل أو وقائع تدل دلالة قاطعة على التنازل عن حقه في طلب إبطال العقد وإجازته [3] كأن يقوم بتنفيذ العقد القابل للإبطال.

ويقع عبء إثبات الإجازة على من يدعيها، وله أن يثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك البينة الشخصية والقرائن القضائية [4]

ولكي ترتب الإجازة أثرها لا بد من توافر شروط والتي تتمثل في أن يكون العقد قابلا للإبطال، وليس باطلا بطلانا مطلقا ، لأنّ هذا الأخير يعتبر منعدم ولا يمكن أن تلحقه الإجازة وذلك طبقا للمادة 102 من قانون المدني والتي تنص"...ولا يزول البطلان بالإجازة"

كما يجب على من تقرر البطلان لمصلحته أن يكون عالما بالعيب في العقد، ومن ثمّ تنصرف إرادته إلى النزول عن الحق في التمسك بإبطال العقد، ومنه إذا نفذ هذا الأخير العقد القابل للإبطال دون علم منه بالعيب الذي شابه، فلا يمكن إعتبار ذلك التنفيذ بأنّه إجازة ضمنية مهما طالت المدّة[5].

1-علي فيلالي، المرجع السابق، ص 346.

2-عبد الرزاق أحمد االسنهوري، مصادر الحق، المرجع سابق، ص118.

3- صبري محمد السعدي، المرجع السابق، ص25.

4- محمد حسنين، المرجع السابق، ص135.

5- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1985، ص54.

ويشترط أيضا زوال العيب الذي شاب العقد[1]حيث لو بقي العيب قائما واستمر بعد صدور الإجازة معناه لأن هذه الأخيرة ستكون مشوبة بنفس العيب الذي عاب التصرف المراد إجازته[2] وعليه يجب أن تكون الإجازة خالية من عيوب الرضا.

مثال ذلك إذا كان إكراه فيجب أن يزول الإكراه ومن ثمّ تتم الإجازة.

وايضا إذا كان المتعاقد ناقص الأهلية فيجب أن يبلغ سن الرّشد حتى يمكنه اجازة العقد كما تصح اجازة الولي للعقد الذي ابرمه القاصر في حدود سلطته .

ثانيا: اوجه الشبه و الاختلاف بين تحوّل العقد و إجازته.

بعدما وضحنا فكرة إجازة العقد،سنتطرق الآن إلى إستخراج أهم نقاط الإلتقاء والإختلاف بينها وبين تحوّل العقد لتمييزهما عن بعضهما البعض،بإعتبارهما نظامين مستقلين حيث نجد أنّ هذين النظامين يتفقان في عدّة مسائل ومن أهمها أنّهما كليهما يردان على عقد معيب، ومنه يهدفان إلى انقاذه من البطلان، والعمل على الإستقرار العقدي.

كما ويتفق النظامان في أنهما لا يحدثان أي تغيير على العقد الأصلي، حيث يشترط لإعمال التحوّل أن يكون العقد الأصلي الباطل مشتملا على عناصر عقد صحيح دون أي إضافة أو إنقاص أو تغيير، ونفس الشيىء بالنسبة للإجازة التي تبقى على العقد القابل للإبطال دون إجراء أي تغيير، وكل ما يحصل أن المجيز يتنازل عن حقه في طلب إبطال العقد للعيب الذي لحقه[3].

1- خالد عجالي، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري،(دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أمحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية 2005،ص126.

2- ALain Bénabent, les obligations Domat droit privé , droit civil, les obligations, Mont chresthein,5e édition, p 142.143.

3- علي نجيدة النظرية العامة للالتزام الكتاب الاول مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ، 2004 ،ص 199.

كما ويثور التشابه بين النظامين من حيث رجعية الأثر المترتب على كلّ منهما الذي يمتد إلى تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ تحقيقهما.

فالتحوّل ينتج أثره من تاريخ إبرام العقد، إذ أن القول بغير ذلك معناه حصول العلم لدى المتعاقدين بالبطلان ورغم ذلك يقدمان على الإرتباط به وهذا غير منطقي كما سيتم توضيحه، وكذلك الحال بالنسبة للإجازة والتي يمتد أثرها إلى يوم إبرام العقد[1] وليس من وقت صدورها طبقا للمادة 100 من القانون المدني.

رغم أوجه الشبه بين النظامين إلاّ أننا نجدهما يختلفان في عدة مسائل جوهرية أخرى، تجعل كلّ منها نظاما مستقلا ومن بين هذه المسائل،نجد أنّه بالرّغم من أن تحوّل العقد يتشابه مع نظام الإجازة في أنّهما يردان على العقد الباطل، إلاّ أنّهما يختلفان في طبيعة هذا البطلان.

إذ أن تحوّل العقد يرد على العقد الباطل أو القابل للإبطال طبقا للمادة 105 من القانون المدني"...إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال..."في حين أنّ إجازة العقد ترد فقط على العقود القابلة للإبطال طبقا للمادة 100" يزول حق إبطال العقد بالإجازة..." أمّا العقود الباطلة بطلانا مطلقا فليس لها وجود، ومنه لا يمكن إجازتها.

ومن أوجه الإختلاف أيضا، نجد أن نظام الإجازة تُبقي العقد المجاز على تكييفه القانوني الأصلي دون أن تغير من طبيعته القانونية[2]عكس نظام التحوّل، اين نجد العقد الصحيح الذي تحوّل إليه العقد الباطل يختلف من حيث الطبيعة عن العقد الباطل الذي تولّد منه.

1- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني،(دراسة مقارنة)الجزء الثالث منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان2008 ص370.

2- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق،ص128.

ومن أوجه الإختلاف الأخرى التي تبرز بين النظامين ما يتعلق بالأثر المترتب على كلّ منهما، إذ أنّ أثر الإجازة يقتصر على العيب الذي تنازل عنه المجيز دون غيره ومنه إذا تعدّدت العيوب اللاّحقة ولم يجزها المعنى، تبقى العقد قابلا للإبطال[1] في ان التحول لا يقتصر على جزء فقط منه بل يشمل كل العقد.

ومن صور الإختلاف بين النظامين، نجد أنّه يشترط لإعمال نظام الإجازة أنّ يكون المتعاقد عالما بالعيب الذي يشوب رضا المتعاقد الاخر، ومن ثمّ يقوم بإجازته لتطهير العقد من البطلان[2] في حين أنّ يشترط لإعمال نظام التحوّل أن لا يكون المتعاقدين يعلمان بالعيب الذي يعتري العقد[3] ومنه يفترض أنّ إرادتيهما انصرفتا إلى إبرام العقد الصحيح الذي تحوّل إليه العقد الباطل.

ويبرز الإختلاف بين النظامين أيضا، في أنّ الإجازة ترد على عقد له وجود فعلي ومنتج لأثاره، إلاّ أنّه قابل للإبطال نتيجة عيب لحق به، ومنه المجيز عندما يجيز هذا العقد لا يعني أنّه أنشأ حق، بل هو يحافظ بذلك على إستقرار عقد بشكل نهائي وبأثر رجعي[4]على خلاف نظام التحوّل الذي من خلاله يتم إنقاذ العقد الباطل أو القابل بالإبطال وذلك بإيجاد عقد جديد يختلف عن العقد القديم ومنه نظام التحوّل هو عملية إنشاء وخلق[5].

1- أنور السلطان ،المرجع السابق، ص 185.

2-علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر2006، ص81.

3-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص251.

4- محمد جبر الألفي، عوامل الإستقرار للعقد القابل للإبطال (دراسة تحليلية مقارنة)بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت السنة التاسعة، العدد الأول1985، ص 51.

5-علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص234.

كما ويمكن أن نلتمس فرقا جوهريا آخرا يمكن أن يبرز بين تحوّل العقد وإجازته والمتمثل في الإرادة اللازمة لإعمال كل منهما، حيث نجد أن للإرادة دور كبير في إعمال نظام الإجازة إذ يحق فقط لمن تقرّر البطلان لمصلحته إجازة العقد.

أي إعمال هذا النظام متوقف على إرادته فقط، وحتى القضاء ليس له دور في هذا النظام على نقيض نظام التحوّل، والذي يقوم على إرادة إفتراضية يفترضها القاضي عندما يتحقق شروط إعمال هذا النظام، ومنه ليس هناك دور لإرادة المتعاقدين والقول بغير ذلك معناه حصول العلم لديهم ببطلان العقد ورغم ذلك يقدمان على إبرامه وهذا غير ممكن تصوّره[1].

1-أحمد يسري، المرجع السابق، ص179.

الفصل الثاني:

النظام القانوني لتحوّل العقد

الفصل الثاني:

النظام القانوني لتحوّل العقد

بعد توضيح فكرة تحوّل العقد ومن أجل الإلمام بهاته الفكرة أكثر ومعرفة متى يمكن إعمالها، لا بد من رسم معالمها وتبيان أهم المبادىء التي تقوم عليها، وذلك من خلال دراسة الشروط اللازمة لإعمالها ، ثم التطرّق إلى أهم الأثار المترتبة عليها.

وبناء عليه، ستقسم خطة البحث في هذا الفصل على الشكل الآتي:

المبحث الأوّل: الشروط اللاّزمة لإعمال التحوّل.

المبحث الثاني: أثار تحوّل العقد.

المبحث الأول:

شروط إعمال نظرية تحوّل العقد

طبقا للمادة 105 من القانون المدني، وبالرجوع للتعريفات التي أوردناها سابقا، والمتعلقة بنظرية التحوّل، نجد أنه يشترط لإعمال هذه النظرية توافر شروط موضوعية (المطلب الأول) وأخرى ذاتية (المطلب الثاني)

المطلب الأوّل:

الشروط الموضوعية

من خلال نص المادة 1/105 من القانون المدني التي تنص على "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر..."

يمكن لنا أن نستخلص شرطين موضوعيين لنظرية تحوّل العقد، ويكمن هذين الشرطين في بطلان العقد الأصلي أو قابليته للإبطال (فرع الأوّل) وأن يتوافر في العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح (فرع الثاني)

الفرع الأوّل: بطلان العقد الأصلي

يشترط المشرّع لقيام القاضي بتحويل العقد أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، لأنّه لو كان العقد الذي أبرمه المتعاقدان صحيحا فلا يتم التحوّل إلى عقد آخر[1] حتى ولو تضمن هذا العقد بين طياته أركان عقد آخر صحيح، وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الثاني، ومثال ذلك: عقد هبة صحيح يتضمن أركان عقد وصية، وتبين أن المتعاقدين كان يفضلان الوصية على الهبة، فإن عقد الهبة لا يتحوّل إلى وصية.

