جامعة ابن خلدون - تيارت –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: قانون خاص معمق.

تـحول العـقد في القـانـون المـدني الجـزائـري

من إعداد الطالبة:

- بوتلحيق كريمة.

إشراف الأستاذة:

– د. عيشوبة فاطمة.

لجنة المناقشة:

الأعضاء	الرتبة	الصفة
أ/ د. لعجالي بخالد	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
د/ عيشوبة فاطمة	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا ومقررا
أ/ د. بلاق محمد	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا
د/ باهة فاطمة	أستاذ محاضر "أ"	عضوا مدعوا

السنة الجامعية: 2023/ 2024 م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

في البداية الشكر والحمد لله، جل في علاه فإليه ينسب الفضل كله في إكمال –والكمال يبقى لله وحده-

وبعد الحمد لله، يشرفني أن أتقدم بشكري الجزيل وثنائي الخالص لأستاذتي الفاضلة "**عيشـــوبة فـاطمة**" المشرفة على هذه المذكرة والتي منحتني ثقتها ولم تبخل علي بنصائحها وتوجيهاتها القيمة طيلة عملية إعداد وإنجاز هذا العمل المتواضع أدامها الله في خدمة العلم والبحث وأطال في عمرها.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم ومنحهم لنا شرف قبولهم لمناقشة المذكرة وإثرائها، وتقديم لنا التوجيهات والنصح.

فنسأل الله العون والسداد والخير الموصل والصواب المأمون فهو نعم الولي ونعم النصير.

قائمة المختصرات:

1. باللغة العربية:

ج: جزء.

ط: طبعة.

ف: فقرة.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ج.ر: جريدة رسمية.

س: سنة.

م.د: المادة.

م.ق: مجلة قضائية.

ق.م: قانون المدني.

م.ع.غ.أ.ش: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية.

أ.ق.غ.أ.س: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

2. باللغة الفرنسية:

Art : Article.

P : Page.

N : Numéro.

Op. cit : Opère. Citato : dans l'ouvrage cite.

Al : Alinéa.

مقـــدمـــة

إن الحاجة إلى التعامل بين الناس ولدت اليوم ما يعرف بالعقد الذي أصبح ضرورة ملحة لسد حاجيات الإنسان، والعقد هو الصورة المعروفة للتصرف القانوني في مجال العلوم القانونية، حيث يعتمد في وجوده على اتفاق إرادتين أو أكثر للإنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء إلتزام معين.[1]

حتى يتم العقد مستوفيا للأركان والشروط، كان ملزما للمتعاقدين بالوفاء به، أما إذا لم يتم التعامل بين الأطراف على أسس صحيحة فعندئذ يكون العقد باطلا، لا وجود له قانونا، ولا يترتب عليه أي أثر، ومع ذلك نجد أن بعض التصرفات القانونية الباطلة منتجة لبعض الآثار، باعتبارها واقعة مادية فتنتج آثار عرضيه لا أصلية ومن بين أهم هذه الآثار نظرية تحول العقد.

تعتبر فكرة تحول العقد من الوسائل القانونية التي يسعى المشرع من خلالها الحفاض على التصرفات القانونية من البطلان الذي يلحقها، والمحافظة على استقرار العلاقات التعاقدية وتحقيق الغايات الاقتصادية والاجتماعية.

إن نظرية تحول العقد ليست من إبداعات الفقه المدني الحديث وإنما تعود جذورها إلى القانون الروماني الذي اهتم بضرورة إستمرار العقود والاستفادة منها، ثم تبلورت هذه النظرية جليا في القرن التاسع عشر على يد الفقهاء الألمان عام 1896م ثم أخذت هذه النظرية طريقها إلى التقنين وظهرت لأول مرة في القانون المدني الألماني في المادة 140 من نفس القانون والتي جاء فيها "إذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملا على شروط تصرف قانوني آخر

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

كان هذا التصرف الآخر قائما وصحيحا إذ أثبت أنه لو علم الطرفان ببطلان التصرف الأول لأرادا هذا التصرف الأخير".[1]

عن هذا القانون أخذت القوانين الغربية[2] ومنها القوانين العربية[3] حيث قامت معظم التشريعات المقارنة بتكريس نظرية تحول العقد بالنص عليها صراحة كقاعدة عامة في تقنيناتها ومنها تقنين المشرع الجزائري الذي نص في المادة 105 من القانون المدني الجزائري على الآتي: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".[4]

تتلخص نظرية تحول العقد في أن التصرف القانوني الباطل قد يحمل في طياته عناصر تصرف آخر صحيح فيتحول هذا التصرف متى انصرفت إرادة المتعاقدين إليه.