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الأوّل، الطبعة الرابعة، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 196.

وعليه يعتبر بطلان العقد الشرط الأساسي الذي تقوم عليه نظرية تحوّل العقد حتى تنتج أثارها القانونية، ويقصد بالبطلان ذلك "الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلّف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته"[1].

ويتمثل ذلك الجزاء في زوال أثر العقد[2]، لأنّ إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى ترتيب هذه الأثار على مثل هذا العقد هي إرادة عاجزة من الناحية القانونية لأنها خالفت القانون في ذلك أو لم يكن لها سند قانوني يدعمها[3]، ومنه العقد الذي رامت إلى إبرامه هو عقد عديم الأثر أي ليس لديه أي قيمة قانونية.

ينقسم البطلان حسب ما ذهب إليه معظم الفقهاء، وأخذ به المشرّع الجزائري إلى نوعين، بطلان مطلق(أولا) وبطلان نسبي (القابلية للابطال)[4](ثانيا).

أولا/-البطلان المطلق:

يتحقق إذا لم يتوافر في العقد ركن أو أكثر من أركانه كإنعدام تطابق الإرادتين، أو إنعدام المحل أو السبب أو عدم مشروعيتهما، أو تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون لإنعقاد العقد في العقود الشكلية[5]، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 883 من القانون المدني، بالنسبة للرّهن الرّسمي إذ لا ينعقد إلاّ بعقد رسمي وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على شكل خاص لابرام العقد لم يستوجبه القانون، فإنه لا ينتج أي أثر إلاّ إذا أبرم في الشكل المتفق عليه.

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص180.

2-Japiot René, Des Nullités en matiére d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, thése doctorat, paris 1909, p21.

3- محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائرص37.

4-البطلان النسبي هو مصطح فقهي اما المشرع الجزائري فقد نص على قابلية العقد للابطال.

5-علي فيلالي، المرجع السابق، ص332.

وهذا البطلان يحق لكل ذي مصلحة أن يطلبه، كما للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وذلك طبقا للمادة 102 من القانون المدني.

والبطلان المطلق يصيب العقد منذ نشأته، فهو منعدم الوجود لا يحتاج لتقرير بطلانه، ومنه لا يرتب ذلك العقد أي أثر من أثاره من وقت إبرامه[1].

ولما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني إذن فلا تلحقه الإجازة[2] ولايسقط الحق في طلب البطلان إلا بمضى مدّة التقادم الطويل وهي خمسة عشر(15) سنة طبقا للمادة102 من القانون المدني، وهذا التقادم لا يصحح العقد الباطل، بل يبقى العقد باطلا، والدعوى ببطلان العقد هي التي تسقط بالتقادم فقط[3].

ثانيا/-البطلان النسبي

هو ذلك "الجزاء الذي يلحق العقد إذا ما تخلف شرط من شروط صحة أهم ركن فيه ألا وهو الرضا[4]"، وذلك في حالة ما إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية[5] (أ) أو شاب إرادته عيب من عيوب الرضا(ب).

1-محمد حسام لطفي، النظرية العامة للإلتزام،الصادر لأحكام الإثبات دراسة تفصيلية وتحليلية في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء ،القاهرة،2002،ص119.

2- محمد حسين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوصفي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1988 ،ص57.

3- مصطفى الجمال،رمضان أبو السعود،نبيل إبراهيم سعد، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003 ص 123.

4-Phillipe Simler, la nullité partielle des actes juridiques,LGDG ,préface de Alex Weill 1960,p12.

5- الاهلية هي" صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي من شانها ان ترتب له هذا الامر او ذاك" وهي نوعان، أهلية الوجوب و هي التي تثبت لكل شخص، فهي تختلط بالشخصية لأنها تبدأ معها بتمام ولادة الإنسان حيا، فهي تثبت له حقوق وترتب في ذمته إلتزامات، ويتساوى الجميع في أهلية الوجوب فهي لا تتأثر لا بالسن ولا بالعقل أما النوع اثاني فيتعلق بأهلية الأداء _محل دراستنا_ فيقصد بها الصلاحية لإبرام التصرفات القانونية اي قدرة الشخص على ابرام التصرفات= =القانونية بنفسه على نحو يعتد به القانون" ومجال أهلية

أ- **قابلية العقد للإبطال لنقص الأهلية:** تنص المادة 43 من القانون المدني على أنه "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أوذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وعليه يكون الشخص ناقص الأهلية: إما بسبب السن أي ذلك المميز الذي تتراوح سنه بين الثلاث عشر سنة الى ما قبل اليوم الاخير من السنة التاسعة عشر، وإما بسبب السفه والعته، فالسفيه "هو ذلك الشخص الذي يبذر ماله على غير مقتضى العقل، سواء كان ذلك في وجه الخير أو الشر، والسفيه كامل العقل، والعلة في تدبير أمره لأنه يسرف في إنفاق ماله"[1] أما الغفلة فهي عدم الخبرة والمعرفة اللازمة للتصرفات المالية"[2] ويحجر على ذو الغفلة والسفيه ويعين لهما قيم، وبعد تسجيل قرار الحجر يعتبران في حكم ناقص الأهلية، وتتقيد أهليتهما في التصرف والإدارة وتنعدم أهلية التبرع لديهما[3] .

ب-**قابلية العقد للإبطال بسبب عيب من عيوب الرضا:** عيوب الرضا هي تلك العيوب التي تصيب إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، فتفسد الرضاء دون أن تزيله[4]، وتتمثل هذه العيوب في الغلط وهو "وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته"[5]، والتدليس، وهو "تضليل المتعاقد بوسائل إحتيالية لإيقاعه في غلط أو استمراره فيه يدفعه

الأداء هو التصرفات والأعمال القانونية التي تعتبر أعمالا إرادية وتتطلب الإدراك والتمييز لأن الارادة تتجه فيها إلى إحداث أثر قانوني معين مثل إبرام العقود، ويكون الشخص كامل الأهلية إذا استكمل جميع عناصر التمييز،طبقا للمادة 40 من القانون المدني والتي تنص "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"

1-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص157.

2-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني في الجزائر، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010،ص48.

3- حميد بن شنيتي، نظرية الإلتزامات، المرجع السابق، ص91.

4- نص المشرع على عيوب الرضا في المواد من81 إلى91 من القانون المدني.

5 -Flour(J) et Aubert(J), les obligation, l'acte juridique, Delta, Edit, 2002, p133.

إلى التعاقد"[1]، والإكراه، وهو "تهديد شخص لشخص آخر بإلحاق ضرر معين به لحمله على توقيع العقد فيقوم بتوقيعه خوفا من وقوع الضرر المهدد به"[2] والإستغلال وهو انتهاز المتعاقد حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على ابرام عقد يتحمل بمقتضاه إلتزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض"[3].

وبطلان العقد القابل للابطال يكون إما بالتراضي بين طرفيه، وفي حالة الإختلاف فإنه لا يمكن لأحد طرفي العقد أن يستقل بإعلان بطلانه بإرادته المنفردة، بل يتعين عليه الإلتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بالبطلان، ويعتبر حكم القضاء منشئا للبطلان وليس كاشفا له[4]، والعقد القابل للابطال هو عقدا صحيحا منتجا لجميع أثاره، ويظل كذلك حتى يتقرر بطلانه بناء على طلب من تقرر لمصلحته[5]، خلال مدة محددة قانونا[6].

وإذا ما تقرر البطلان وصدر حكم قضائي بذلك في هذه الحالة يبطل العقد وتزول أثاره معه بأثر رجعي، فيعتبر كأنّه لم يوجد منذ إبرامه مثله مثل العقد الباطل بطلانا مطلقا[7].

1-محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة1 طبعة 2002 ص13.

2- مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، مصر، 1987ص130

3- علي فيلالي، المرجع السابق، ص217.

4-بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص47.

5-François Térré, Phillipe Simler, Yve Lequette, Droit civil, les obligation, 6e édition , Delta Dalloz 1996, p71.

6- تنص المادة 101 من القانون المدني على" يسقط الحق في طلب إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس(5)سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه، غيرأنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر(10) سنوات من وقت تمام العقد".

7- لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري،(دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، 2005، ص139.

لهذا يجيز الفقه عامّة سريان التحوّل على مثل هذه العقود، فالطبيعة القانونية لقابلية الإبطال لا تقف عقبة في طريق تحوّل العقد[1].

أمّا بالنسبة للحالات الأخرى للبطلان، فهي معظمها قابلة للتحوّل، مهما كان سبب البطلان ، مادام أنّه لا يخالف النظام العام والأداب[2].

لكن في حالة البطلان لعدم المشروعية، فهنا يمتنع التحوّل حتى ولوكان العقد الآخر الذي يتحوّل إليه العقد الباطل هو عقدا صحيحا وذا غرض مشروع، وإن كان هناك من يرى بجواز تحوّل هذا النوع من العقد[3]، إلاّ أن هذا الراي منتقد ذلك لأن الارادة غير المشروعة هي ارادة تفتقد الى حسن النية، لذا فمن الواجب أن لا يقيم القانون وزنا لهذه الارادة ولا يحمي الهدف الاقتصادي أو العملي المقصود من إعمالها والقول بغير ذلك يؤدي إلى تشجيع إنشاء عقود مخالفة للنظام العام والأداب العامة[4].

هذا فيما يخصّ حالات البطلان لإعمال نظرية تحوّل العقد، أمّا بالنسبة للنتائج الأخرى التي تتفرع عن هذا الشرط نجد أنّه:

-البطلان الذي نقصده في فكرة التحوّل هو البطلان الكلّي والشامل الذي يلحق جميع أجزاء العقد، لأنّه لو اقتصر البطلان على جزء منه وكان هذا العقد قابلا للإنقسام، فإنّه لا يتحوّل العقد بل ينتقص ببتر الجزء الباطل منه، وذلك إعمالا للمادة 104 من القانون المدني.

-والعقد يجب أن يكون باطلا آن إبرامه، فالبطلان يجب أن يكون الصفة التي ينطوي عليها العقد في ذاته أما إذا كان العقد صحيحا في وقت إبرامه و منتجا بوصفه هذا لأثاره،

1- أحمد يسري، المرجع السابق، ص124، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص191.