في حين أن هناك أنظمة قانونية أخرى لم تتبن نظرية تحول العقد كنظرية قائمة بذاتها في نظامها القانوني وإنما نظمت تشريعاتها تطبيقات عملية لهذه النظرية مثل المشرع الفرنسي الذي تأثر بها في بداية القرن العشرين، وأخذ بها الفقهاء المسلمون في بعض التطبيقات التي بلغت أعلى درجات التنظيم.

من أسباب اختيار الموضوع عموما الأهمية الكبيرة التي يحظى بها العقد في الحياة العملية. وازدياد حالات بطلان التصرفات القانونية وما يتطلب ذلك من حلول مناسبة من أجل

---

[1] أحمد يسري تحول التصرفات القانونية (دراسة مقارنة) للمادة 144 من القانون المصري على أساس المادة 140 من القانون المدني الألماني، أطروحة لنيل الدكتوراه بجامعة روبرتو كارولا بهيليج بألمانيا، 1995، ص 81.

[2] من بين التشريعات التي أخذت بنظرية تحول العقد في تقنيناتها، القانون المدني الإيطالي في المادة 1464 الصادر في 1942، أما القانون الفرنسي نص على بعض التطبيقات له في المادة 840 منه الخاصة بتحول القسمة النهائية.

[3] بالنسبة للقوانين العربية التي أخذت بتحول العقد، القانون المصري في المادة 144 منه والقانون العراقي في المادة 140 منه، والقانون التونسي في المادة 145 منه والقانون الكويتي في المادة 11 منه.

[4] القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل للأمر رقم 58/75، عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

حماية الثقة المشروعة في المعاملات وسياسة إنقاذ التصرفات من البطلان بإضافة إلى نقص المراجع فيما يخص هذا الموضوع بشكل مباشر.

وينطوي الموضوع محل الدراسة على أهمية نظرية تتمثل في طرح إشكالية قانونية مثيرة للجدل ومحاولة تأصيلها وتحليل مفرداتها وشروطها، بإضافة إلى إثراء المكتبة القانونية بمادة علمية تكون مرجعا لجمهور القانونين، بإضافة إلى الأهمية العملية لموضوع الدراسة المتمثل في عدم إهدار التصرفات وإبطالها طالما أن لها مخرج قانوني وجعلها في قالب قانوني آخر.

كما يهدف موضوع هذه الدراسة إلى إيجاد حلول لهذه الآلية من خلال التعرض إلى النظام القانوني لتحول العقد، وبيان مفهومه وشروط إعماله من خلال استعراض مواقف الفقه في بعض جوانب التحول، كتحديد الطبيعة القانونية له ودور إرادة الأطراف في تطبيقه وبحث نطاق تدخل القاضي في تطبيقه. وعرض أهم التطبيقات العملية للآلية التحول.

من خلال المادة العلمية المعتمدة في هذه الدراسة تظهر بعض جوانب هذا الموضوع مشتتة بين مختلف المؤلفات والكتب فهناك أطروحة تناولت مسألة تحول العقد وهي أطروحة ناريمان خمار تحت عنوان "تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري" نوقشت سنة 2022 بكلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة.

ويتضح أن مختلف الدراسات السابقة تناولت الموضوع في إطار القانون المقارن في حين دراستي تحددت في ضوء التشريع الجزائري.

وتبز صعوبات هذا الموضوع فضلا على دقته وغموض عناصره، إلى افتقار المكتبات المراجع المتخصصة، وندرة المراجع سواء على الصعيد الفقهي أو القضائي، حيث عزف الباحثون في الفقه العربي والجزائري خاصة على تناول هذا الموضوع في مساحات تليق بأهميته، فنجد عدد محتشم من القرارات والأحكام القضائية المطبقة لتحول العقد والتعليق عليها، بإضافة إلى تشعب هذا الموضوع مع مواضيع عديدة منها تفسير العقد، تكييف العقد، نظرية

العقد، بإضافة إلى كثرة الآراء الفقهية في مسألة واحدة مما يزيد في صعوبة الموضوع ومناقشته.