2- رأفت دسوقي، المرجع السابق ،ص66.

3- أحمد يسري، المرجع السابق، ص109.

4-Raymond Salleiles, Op.cit, p315.

ولكن إذا طرأ ما يخل بإرادة الطرفين فيما بعد، أو يمنع التنفيذ بسبب الإستحالة أو القانون فلا يقوم بذلك أي أساس لإجراء التحول[1].

إن الغاية من إعمال التحوّل هي حماية المتعاقدين الذين لا يمكنهم تحقيق أغراضهم القانونية أو الإقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية أمّا إذا كان عمل الطرفين واقعا خارج نطاق القانون فليس ثمة مايبرر تقديم هذه الحماية، لأنّه لو أعمل به في هذه الحالة، سيصبح التحول وسيلة للتحايل على النصوص القانونية[2].

الفرع الثاني : موافقة العقد الباطل لعناصر عقد آخر صحيح

تنص المادة 105 من القانون المدني على أنّه "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر صحيح..."

تتطلب المادة إذن لتطبيقها أن تتوافر في العقد الباطل اركان عقد آخرصحيح، وعليه يجب أن يكون العقد الثاني عقدا صحيحا وأن يوافق العقد الأوّل في عناصره. وعليه تتفرع على هذه الفكرة عدة تساؤولات منها ما يتعلق بالطبيعة القانونية للعقد الجديد(اولا) وكيف يوافق العقد الباطل عناصر العقد الآخر؟ و المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد عامل التوافق (ثالثا) وأيضا أطراف العقد الجديد(رابعا).

أولا :الطبيعة القانونية للعقد الجديد

فيما يخص الطبيعة القانونية للعقد الجديد المتولّد عن العقد الباطل نجد أن الفقهاء اختلفوا في تحديدها، وذهبوا في ذلك إلى اتجاهين:

1-اياد عبد الجبار الملوكي، تحول العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد المجلد الأول، العدد السابع 1988، ص 189.

2-Raymond Salleiles, op cit, p318.

- **الإتجاه الأوّل**[1]: يرى بأنّه عندما يتحوّل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح لا يشترط أن يتبع ذلك التحول تغيير في الطبيعة القانونية للعقدين لأن ذلك غير ضروري، بل يكفي أن يكونا مختلفين من حيث المضمون والآثار.

ويضربون على ذلك أمثلة من بينها عقد إيجار مؤبد، إذ يقع باطلا بطلانا مطلقا ومن أجل انقاذه من ذلك البطلان يتحوّل إلى عقد إيجار مؤقت[2].

ويبرر أصحاب هذا الإتجّاه رايهم هذا بحجتين، أولها أن المشرّع لم يشر إلى هذا التغيير، بل يشترط فقط أن يقع العقد الثاني مختلف عن العقد الأصلي، ومنه الإختلاف من حيث المضمون كاف لإعمال نظام التحوّل[3].

- **أمّا الحجّة الثانية:** التي استندوا إليها تتمثل في أن العبرّة من إعمال تحول العقد ليست فيما إذا كان العقد الصحيح يختلف عن العقد الباطل من حيث المضمون فقط او أنهما يختلفان من حيث المضمون والطبيعة القانونية معا، وإنّما العبرة فيما إذا كانت الصورة القانونية للعقد الجديد تساعد الطرفين على الحصول على النتيجة المقصودة على وجه أسرع من الصورة القانونية للتصرف الأصلي.[4]

وبما أنّ هذا الغرض يمكن تحقيقه في العقد ذات الطبيعة الواحدة من العقود ذات الطبيعة المختلفة، إذن فلا مانع من إعمال التحوّل.[5]

إلا أن هذا الراي انتقد على اساس ان تلك العقود الباطلة التي تتضمن عقود اخرى صحيحة من ذات الطبيعة مع اختلاف في المضمون فقط يمكن انقاذها ضمن نظام قانوني

1- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص81، رافت دسوقي، المرجع السابق، ص53، هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص382.

2- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص83.

3- هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص383.

4- أحمد يسري، المرجع السابق، ص152.

5- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص86.

آخر غير التحول ألا وهو الانقاص، فعقد الايجار الذي يقع باطلا بسبب تأبيده يمكن انقاذه من خلال انقاص المدة القانونية الزائدة الى الحد المسموح بها قانونا، الأمر الذي يجعله يدخل ضمن نظام الإنقاص وليس ضمن نظام التحول.

في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء[1]–والمرجّح رأيه– إلى القول، أنه لتحول العقد لا يشترط أن يكون العقد الجديد مختلفا عن العقد الأصلي فقط، بل يجب أن يكونا مختلفين في الطبيعة القانونية أيضا.

ويبرر هذا الإتجّاه رأيه بتفسير النص القانوني الذي ينظم التحوّل، إذ أنّه مادام اشترط عقدا آخرا مختلفا، فإنّ هذا يؤّدي بالضرورة إلى أن يكون هذا العقد الجديد مختلف من حيث الطبيعة القانونية عن العقد الأصلي[2].

ثانيا: المقصود بموافقة عناصر العقد الباطل لعناصر العقد الجديد.

اختلف الفقهاء في شرح المقصود بهاته الموافقة وذهبوا في ذلك الى اتجاهين:

- **ب1/** فهناك من يرى[3] بأن واقعة العقد الباطل لاتشبه من كافة الوجوه واقعة العقد الجديد إذ أن المقصود **"بالتوافق"** ليس **"الإحتواء"**، أي لا يتطلب شرط التوافق وجوب أن تكون عناصر العقد الثاني قد أعلنت وأريدت في واقعة العقد الباطل المقصود، فلا يرتبط على الإطلاق قيام ارتباط داخلي بين العقدين[4]، وإنمّا معناه أن تتوافر في ذات العقد الباطل

1–جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 406،علي كاظم الشباني ،المرجع السابق،ص190، حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص410.

Raymond salleilles, op,cit , p316.

2– حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص410.

3–الفتلاوي، المرجع السابق، ص85، رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 85.

4–اياد جبار الملوكي، المرجع السابق، ص 195.

أركان عقد آخرصحيح يحل محله تماما، يشاركه في كثير أو قليل من مقوماته الفنية،[1] ولا يشترط في ذلك أن يتضمن العقد الأصلي عناصر العقد الجديد تضمنا فعليا، لأنه لو تحقق ذلك فعلا لا نكون بصدد تحول للعقد، وإنما أمام مجرد تعديل للتكييف، ولانتهينا إلى نتيجة أن مضمون العقد الجديد، إمّا هو نفسه مضمون العقد الباطل تماما، وإمّا مجرد مضمون أقل محتوى منه، الأمر الذي يجعل التحوّل نظاما عديم القيمة، يقتصر تطبيقه على حالات يكون لها وضع قانوني خاص[2].

- **ب2/** في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء[3] إلى القول بأنّ المقصود بالتوافق هو "الإحتواء"، وأنه لا يوجد أي فارق موضوعي بينهما، بمعنى أن العقد الباطل يجب أن يحتوي في واقعتة المادية العناصر القانونية المكونة للعقد الجديد[4]، يجب ان يحتويها في ذاتها، أي يجب أن تكون عناصر العقد الجديد هي نفسها عناصر العقد الأصلي[5] ومنه إذا تخلّف أحد عناصره، لا يجوز استكماله بغية تحوّله لأننا سوف نصطدم بنظام آخر غير التحوّل ألا وهو تصحيح العقد.

والرأي المرجح بالنسبة لهذا الاشكال هو الرأي الثاني الذي يرى بأن المقصود بالتوافق هو "الإحتواء"، والذي يعترض على من يرى غير ذلك, على اساس أنهم يُناقضون أنفسهم في الحجج التي تقدّموا بها، ففي الوقت الذي يعترضون فيه على معنى الإحتواء كونه يؤدي

1-احمد يسري، المرجع السابق، ص138.

2- عبد الحميد محمود البعلي دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون دراسة مقارنة وموازنة بحث مقدم الى المصارف الموازنة بين الواقع و المامول 'دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري بدبي 2009 ص30.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص500، عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص65، حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص410، حسين منصور، المرجع السابق ص285، علي كاظم الشباني، المرجع السابق ص134.

Raymond salleilles, op,cit , p315,pascal, linpiski,op.cit1183.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص365.

5- وفي هذا الصدد نجد حتى المحكمة العليا الألمانية ، تقضي بأنه يجب أن تكون عناصر العقد الأخير الصحيح محتواه في إعلان الإرادة التي صدرت من الطرفين قرار أشار إليه أحمد يسري، المرجع السابق، ص168.

إلى القول بأن العقد الجديد هو نفسه العقد الباطل وهو صورة منه أو هو أقل مضمونا، و يجيزون من جهة أخرى تحوّل العقد الباطل إلى عقد آخر من نفس النوع والطبيعة مع مضمون اقل من مضمون العقد الأصلي الباطل[1] وذلك عندما اجازوا تحول عقد الايجار المؤبد الى عقد ايجار محدد المدة، اضافة الى ذلك فان ايراد المشرع عبارة " اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر..." تدل على معنى الاحتواء لأنه لو قصد المشرع غير ذلك لما استخدم عبارة "توافرت" واستخدم تعبيرا آخرا.

ثالثا: تحديد معيار التوافق بين العقدين :

بالنسبة لمعيار التوافق بين العقدين، فيجب أن يرتبطا برابطة مشتركة ، وتوصف هذه الرابطة عادة بأنّها رابطة الغرض المقصود أصلا، وهذا الغرض هناك من الفقهاء من يقتصره في غرض أقتصادي الذي اراده المتعاقدان في العقد الباطل[2].

ولكن هذا الغرض لا يلزم في الحقيقة أن يكون مجرّد غرضا اقتصاديا إذ يمكن أن يكون غرضا اجتماعيا، وفي قول أعم غرضا عمليا[3]، الذي كان يرمي إليه أطراف العلاقة العقدية التي جاءت باطلة بدون علمهما، ولا يشترط ان يتحقق بالعقد الجديد الغرض الذي قصد بالعقد الاصلي كله، اقتصاديا كان او غيره، بل يكفي ان يتحقق ولو جزئيا بل وحتى ان يتحقق شيء مشابه له فقط، طالما انه لا يمكن افتراض ان هذا لم يكن ليوافق إرادة المتعاقدين.[4]

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 وإلاّ ظلّ التحوّل

1- علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص137.

2 -J.patarin, le probleme de l'équivalence juridique des résultas, thése paris 1952 n°90 p 223.

3- رأفت دسوقي، المرجع السابق ، ص 86.

4-Olivier gout, le juge et l'annulation du contrat,p172.

بسبب تخلّف التوافق الموضوعي خارجا عن الإعتبار[1] ولا نجد هذا الشرط واضحا في المادة 105 من القانون المدني.

لكن هذا مفهوم على أي حال من شرط التوافق إذ أنّه إذا لم يتوافر عنصر الشكل اللاّزم للعقد الثاني في واقعة العقد الباطل المقصود، فلا يوافق العقد الباطل عناصر العقد الجديد، ولا مجال إذن لإعمال المادة السالفة الذكر.

فالعقد لا يكتسب الصحة إذا تخلّف الشكل اللاّزم لذلك, لهذا فإن عنصر الشكل ليس في الحقيقة إضافة إلى العناصر الموضوعية، وإنّما هو شرط لصحّة العقد الجديد في الأحوال التي يحتاج فيها العقد الجديد إليه[2].

وعلى عكس ذلك، إذا كان العقد الباطل باطلا شكليا يمكن أن يتحوّل إلى عقد موافق اخر غير شكلي، إذ هنا لا يحتاج العقد الجديد إلى شكل خاص[3].

وفي الأخير بقي لنا أن نتعرف على أطراف العقد الجديد المحوّل هل هم نفس أطراف العقد الباطل أم يجوز أن يحل محلهم أطراف آخرين؟

هناك من يرى امكانية إجراء التحويل مع تغيير في أطراف العلاقة العقدية ما دام ذلك لا يعتبر من الشروط القانونية للتحوّل[4].

1-احمد يسري المرجع السابق، ص169.

2-عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص87.

3- اياد عبد الجبار الملوكي، المرجع السابق، ص198.

4- أحمد يسري، المرجع السابق، ص176.

إلاّ أنّ هذا الرأي يناقض شرطا هاما في النص القانوني المنظم للنظرية، مفاده أن العقد الباطل لا بد أن يتضمّن في طياته عقدا آخرا صحيحا، اي أن العقد الجديد الصحيح لابدّ أن يكون بين نفس أطراف العلاقة العقدية الباطلة التي تضمنت العقد الآخر[1].

وعليه لا يمكن القول بإجراء التحوّل مع تغيير أحد أطراف العلاقة العقدية الباطلة لخروج ذلك عن نظام التحوّل والشروط الخاصّة به والتي حدّدتها المادة 105 من القانون المدني.

المطلب الثاني:

الشروط الذاتية لتحوّل العقد

إن توافر الشروط الموضوعية الخاصة بتحوّل العقد لا تكفي لوحدها لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، وترتيب أثاره، بل يجب توافر شرط ذاتي جوهري، والذي يتمثل في النية اللاّزمة لإعمال نظام التحوّل.

وليس المقصود هنا بنية أطراف العلاقة العقدية الحقيقية لأنّ هذه الأخيرة قد اتجهت فعلا إلى إبرام ذلك العقد الذي وقع باطلا، أمّا عن النية المقصودة فقد اختلف الفقهاء بشأنها فهناك من يرى بأن النية الاحتمالية هي النية اللاّزمة لتطبيق نظرية التحول (الفرع الأوّل) بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأنّ النية التي يتطلبها المشرّع كشرط أساسي للتحوّل هي النية الإفتراضية (الفرع الثاني).

1- محمد صبري السعدي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص205.

الفرع الأوّل: النية الإحتمالية

ذهب فريق من الفقهاء[1]إلى القول بأنّ النية اللاّزمة لتطبيق نظرية التحوّل هي نية إحتمالية، ومؤدى هذا الإتجاه هو أن يقوم الدّليل على أن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت إلى الإرتباط بالعقد الآخر غير العقد الأصلي، لو تبين لهما أن العقد المبرم بينهما سيقع باطلا أو قابلا للإبطال[2]، مماّ يعني أن التحول لا يتم بناءا على نية المتعاقدين الحقيقية، لأنّ هذه الأخيرة انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل.

وليس هذا معناه وجوب نية احتياطية، كما ذهب إليه أنصار الإرادة الباطنة الذين اشترطوا في التحوّل أن تنصرف نية المتعاقدين احتياطيا إلى العقد الصحيح الذي تحوّل إليه العقد الباطل، أي أنّ المتعاقدين لدى إبرامهما العقد الأصلي، يتوقعان بطلانه وبذلك يكونان قد أرادا عقدا باطلا في الأصل وعقدا صحيحا على سبيل الإحتياط[3].

إذ أن رايهم جد منتقد فمن غير المعقول أن يكون للمتعاقدين في الوقت ذاته إرادتين حقيقتين، إحداهما انصرفت إلى إبرام العقد الأصلي الذي وقع باطلا، والأخرى قد انصرفت إلى إبرام العقد الجديد الصحيح على سبيل الإحتياط، إذ من خلال ذلك يتضح أن المتعاقد يعلم ببطلان العقد وبالرّغم من ذلك يقدم عليه، وهذا لا يمكن حدوثه، وعلى افتراض وقوع

1- الفقه الالماني القديم وكذلك هو مذهب سالي وشايعه في ذلك بعض الفقه من بين عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص208، جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص402، علي علي سليمان، المرجع السابق ص 80، علي فيلالي، المرجع السابق ص366.=

2- توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام ،القسم الثاني، نظرية العقد، الدار الجامعية، المرجع السابق، ص 199.

3- الياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية ،أحكام العقد ، حل العقود 2008،ص180.

ذلك فعلا، لا نقول أننا بصدد تحوّل للعقد، وإنّما بصدد تحقيق لإرادة قامت فعلا[1]، ومنه نكون قد انتقلنا إلى تنظيم تشريعي آخر ألا وهو تفسير العقد[2].

وعليه فالمراد بالنية الإحتمالية هو أن يكون من الممكن افتراض أن المتعاقدين كانا يقبلان بالعقد الجديد لو أنهما علما بالبطلان، فالقاضي يحل نفسه محل المتعاقدين[3]، إذ يجب عليه أن يبحث عما يحتمل أن يضعه الطرفان لوعلما بالبطلان، هل كانا ينصرفان عن التعاقد، أم كانا يقدمان على إجراءات العقد الآخر، ويستعين القاضي للتوصل إلى ذلك بالقرائن القضائية[4]، فمثلا يستطيع القاضي أن يستخلص من سكوت المتعاقدين عن التمسك ببطلان العقد بعد علمهما به، ومن استمرارهما في تنفيذه بعد ذلك مدّة معينة، أن نيتهما المحتملة قد انصرفت إلى تحوّل العقد ولو نازع أحدهما في ذلك بعدئذ[5].

والتعرف على نية المتعاقدين بشأن احتمال انصرافها إلى العقد الآخر لو علما ببطلان العقد الأصلي الذي أبرماه، تعد من مسائل الواقع التي يستقل القاضي في تقديرها[6].

وقد تعرّض هذا الإتّجاه للإنتقاد على اعتبار أن البعض من هؤلاء الفقهاء الذين يرون بأنّ النية الإحتمالية هي النية اللاّزمة لإعمال التحوّل، أنّه ربما اختلط عليهم الأمر في وصف تلك النية، إذ يفهم من تعليل فكرة الإحتمال أنّهم كانوا يقصدون النية الإفتراضية

1- رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص40.

2-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق ،ص204، وهذا ما يؤكده سالي بصفة خاصة حيث يقول" يجب إدخال سلطة القاضي المكملة وليست المادة 140 إلا تطبيقا خاصا لها"

Raymond Salleilles,op, cilt,p317.

3- صبري محمد السعدي ، المرجع السابق، ص266.

4- القرينة القضائية هي ما يستنبطه وما يستنتجه القاضي من ملابسات الدعوى وظروفها" عبد المنعم فرج الصده الاثبات في المواد المدنية مطبعة الحلبي 1955 ص283 ونظمها المشرع الجزائري في المادة 340من القانون المدني" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة أي بشهادة الشهود".

5- سليمان علي مرقس، المرجع السابق، ص 463.

6- ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص128.

وليس النية الإحتمالية، إذ بعدما اشترطوا صراحة توافر نية احتمالية فسّروا في نفس الموضع تلك النية بأنها نية افتراضية[1].

ولعلّ الذي دفع بهم إلى عدم الإعلان صراحة عن النية الإفتراضية هو تأثرهم بمبدأ سلطان الإرادة[2] والخشية من الحديث عن المساهمة القضائية في إنشاء العقد الجديد في إطار التحوّل من خلال افتراض القاضي لنية المتعاقدين، الأمر الذي يعطيه دورا إيجابيا في مجال انشاء العقود[3].

الفرع الثاني : النية الافترضية للعقد الجديد .

على نقيض الرأي الأول ذهب فريق آخر من الفقهاء[4] إلى القول بأن النية التي تستقيم مع منطق التحوّل بالنسبة للعقد الجديد هي نية إفتراضية.

وهذه النية منسوبة إلى القاضي الذي يفصل في النزاع مباشرة، وذلك بأن يفترض بأنّ نية المتعاقدين كانت ستتجه إلى العقد الجديد الصحيح من خلال نية تصوّرية، غير حقيقية ترمي بالنتيجة إلى تحقيق الهدف الإقتصادي للمتعاقدين من واقعة التعاقد.

وعليه فإنّ الأمر يدور حول انشاء نية كانت تكون للطرفين وقت إبرام العقد الباطل حتى ولو أنهما لم يفكرا إطلاقا في أي عقد آخر[5].

أماّ عن الضوابط التي يرتكز عليها القاضي في إنشاء هذه النية فالمشرّع قد سكت عنها ولم يبين طريق التثبت من هذه النية فقد ترك هذا العبء للقاضي والفقه، ومن غير

1-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص651 ،عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق، ص45.

2-عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص69.

3-علي كاظم الشيباني، المرجع السابق، ص147.

4- أحمد يسري، المرجع السابق، ص186، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 16، هند فالح محمود صالح العلاف المرجع السابق، ص،389. محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص120 .

5- رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 94.