وعليه فالإشكالية التي سنتولى معالجتها عبر هذا الموضوع تتمحور أساسا حول مايلى:

- "كيف يتجلى مبدأ تحول العقد على التصرفات القانونية"؟

وللإجابة عليها يجب المرور بأسئلة فرعية لها إرتباط بالإشكالية الأصلية نذكر منها:

- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في صياغته القانونية لنص تحول العقد للوصول إلى الأهداف المرجوة منه؟
- ماهو تحول العقد؟ فيما تتمثل أهم آثاره؟ وكيف تتجسد تطبيقاته على أرض الواقع؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على بعض المناهج العلمية، منها المنهج الاستقرائي وذلك لإقامة دراسة تأصيلية قانونا وفقها من خلال استقراء أكبر قدر ممكن من الكتب في هذا الموضوع، سواء مؤلفات أو أطروحات و رسائل جامعية أو مقالات، واعتمدنا أيضا المنهج التحليلي الذي نحاول من خلاله الوقوف على الأسس الفقهية التي يقوم عليها التحول بإضافة إلى اعتماد المنهج الوصفي الذي يعتبر الأنسب في مجال العلوم الإنسانية بغية الوصول إلى الأهداف المحددة واستنباط استنتاجات والوصول إلى نتائج واقعية وتعزيزها بقرارات قضائية.

ارتأينا تماشيا مع موضوع الدراسة أن نقسم البحث إلى فصلين:

حيث خصصنا الفصل الأول لتناول الإطار النظري لنظرية تحول العقد. والذي أدرجنا فيه مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم تحول العقد.

أما المبحث الثاني: أحكام تحول العقد.

أما الفصل الثاني: ناقشنا فيه الإطار النظري لنظرية تحول العقد وقسمناه هو أيضا إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول: دور القضاء في نطاق تحول العقد.

أما المبحث الثاني: تطبيقات تحول العقد في القانون المدني الجزائري

الفصل الأول:

الإطار النظري لتحول العقد

التصرف القانوني هو إرادة محضة متجهة إلى إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه[1] فإذا توافرت أركان العقد مستكملة لشروطها كان العقد صحيحا ونافذا، أما إذا تخلف أحد أركانه كان باطلا، والعقد الباطل ليس له وجود قانوني كقاعدة عامة ولا يترتب عليه أي أثر فيكون بمثابة العدم، لكن هذه القاعدة ترتب كثير من النتائج السلبية في مجال المعاملات، لذا دأب الفقه ومن بعده المشرع لتفادي تلك الآثار والنتائج من خلال التقليل من حالات البطلان ما أمكن على طريق فكرة تحول العقد وتقوم النظرية على أن أثار العقد الباطل قد تستخلص منها مسائل جوهرية تكون أساسا صالحا لقيام عقد جديد غير ذلك الذي لحقه البطلان وهنا يولد عقد جديد على إنقاذ العقد الباطل وفقا لفكرة تحول العقد.

ولفهم فكرة تحول العقد وجب توضيح مفهوم تحول العقد وبيان أحكامه وعلى ضوء ما تقدم يتضمن هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم تحول العقد.

المبحث الثاني: أحكام تحول العقد.

[1] د. رأفت الدسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، ، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2005، ص 7.

المبحث الأول: مفهوم تحول العقد.

إن التحديد الدقيق لمفهوم تحول العقد يقتضي تعريفه وبيان الطبيعة القانونية لتحول العقد في (المطلب الأول) وفصله عن النظم المشابه له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بتحول العقد.

إن المقصود بتحول العقد يطرح مسألتين مهمتين تعريف تحول العقد (الفرع الأول) تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف تحول العقد.

لتعريف تحول العقد لابد من التعريف اللّغوي لتحول (أولا) و تعريف العقد (ثانيا) والتعريف الاصطلاحي لتحول العقد (ثالثا).

أولا: تعريف التحول في اللغة.

كلمة التحول في اللّغه جاءت من الفعل الخماسي (تحول) تحولا، تحول إلى ، تحول عن، ولها ستة معاني: تنقل من مكان إلى مكان أو من حال إلى حال، تحول في الأمر: تغير في وضع إلى آخر، انصرف عنه إلى سواه: عن زميله إلى سواه، طلب الحيلة، احتال، انقلب.[1]

1. وقيل في التحول أنّ كل ما تحول من الاستواء إلى العوج فقد حال واستحال.[2]

2. وفي قوله تعالى: ﴿فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلً.[3]﴾

ولقوله تعالى: ﴿فَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَحْوِيلًا.[4]﴾

---

[1] إبراهيم مصطفى، حامد عبد القادر، أحمد الزيات، محمد علي النجار، المعجم الوسيط، الطبعة الأولى، دار الدعوة، إسطنبول، تركيا، 1979، ص 209.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط الطبعة 8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص 989.