المستحسن أن يقوم المشرّع بمثل هذه المهمة لأنّ أي تنظيم تشريعي سوف يكون إمّا تضييقا لنطاق التحوّل، أو ضابط بالغ الجمود يؤدي في العمل إلى نتائج لا يمكن إحتمالها[1].

والقاضي في إنشاء تلك النية عادة ما يرجع إلى الظروف التي صاحبت عملية التعاقد، وفيما إذا كان العقد الجديد يحقق الغاية العملية التي يراد الوصول إليها المتعاقدان من العقد الأصلي[2]، فالعبرة إذن ليست بالوسيلة الفنية التي لجأ إليها الطرفان بل بالغاية العملية التي يراد الوصول إليها، وعليه وطبقا لهذا الرّأي اتسع دور القاضي إذ أصبحت له صلاحيات كان يفتقدها عندما يطبق المعيار الذاتي، فبعد أن كانت سلطته محصورة في كشف نية المتعاقدين[3]، امتد دوره لتحديد المدى الموضوعي للعقد، مستعملا في ذلك معايير موضوعية جدية لفحص النية مثل العدالة ومراعاة مبدأ حسن النية[4]، أي اصبح يتدخل في تكوين العقد الباطل، فيحكم بتعديل ما انحرف من بنود و شروط حتى يتم تنفيذه على النحو المطلوب.[5]

ويبرّر هذا الفقه رأيه بأن القاضي أصبح عليه أن يضمن في عمله تحقيق ما يهدف إليه القانون من التوفيق بين العقد والمصالح الإقتصادية للمجتمع، فتدخّل القاضي تكملة ضرورية لتدخّل الشارع[6]،حيث لم يصبح يقتصر على مجرّد تحقيق العدالة بين أطراف العلاقة العقدية في حدود ما يقدمونه من أدّلة وفقا للشروط والأوضاع القانونية، بل اصبح عليه العمل على تحقيق العدل بين افراد المجتمع، وذلك بتغليب مصلحة المجتمع على

1- أحمد يسري، المرجع السابق ، ص190.

2-على كاظم الشباني ، المرجع السابق، ص 151.

3-عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص210.

4- نساخ فاطيمة ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1-كلية الحقوق- ،2013 ، ص8.

5- رأفت دسوقي المرجع السابق، ص92.

6- فاضل خديجة، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1-كلية الحقوق- ، 2015، ص148.

مصلحة الافراد[1]، لذلك يتعين العمل على هدم هذه القيود التي تفصل بين وظيفة القضاء وحاجات المجتمع، فالقضاء يمثل السلطة التي اسند إليها المجتمع مهمة حماية مبادئه وتحقيق أهدافه المالية بين الأفراد والفصل فيما يثور بشأنها من منازعات مع مراعاته في أدائه لعمله خطة التنمية ووفرة الإنتاج[2] وغير ذلك من المصالح والأهداف الإجتماعية.

ولعلّ الصعوبة التي تواجه القضاء وتعطل أندفاعه في هذا الإتجاه ترجع للكثير من المواد التي مازالت تحكم علاقاتنا الإجتماعية[3]، و التي قد جرت صياغتها في جو إجتماعي مختلف، مكرسا لمبدأ سلطان الإرادة في حين أن أوّل ما يعزّز سلطان القانون هو أن يستمد حدوده من أوضاع المجتمع المتطور، متناسبا مع التغيرات والمستجدات الإجتماعية[4]، هذا ما يحقق الأمن المدني واستقرار سوق المعاملات.

1- المرجع السابق، ص150.

2- صاحب عبيد الفتلاوي ،المرجع السابق، ص86.

3- نفس المرجع، ص69.

4- هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص387.

المبحث الثاني:

آثار التحوّل

إذا ما توافرت شروط التحوّل السالف شرحها، يتم تحويل العقد الباطل، وهو العقد الأصلي ويصبح هذا الأخير منعدم الوجود ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يكتسب العقد الجديد الصحّة وذلك طبقا للمادة 105"...فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه..."

وعليه يترتب على هذا الأخير جميع الأثار القانونية، سواء من حيث الزمان (المطلب الأول) أو من حيث الأشخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل:

أثار التحوّل من حيث الزمان

إن الأصل في البطلان هو رجعية أثاره إلى وقت حصوله(الفرع الأوّل)ومنه فإن التحوّل هو الآخر يرتب أثاره بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان وليس من تاريخ الحكم بتحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح (الفرع الثاني) .

الفرّع الأوّل: الأثر الرجعي للبطلان

سبق بيان أنّه إذا تخلف ركن من أركان قيام العقد أو شرط من شروط صحته يؤدي به إلى بطلانه أي يعتبر العقد عديم الوجود في نظر القانون ، وعليه لا يترتب عليه أي أثر من أثاره[1]، وهذا في ما حالة إذا لم تنفذ الإلتزامات الناشئة عن ذلك العقد، حيث أنه

1-Olivier gout, op cit, p 476.

تقرير البطلان في هذه الحالة لا يثير أي إشكال لأنّ دور البطلان يصبح مانعا يحول دون تحقيق نتائج العقد[1].

أمّا إذا تقرّر البطلان في وقت لاحق لنشأة العقد أي في حالة ما إذا نفذ كل العقد أو جزء منه فإنّ تقرير البطلان يتم بأثر رجعي إلى يوم إبرامه فلا يزول العقد من تاريخ صدور الحكم بالإبطال وإنما يرتد هذا الزوال إلى تاريخ إبرام العقد، فيزول العقد بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل على سواء، فمؤدى البطلان إذن هو إنكار وجود العقد في أي فترة من الفترات، وهذا الإنكار يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد[2].

أي يجب على كل متعاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضى العقد إعمالا للأثر الرجعي للبطلان، وطبقا لقاعدة "مابني على باطل فهو باطل" وتطبيقا لما تضمنته المادة 109الفقرة الاولى من القانون المدني والتي تنص :

"**يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله...**"

ففي عقد البيع مثلا إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإنّه يجب على هذا الأخير أن يرده إليه، وكذلك إذا كان المشتري قد سبق له أن وفى الثمن إلى البائع ، فيلتزم هذا الأخير برد هذا الثمن إليه بعد القضاء ببطلان العقد.

ولكن قد يحدث أن يستحال على أحد المتعاقدين رد ما حصل عليه لسبب من الأسباب كهلاك الشيء محل الإسترداد أوبسبب طبيعة المعاملة كما هو الحال بالنسبة

1- جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص398.

2- حبار محمد ،المرجع السابق،ص176، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص290.

للعقود الزمنية[1]، فيلتزم هنا 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 التزم هذا الأخير بدفع تعويض معادل لقيمة المبيع وقت هلاكه، وذلك بمقتضى حكم من المحكمة وأيضا في حالة ما إذا انصب البطلان على عقد من العقود الزمنية فإنّه يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان، حيث يستحيل ماديا إزالة الأثار التي ترتبت على العقد في الماضي[2].

فمثلا في عقد الإيجار يستحيل رد المنفعة التي حصل عليها المستأجر وعندئذ يستلزم المستأجر بتعويض المؤجر عن المنفعة، وهذا التعويض لا يعد بدل إيجار، فبدل الإيجار لا يكون إلاّ في عقد الإيجار الصحيح.

أما عن مصدر هذا التعويض أو بصفة عامّة الأساس القانوني للإلتزام بالرّد المترتب على بطلان العقد، فقد أختلف الفقه والقضاء بشأنه، فهناك من استند إلى فكرتي الدفع غير المستحق و الإثراء بلا سبب كأساس لعملية الإسترداد[3].

غير أن رأيهم هذا محل نظر ذلك أن شروط دفع غير المستحق وكذلك الإثراء بلا سبب غير متوافرة[4].

1- سعاد دراح عيوب الرضا بين حماية المتعاقد و استقرار المعاملات مذكرة ماجستير فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر1 ، 2012، ص68 .

2- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة الموجبات المدنية ،منشورات الحلبي الحقوقية، ص 499.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ،الجزء الأول، المرجع السابق، ص534، بلحاج العربي، النظرية العامّة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 474.

4- علي فيلالي، المرجع السابق،ص357.

ويرى جانب آخر من الفقهاء [1] أن أساس الإلتزام بالإسترداد هو العقد الباطل نفسه فالعقد الباطل يعد كما لو كان هو الذي رتب هذا الإلتزام.

وقد تعرض هذا الرأي ايضا للإنتقاد، وذلك لأن العقد الباطل يزول بأثر رجعي وبالتالي لا وجود له ولا يمكن الإستناد إليه وعليه لا يصلح لترتيب أي إلتزام.[2]

وتجنبا لكل هذه الانتقادات، هناك من يستند إلى واقعة تنفيذ العقد الباطل كأساس لعملية الإسترداد إذ أن أساس الحكم بالتعويض لا يستند الى بطلان أو إبطال العقد وإنما يستند إلى الوضع الفعلي المستقل عن صحة العقد[3] ذلك لأن هذا الأساس يعتبر أكثر موضوعية يعمل على تبرير بعض الحلول القانونية [4]منها مقدار الإسترداد وحرمان الملوث من الاسترداد.

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، وإلاّ فإنه يلزم بالتعويض في حالة عدم امكانية الرد إلاّ أنّه مع ذلك فإنّ ثمة استثناء يرد على هذا المبدأ.

وذلك فيما يخص ناقص الأهلية، حيث أنّه إذا أبطل العقد لنقص الأهلية، فإنّ ناقص الأهلية لا يلزم برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، وذلك طبقا للمادة 2/103 من القانون المدني[5].

1- حبار محمد، المرجع السابق، ص341،عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص676.

2- مريه خالدي ، العقد الباطل واقعة قانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع عقود ومسؤولية جامعة بن عكنون 2012، ص83،81.

3- نفس المرجع ،ص 80 ،90.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 358.

5- المادة 21/03 من القانون المدني: ".. غير أنّه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد ' عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد "

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

فإن القاصر هنا لا يلتزم إلاّ برد جزء المبلغ الذي انفقه في الأوجه النافعة، ولا يقصد بالمنفعة هنا مجرّد الإعتناء وإنما ما يكون قد صرفه لإشباع حاجة معينة له، أو استثمره لتحقيق نفع لمصلحته، ففي هذه الحالة يلتزم ناقص الأهلية بالرد شريطة أن لا يتجاوز الرد حدود الثمن بطبيعة الحال[1].

أمّا إذا كان القاصر قام بإنفاق هذا المقابل فيما لا يفيد بأن أنفقه على ملذاته وطيشه فلا يلزم برده إذا أن القانون يعدّه غير منتفع وهذا بدوره يشكل حماية لناقص الأهلية[2].

إذ قدر المشرّع أن الملتزم بالرّد ناقص الأهلية الذي يبدد ما تسلمه من غير منفعة حقيقية تعودعليه فيكون إلزامه برد قيمته إضرارا شديدا به[3] وتعجيزا له عن طلب الإبطال فتكون الحماية التي قررها له القانون والمتمثلة بجواز طلب إبطال العقد حماية صورية ليس لها فائدة تذكر[4].

لذا فقد خوّل له المشرّع حماية خاصّة والمتمثلة في إنقاص إلتزامه بالرّد إلى قدر ما عاد عليه بالنفع ولو كان سيىء النية عند تسلمّه محل العقد، ولا يمكن إعمال حالة سوء نيته مع حالة أهلاكه للشيىء أو اتلافه بخطئه، لأن القانون لم يشترط حسن النية، ولأنّ الحكمة من تقرير النص متوافرة في حالة حسن النية وسوئها فلا محل لتخصيص النص الذي ورد مطلق[5].

1- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 424.

2- رمضان محمد أبو السعود، مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص176.

3- سليمان مرقس، الإثراء على حساب الغير في تقنيات البلاد العربية، بدون مكان وسنة الطبع، ص 67.

4- هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 302.

5- سليمان مرقس، الإثراء على حساب الغير، المرجع السابق ، ص 68.

الفرع الثاني: سريان التحوّل بأثر رجعي

المبدأ العام في البطلان هو رجعية أثاره إلى تاريخ إبرامه ، معنى هذا أنّ التحوّل هو الآخر يرتب أثاره بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان، وليس من تاريخ الحكم بتحوّل العقد الباطل إلى عقد صحيح[1] لأن الغاية من أعمال هذا النظام هو إنقاذ العقود من البطلان.

وبالرجوع أيضا للشروط الواجب توافرها لإعمال التحوّل، والسالف دراستها، نجد أنّه يشترط توافر عنصر ذاتي هام والمتمثل في النية الإفتراضية، غير الحقيقية.

إذ أن القاضي يفترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد الصحيح الذي تضمنه العقد الباطل لو أنهما علما ببطلان العقد قبل إبرامه، ويتم إعمال هذه الإرادة وقت إبرام العقد لا في وقت آخر لأنّ بعد ذلك يكون البطلان معلوما لدى الطرفين ولهذا يكون التحوّل ممتنعا.

وعليه فإن العقد الجديد يحمل تاريخ العقد المراد أصلا، أو بعبارة أخرى فإن التحوّل ينتج أثره بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان وليس بأثر حال[2]، بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط افتراض أن المتعاقدين سيرتبطان بالعقد (الجديد) الصحيح لو علما

1- Pascal Lipinski.op.cit p 1191.

2- أحمد يسري، المرجع السابق،ص209.

بالبطلان وأن كانت هذه القاعدة لا تثير أي إشكال بالنسبة للعقود الفورية[1] إلاّ أنّها بالنسبة للعقود الزمنية [2]، هناك إختلاف بشأنها بين الفقهاء.

فهناك من يرى[3] بأنّ التحوّل لا يمكن أن ينتج أثره بشكل رجعي بالنسبة للعقود الزمنية بل يتم بأثر حال، وذلك لصعوبة أنتقاء الأوضاع التي ترتبت على تنفيذ العقد أو جزء منه.

ومن بين ذلك عقد الإيجار وعقد العمل ففي هذه العقود، يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها لأنّه هو الذي يحدد محل المعقود عليه ، ولهذا إذا نفذ هذا العقد مدّة معينة ثم أبطل فإنّ هذا البطلان لا يمكن أن يرتب أثاره بشكل رجعي، لأن الزمن إذا مضى لا يعود و ما تم تنفيذه لا يمكن إسترداده أو محو اعتباره كأن لم يكن[4]، بل ينسحب أثره بالنسبة للمستقبل فقط، وعليه فإن التحوّل هو الآخر ينتج أثره بالنسبة للمستقبل فقط.

إلاّ أن هذا الرأي[5] انتقد على أساس أن القول بأن التحوّل يرتب أثره بالنسبة للمسقبل يعني الإعتراف صراحة بأن العقد الباطل قد أنتج أثارا قانونية صحيحة، وهو أمر غير ممكن حدوثه قانونا، إذ ما العلّة من القول بالبطلان إذا كان بإمكان العقد الباطل أن يرتب أثارا قانونية ؟

1- العقد الفوري هو العقد الذي تتحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذها، دون أن يكون هناك تأثير على هذه الألتزامات ناجم عن عنصر الزمن : ويتم تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور، علي فيلالي، مرجع 79،راجع أكثر أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المرجع السابق،ص45.

2- العقد الزمني أو ما يسمى بالعقود ذات التنفيذ الممتد فهي العقود التي تنصب على أداة مستمرة أو دورية يعتبر الزمن عنصر أساسيا في تنفيذها، وبدون الوقت أو الزمن لا يمكن تحديد المعقود عليه، راجع أكثر منذر الفضل النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص08.

3-Pascal Lipinski, op, cit, p 1179.

4- توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت1993،ص200.

5- علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 373.

بل أن هذا الأخير في حكم العدم، فهو غير موجود أصلا في نظر القانون من تاريخ حصوله وعليه لا يمكن أن ينتج أي أثر.

وعلى نقيض هذا الراي، يرى فريق آخر من الفقهاء– وهو الموقف السائده والمرجح رأيه– بأن التحوّل يقع بصفة عامّة بأثر رجعي سواء أكان عقدا فوريا أو عقدا زمنيا، (وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامّة، فقد سلم بأن التحوّل يقع بصفة عامّة بأثر رجعي، حتى وإن كان قد جعل الأثر الرجعي لنتائج التحوّل معلقا على الأثر الرجعي للبطلان، فإنّه لم يأت في هذا بشيء جديد، فعقود المدة يعمل التحوّل بالنسبة لها بأثر حال، لأن البطلان يعمل فيها بأثر حال كذلك، لأنه لا تكون استثناء من تلك القاعدة، فإن طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن بإعتباره العنصر الجوهري في الوفاء بالإلتزامات، حيث يكون متعذرا بسبب سريان الزمن، إن لم يكن قد أصبح مستحيلا.

ويقع البطلان بأثر رجعي أيضا، الا أن هذا الأخير قد تعوقه إلى حد ما طبيعة الإلتزامات التي يشمل عليها العقد، ولكن هذه الواقعة لا تقيم إستثناءا من القاعدة الأساسية في الأثر الرجعي لإعمال البطلان، ولهذا فإن التحول يعمل هنا بأثر رجعي كذلك، ولكن نظرا للصعوبات العملية "في رد الإلتزامات الموفاة فعلا" فإن تطبيق ذلك المبدأ عملا يكاد يكون متعذرا)[1].

1– احمد يسري، المرجع السابق، ص213.

المطلب الثاني:

أثار التحوّل من حيث الأشخاص

طالما أن العقد هو توافق ارادتين متطابقتين لإحداث أثارا قانونية معينة، ومنه متى نشأ العقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، ترتبت عنه إلتزامات وأصبحت واجبة التنفيذ لا يمكن العدول عنها أو المساس بها سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير.

وإذا كانت هذه القاعدة العامة في العقد الذي ينشأ على الوجه الصحيح، فهل تطبق أيضا على العقد الجديد الذي تحول اليه العقد الباطل الأصلي، خاصّة وأنّه ينتج عقدا صحيحا مستوفيا لجميع شروط انعقاده.

وللإجابة عن ذلك سوف نتطرق في دراستنا هذه إلى آثار التحوّل بالنسبة للمتعاقدين (الفرع الأول) وآثار التحوّل بالنسبة للغير (الفرع الثاني)

الفرع الأول: سريان التحول بالنسبة للمتعاقدين

التحوّل هو تقنية قانونية موجهة لتحقيق الغرض الإقتصادي الذي كان يرمي إليه المتعاقدين لدى إبرامهما للعقد الباطل والذي يمكن تحقيقه من خلال العقد الجديد[1].

وهذا العقد الجديد الذي ظهر إلى الوجود الواقعي والقانوني هو عقدا صحيحا، وصحته تقع بقوة القانون[2]، دون أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقدين، إذ أنّه هو الرابطة الوحيدة التي تقوم بين المتعاقدين، أي يرتب جميع أثاره، وهذه الأثار تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية، والذين يجب أن لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا

1-Pascal Lipinski ,op.cit, p1192.

2- أحمد يسري، المرجع السابق، ص210.

بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة، لأنّه إذا تم إدخال متعاقد جديد لتمام العقد فإنّه يؤدي بالتأكيد إلى عدم إمكانية إعمال التحوّل[1].

وأطراف العلاقة العقدية ملزمون بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون التمييز بين ماهو مهم وما هو دون ذلك، فالمتعاقدان مقيدّان بالشروط الواردة في العقد[2]، إذ أن أحكامه تصبح بمثابة القانون الذي يطبق على المتعاقدين، من حيث ما ينشأ لهما من حقوق وما يترتب عليهما من إلتزامات[3].

ويعتبر الإمتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد، لذلك وجب تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتفق عليها، وطبقا لما يوجهه مبدأ حسن نية [4]من الإلتزام بالنزاهة والإلتزام بالتعاون، فالأول يقتضي أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام صعبا او مستحيلا، أما الثاني فيقتضي إفصاح المتعاقد للطرف الأخر واطلاعه بكل الاحداث والمستجدات التي تتعلق بتنفيذ العقد، وهذا المبدأ يعتبر القاعدة العامة التي تطبق على كل العقود وذلك طبقا للمادة 1/107 من القانون المدني و التي تنص: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"

1- حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص418.

2 -François Terré, Philippe Simler, yve lequette, op cit ,p 441.

3-عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، 2008، ص12.

4- مبدا تنفيذ العقد بحسن النية بقتضي الاخلاص والامانة في تنفيذ العقد، ويوجب على كل متعاقد بان يلتزم للطرف الآخر بما يساعد على تنفيذ العقد، فهذا المبدا يفرض التعاون بين اطراف العقد، خليفاتي عبد الرحمن ،مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الارادة في انشاء العقد و تنفيذه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987 ص92، راجع اكثر عبد المنعم موسى ابراهيم حسن النية في تنفيذ العقود (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، لبنان 2007 ص 84.

وبما أن العقد الصحيح الذي ظهر إلى الوجود نتيجة لإعمال التحوّل يرتب أثاره وبالدّرجة الأساس في حق المتعاقدين، فمعنى هذا أن أثار التحوّل تنتقل أيضا إلى الخلف العام للمتعاقدين بإعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام[1] حيث ان الخلف العام ياخذ حكم المتعاقد(سلفه) بالنسبة لأثر العقد، فهو يلزم بتنفيذ العقد مثلما له أن يطالب بتنفيذه ،[2] أي أنه اذا توفي احد المتعاقدين انتقلت الحقوق الى خلفه العام الناشئة عن العقد الذي يكون قد ابرمه قبل وفاته، وانتقلت إليه الإلتزامات التي تكون قد نشأت على عاتقه واذا كانت تلك الحقوق الناشئة عن العقد لم يستوفها بعد، جاز للخلف أن يستوفيها خلافة عنه، وعليه إذا كان السلف قد استوفاها انتقل ذلك الحق إلى الخلف العام كجزء من التركة، وهذا طبقا للمادة 108 من القانون المدني والتي تنص على :" ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

الفرع الثاني: سريان التحول بالنسبة للغير

إن عملية التحوّل تقتضي توليد عقد جديد، وصحة هذا العقد الجديد الذي تحوّل إليه العقد الباطل لا تقتصر أثاره فيما بين المتعاقدين، بل تسري في مواجهة شخص ثالث[3]، أو بعبارة أخرى يكون نافذا[4] في مواجهة الغير الذي له علاقة قانونية بالمتعاقدين[1]كما هو

1-الخلف العام هو"من يخلف السلف في كل ذمته المالية،أو في جزء غير معين منها، كما يعتبر الموصى له بجزء غير معين من التركة خلفا عاما " راجع أكثر فريدة زواوي، مبدا نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون،2012 ، ص58.

2- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام) الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص42.

3-Pascal Lipinski ,op.cit ,p1193.

4- نفاذ العقد هومبدأ خاص بالأثار الخارجية للعقد، فهو يخص لأثر غير المباشر للعقد،ينظر للعقد كواقعة وليس كتصرف قانوني إذ لا يمكن أن يظل التصرّف القانوني معزولا عن المجتمع فهو يصطدم به، ويحيط به مجموعة من

الحال بالنسبة للغير[2]حسن النية، مثال ذلك حماية الغير في مجال الشركات التجارية الباطلة[3]، حيث أن للغير حسن النية أن يتمسك بهذه الشركات بعد أن تحوّلت من شركات باطلة إلى شركات واقع، على اعتبار أنه قد تعامل مع هذه الشركة على ضوء الوجود الفعلي لها، وعليه فإن هذا الواقع الفعلي قد رتب أوضاعا معينة تستوجب حماية مصالح الذي تعامل مع هذا الواقع الفعلي وعدم هدر هذه المصالح لما في ذلك من تأثير سلبي كبير على إستقرار العلاقات التعاقدية[4].

وإذا كان حكم التحوّل لا ينشىء حقوقا ولا يرتب التزامات إلاّ فيما بين المتعاقدين فهذا لا يعني أن الغير غير معنى بهذا الحكم، بل أن حكم التحوّل يكون نافذا في مواجهته، اي أنّه ملزما بإحترام هذا العقد[5].

=الحقوق والإلتزامات، ولفهم الموضوع أكثر، راجع محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة لدكتوراه ،جامعة الجزائر، بن عكنون ،ص171.

1-Pascal Linpiski, op, cit p1193

2- الغير قد اتفق الفقه على أنّه:"ذلك الشخص الأجنبي تماما عن العقد أي الشخص الذي لم يكن لاطرفا في العقد، ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد المتعاقدين ولا دائنا لأي منهما"راجع أكثر،محمدي سليمان، المرجع السابق، ص89. فريدة زواوي، المرجع السابق،ص18.

3- مصطفى عبد الجواد، مصادر الإلتزام، المصادر الإدارية للإلتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية،الطبعة الاولى 2005، ص434.

4- علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص388.

5-H.L et Mazeaud, F ,Chebas, leçons de droit civil, tome1,volume 2,les perssonnes, la personnalité, les incapacités,Mont Chrestien, 8ème ed, 1997.par Pascal lipinski, op,cit , p 1194.

خاتمة

خاتمة

أثرنا في مقدمة البحث إشكالية تتعلق بموضوع تحوّل العقد على ضوء القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بماهيته و نظامه القانوني، وتعرضنا لمختلف الآراء الفقهية وتحليلها للتوصل في الأخير إلى إيراد النتائج التالية التي قد تضمن إجابة لهذه الإشكالية :

- **أولا:** حرص التشرّيع الجزائري على إنقاذ العقود من البطلان والحفاظ على الأوضاع التي تنتجها قدر المستطاع خاصة مع اتساع حركة المعاملات والعلاقات الاقتصادية في المجتمعات، وذلك من خلال وضع عدة أنظمة قانونية تسعى إلى تحقيق ذلك الهدف، ومن بين تلك الأنظمة نجد تحوّل العقد.
- **ثانيا:** يقصد بتحول العقد أن العقد الذي حكم ببطلانه بطلانا كليا، وكان مشتملا على عناصر عقد آخر صحيح ، فإنه يحول إلى ذلك العقد الجديد الصحيح، ويكيف تحول العقد بأنه عرضي للعقد الباطل، حيث أن العقد الباطل بالرغم من بطلانه والذي المفروض لا يترتب عليه أي أثر طبقا للقاعدة العامة في البطلان، إلا أن هناك استثناء يقضي بانه يمكن أن يترتب على العقد الباطل أثرا عرضيا خاصا، والذي يتمثل في عقد آخر صحيحا تترتب عليه جميع أثاره، والغاية من هذا الأثر العرضي هي المحافظة على العقود المبرمة بين المتعاقدين.
- **ثالثا:** على الرغم من أن تحوّل العقد هو نظام موجود وقائم فعلا وأنّه يهدف إلى استقرار العلاقات التعاقدية وتحقيق التوازن العقدي إلاّ أنّه على المستوى القضائي نسجل ندرة شديدة في القرارات وان لم تكن معدومة مقارنة مع القضاء المصري والألماني مع العلم أنّ المشرع استقى منهما فكرة تحول العقد وكرسها في القانون المدني.
- **رابعا:** أثبتنا بعد شرحنا لفكرة التحوّل أنه نظام يختلف عن غيره من النظم القانونية المشابهة له، وذلك من عدة زوايا بحسب اختلاف الأنظمة ذاتها.

- **خامسا:** يشترط لإعمال تحوّل العقد توافر الشروط التالية:

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

2. أن يوافق العقد الباطل العناصر الموضوعية لعقد آخر صحيح.

3. أن يكون العقد الجديد عقدا آخرا يختلف عن العقد العقد الأصلي في النوع والطبيعة القانونية مع الإبقاء على نفس أطراف العلاقة التعاقدية.

4. أن يحقق العقد الجديد الغاية العملية والاقتصادية التي استهدفها المتعاقدان لدى ابرامهما للعقد الذي وقع باطلا.

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

ومع ذلك ظهر لنا أن تنظيم المشرع لتحول العقد قد تخللته بعض العيوب:

من ناحية أولى نجد أن المشرع اشرط في المادة 105 من القانون المدني:" أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال "في حين أن العقد القابل للإبطال هو عقدا صحيحا ومنتجا لآثاره، لذا نرى من الافضل لو حذف عبارة "قابلا للإبطال" حيث لا يمكن تحول العقد القابل للإبطال كونه عقدا صحيحا ومرتبا لأثاره.

ومن ناحية ثانية نلاحظ على أنه بالرّغم من أن المشرّع الجزائري تبنى هذا النظام لما له من أهمية في استقرار المعاملات إلاّ أنّه حصر سلطة القاضي في البحث عن نية المتعاقدين، لذا نقترح أن يخول للقاضي سلطة أكثر في تطبيق نظرية التحوّل، لتمكينه أكثر من إنقاذ العقود بشكل أكثر فعالية يتماشى وتحقيق المصلحة العامّة أكثر من الخاصّة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللّغة العربية:

- **المراجع العامة:**

1. ألان بينابنت، الموجبات(الالتزامات) ، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع،بيروت،لبنان،2008.

2. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، الجزء السابع، حل العقود 2008.

3. أحمد بسيوني شحاتة، محاسبة الشركات، أشخاص وأموال، الدار الجامعية، بيروت، 1987.

4. أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الثالث، السندات التجارية ، السفتجة (الكمبيالة) السند لأمر، الشيك، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

5. الإمام أبو زهرة، أحكام الشركات والمواريث، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1987

6. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي.

7. أنور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ،1998.

8. بلحاج العربي، العقد والإرادة المنفردة، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الرابعة، الجزء الأول التصرّف القانوني، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر،2005.

9. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر.

10.برهان الدين جميل، السندات في القانون التجاري ، الطبعة الثانية.الجزائر.

11.توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني نظرية العقد، الدار الجامعة، مصر، 1993.

12.جلال علي عدوي، أصول الالتزامات، الجزء الأول، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1998.

13.حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المجلد الأول، الجزء الأول، 2000.

14.حسن محمود عبد الدايم ، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

15.خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، 2008.

16.خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.

17.راشد راشد ، الأوراق التجارية ، والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999.

18.رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، 2003.

19.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الرابعة، بدون دار النشر، 1978.

20.سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب القانون، مصدران جديدان للالتزام، الحكم ، القرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009.

21.سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد ، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ، 1998.

22.صبري حامد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للألتزامات، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن،2001.

23.صبري محمد السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2011.

24.عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، 1999.

25.عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، 1985.

26.عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة ، مرض الموت، الإحتفاظ بالحيازة والمنفعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2003.

27.عبد الحكيم شواربي، الأوراق التجارية، الكمبيالة، السند لأمر، الشيك، المكتب الجامعي الحديث، 2007.

28.عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للأتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، بدون دار النشر،1955 .

29.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

30.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الرابع، نظرية السبب ونظرية البطلان ،جامعة الدول العربية معهد البحوث والدراسات العربية،1967.

31.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، العقود التي تقع على الملكية والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة.

32.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأصلية، بغداد، 1967.

33.عبد المنعم فرج الصدّة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، مصر، 1984.

34.علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر ، 2013.

35.علي نجيدة، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

36.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

37.علي نديم الجمعي، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، محمد المؤسسة الجامعية للدراسات، دار النشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، 2003.

38.عمور عمار، الوراق التجارية للقانون التجاري الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى،2008.

39.عيسى سرير، اصول القانون الروماني تاريخ تطوره ونظم القانون الخاص، دار الخلدونية الجزائر، 2014 ص142.

40.فوزي محمد شامي، الشركات التجارية ، الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 2006.

41.لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة ، نصوص للمطالعة أعمال تطبيقية، الطبعة الرابعة، درا هومة، الجزائر ، 2010.

42.مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1972.

43.محمد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، مطبعة الداودي، الطبعة الثالثة، دمشق 1980.

44.محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر، أحكام الإثبات، دراسة تفصيلية وتحليلية في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، 2002.

45.31.محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الجيل الجديد صنعاء.

46.محمد حسنين منصور، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1994.

47.محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر ، 2006.

48.محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر.

49.محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، مصادر الالتزام ،المجلد الثالث، المواد من 120 إلى 180،دار الكتب المصرية، مصر ، 2006.

50.محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد ، الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ، لبنان.

51.محمد عبد الرحمن الضوبيني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011.

52.محمد فريد العربيني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، مطبعة سليم ،بالإسكندرية، الطبعة الأولى،1977.

53.مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

54.مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمات الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية .

55.مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2005.

56.منذر الفضل، النظرية العامة، للالتزامات(دراسة مقارنة) بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

57.موريس نخلة الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الخامس من المادة 382 إلى المادة 503، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

58.موريس نخلة الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الثامن من المادة 869 إلى المادة 949 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2008.

59.موريس نخلة الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، من المادة 134 حتى المادة 247، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2008.

60.نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، الطبعة الأولى، 2003.

61.نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية البيع، الهبة ، الوقف، الكفالة، الإيراد، الخلع، الطلاق، الإقرار، دار الهدى ، عين ميلة، الجزائر،2008.

62.نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر التزام، بدون دار النشر ، 2001.

63.نسرين شريفي، الشركات التجارية ، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.

64.ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، مصادر الحق الشخصية، مصادر الالتزام، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان.

- **المراجع المتخصصة:**

1. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني (دراسة مقارنة) للمادة 144 من القانون المصري على أساس المادة 140 من القانون المدني الأماني، وملحق عن تحول القرار الإداري، مطبعة الرسالة 1958.

2. أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانون المدني المصري والفرنسي ، الدار الجامعية الجديدة ، مصر،2011.

3. ديما فرج مكي ، تصحيح العقد (دراسة مقارنة) المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2011.

4. رأفت دسوقي ، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار العلوم للنشر والتوزيع ، مصر ، 2005.

5. سليمان مرقس، الإثراء على حساب الغير في تقنيات البلاد العربي،بدون كتاب وسنة الطبع.

6. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1988.

7. عبد السلام الفتلاوي، إكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2012.

8. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2007.

9. علي كاظم الشيباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، منشورات الحلب الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2015.

10.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، مصر2010.

11.هند فالح محمد صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، الطبعة الأولى، 2014.

- **المذكرات والأطروحات**

1. هجيرة بلبشير، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة الماجيستير، فرع العقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة اللجزائر1 ، 2013.

2. مونية بوشعرة ، انقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر، 2014.

3. محمد بوشنافة، مبدأ إستقرار المعاملات في العقود بين المصلحة العامة وحرية الأطراف، مذكرة الماجيستير في القانون الخاص، فرع عقود و مسؤولية ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، بن عكنون، 2012.

4. حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، بن عكنون، 1996.

5. خالد عجالي، نظرية العقد الموقوف في العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير.

6. جميل الشرقاوي، نتظرية بطلان التعرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة ، 1956.

7. فريدة زواوي مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، بن عكنون ، 1987.

8. سمير حسن الهادي، الشرط المألوف في العقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بابل، 2008.

9. عبد العزيز المرسي، حمود، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري(دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة) ، دراسة دكتوراه ، جامعة عين الشمس، 1988.

10.كريمة عثماني، القبول في السفتجة ، ماجيستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2002.

11.فاطيمة عاشور، تفسير العقد، على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.

- **المقالات:**

1. أياد عبد الجبار ملوكي، تحول العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون في جامعة، بغداد، المجلد السابع، العدد الأول والثاني1988.

2. حلمي بهجت بدوي، أثار التصرفات الباطلة قسم أول مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة ، العدد الأول، 1933،مطبعة الرغائب، ص407.

3. حياة كيحل، قسمة المهاياة المكانية كوسيلة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الرابع، ديسمبر 2011 ،ص 312.

4. عبد الحفيظ محمد عبدو رواس، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، يونيو ،2004.

5. حسن أحمد محمد الغشامي، القواعد القانونية الخاصة بتحول شركة التضامن ، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول2004،ص 205.

6. محمد صبري السعدي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في

7. هجيرة دنوني، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان رقم2 ، 2006 ، ص 95.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية :

A. Ouvrage Généraux :

1. François, terré Philippe simler, Yves Lequette , Droit civil, les obligations, Dalloz, 9éme , édition2005.

B. Ouvrage spéciaux :

1. Olivier Gout, le Juge et l'annulation du contrat, presses universitaires d'aisc Marseille,1999.
2. Phillipe Simler, la nullité partielle des actes juridiques, librairie générale de droit et de juris prudence, Paris.
3. Raymond Salleilles, de la déclaration de volonté juridique dans le code civil Allemand , L.G.D.G.1901.
4. Réne Japiot, Des nullités d'actes juridiques, Thèse doctorat librairie nouvelle de droit et de juris prudence, paris 1902.
5. F.Drogoul, Théorie générale des nullités, Thèse pour le doctorat, librairie nouvelle de droit et de juris prudence, Paris 1902.

C. Articles :

1. Pascal liphnski, la conversion des actes juridiques, Revue de la recherche juridique, 2003.p 1164.1197.

الفهرس

فهرس

مقدمة: 01

الفصل الأوّل: ماهية تحول العقد..... 07

المبحث الأول: مفهوم تحوّل العقد 08

المطلب الأول : المقصود بتحوّل العقد..... 08

الفرع الأول : تعريف تحوّل العقد 08

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتحّول العقد 12

أولا: الطبيعة القانونية لتحول العقد :تفسير او تكييف للعقد..... 12

أ–تحوّل العقد :تفسير للعقد الباطل 12

ب/ تحوّل العقد: تكييف للعقد. 14

ثانيا: الطبيعة القانونية لتحول العقد: اثر من أثار العقد الباطل 16

أ/ تحوّل العقد : أثر إستثاني للعقد الباطل 17

ب/تحوّل العقد :أثر عرضي للعقد الباطل 17

المطلب الثاني: تطبيقات تحوّل العقد 19

الفرع الأول: تطبيقات تحول العقد في القانون المدني 19

أولا: تحوّل تصرّفات المريض مرض الموت إلى وصيّة 20

أ/ مفهوم مرض الموت..... 20

ب/ حكم تصرّفات المريض مرض الموت. 23

ثانيا : تحوّل قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية..... 26

الفرع الثاني: حالات التحوّل طبقا للقانون التجاري 32

أولا: تحول السفتجة 32

ثانيا : تحوّل عقد الشركة التجارية 36

المبحث الثاني: تمييز تحول العقد عن الأنظمة القانونية المقاربة له 40

المطلب الأوّل: تمييز تحوّل العقد عن انقاص العقد أو تكملته..... 40

الفرع الأوّل: تحوّل العقد وإنقاصه..... 41
أوّلا: فكرة إنقاص العقد: 41
ثانيا: اظهار اوجه التشابه والاختلاف بين تحوّل العقد عن إنقاصه..... 43
الفرع الثاني: تحول العقد وتكملته..... 45
أولا: فكرة تكملة العقد 45
ثانيا: ابراز اوجه الشبه و الاختلاف بين تحول العقد وتكملته..... 47
المطلب الثاني: تمييز تحوّل العقد عن تصحيح العقد أو إجازته 49
الفرع الأوّل: العلاقة بين تحوّل العقد وتصحيحه..... 49
أولا: فكرة تصحيح العقد 50
ثانيا: اوجه التشابه والاختلاف فيما بين تحوّل العقد و تصحيحه 52
الفرع الثاني: تحوّل العقد وإجازته..... 54
أوّلا: فكرة إجازة العقد 54
ثانيا: اوجه الشبه و الاختلاف بين تحوّل العقد و إجازته..... 56
الفصل الثاني: النظام القانوني لتحوّل العقد 61
المبحث الأول: شروط إعمال نظرية تحوّل العقد 62
المطلب الأوّل: الشروط الموضوعية 62
الفرع الأوّل: بطلان العقد الأصلي..... 62
أولا/-البطلان المطلق: 63
ثانيا/-البطلان النسبي 64
الفرع الثاني : موافقة العقد الباطل لعناصر عقد آخر صحيح 68
أولا :الطبيعة القانونية للعقد الجديد..... 68
ثانيا: المقصود بموافقة عناصر العقد الباطل لعناصر العقد الجديد. 70
ثالثا: تحديد معيار التوافق بين العقدين : 72
المطلب الثاني: الشروط الذاتية لتحوّل العقد 74

الفرع الأوّل: النية الإحتمالية..... 75
الفرع الثاني : النية الافترضية للعقد الجديد 77
المبحث الثاني : آثار تحوّل العقد 80
المطلب الأوّل: أثار التحوّل من حيث الزمان 80
الفرّع الأوّل: الأثر الرجعي للبطلان..... 80
الفرع الثاني : سريان التحوّل بأثر رجعي..... 85
المطلب الثاني: أثار التحوّل من حيث الأشخاص 88
الفرع الأول: سريان التحول بالنسبة للمتعاقدين 88
الفرع الثاني : سريان التحول بالنسبة للغير 90
خاتمة 93
قائمة المراجع 96