[3] سورة الإسراء، الآية 56.

[4] سورة فاطر، الآية 43.

ونستخلص مما سبق أن التحول أثر لتحويل ومطاوع له، وتدور معانيه على التنقل والتبديل والتغيير.

ثانيا: تعريف العقد.

1. تعريف العقد في اللّغة:

صرح أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل ثم استعمل هذا المصطلح فى أنواع العقود والبيوع، فيقال العقد بمعنى ضمان والعهدة وموضع العقد هو ما عقد عليه.[1]

2. تعريف العقد في الاصطلاح:

هو ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل.[2]

ثالثا: التعريف الاصطلاحي لتحول العقد.

لأجل الإلمام بالتعريف الإصطلاحي لابد من التطرق إلى الجانب القانوني ورأى الفقه، وكذلك في الفقه الإسلامي.

1. التعريف القانوني لتحول العقد.

أصل هذه النظرية أنها من النظريات الألمانية المعروفة التي صاغها الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة في نص صريح، حيث نصت المادة 140 من هذا القانون أنه "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذ فرض أن المتعاقدين كان يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان".[3]

---

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، المصدر السابق، ص 900.

[2] ابن منظور أبي الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، مجلد 9، ط3، دار الصادر، بيروت، لبنان، 1993، ص175.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 643.

ثم اقتبسها منه المشرع المصري وجاء نصها في المادة 144 من القانون المدني المصري كالآتي: "إذا كان العقد الباطل أو قابل للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".[1]

ومنه انتقلت تلك النظرية إلى معظم التشريعات العربية حيث اقتبست بعض التشريعات هذا النص بحرفيته. ومنها نص عليها المشرع الجزائري في المادة 105 من القانون المدني "إذ كان العقد الباطل أو قابل للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذ ثبت أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".[2]

أما القانون المدني الفرنسي فلا نص فيه على هذه النظرية، ورغم ذلك فإنه يمكن إعمال هذه النظرية في ظل هذا القانون، طبقا لنظرية التكييف، تكييف العقد هو إعطاء الوصف القانوني، من عمل القاضي، فلا عبرة بصفة المتعاقدان في تسمية العقد، فقد يكونان مخطئين أو متعمدين إخفاء عقد في صورة عقد آخر.[3]

وعلى غرار التشريعات المقارنة لم يرد تعريف تحول العقد في القانون المدني الجزائري حيث اكتفى المشرع بوضع الأحكام اللازمة لتحول العقد و تبيان شروطه، دون تحديد المعنى، ولما كان وضع المفاهيم من حيث المبدأ عملا فقهيا محضا فقد تعددت التعاريف الفقهية لتحول العقد واختلفت فيما بينها ونذكر فيما يلي أهمها.

---

[1] القانون المدني رقم 131 الصادر يوم الخميس 22 رمضان الموافق لـ 16 يوليو لسنة 1948، الجريدة الرسمية بتاريخ 29 يوليو 1948.

[2] محمد عمار تراكمية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة قطر، دولة قطر، د.س.ج، ص 63.

[3] علي فيلالي، نظرية العامة للعقد، الجزائر، موفر للنشر، 2011، ص 217.

2. التعريف الفقهي لتحول العقد:

لقد تعددت تعريفات الاصطلاحية لدى الفقه على مختلف شرائحه: فذهب بعض الشراح إلى القول أن المقصود بتحول العقد أنه تغير في وصف العقد من شأنه يرتب له جميع أثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي[1] أو أنه يعيد تحول العقد الباطل الذي كان لا يرتب أي أثار إلى عقد صحيح ينتج آثارا بين المتعاقدين.[2]

وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري "أن التصرف الباطل الذي قصده المتعاقدان قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر، وبذلك يتحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح بمجرد كون عناصره متوفرة[3] وبتالي يتم تصحيح العقد الباطل بتسمية الأصلية إلى عقد صحيح بتسمية مغايرة تحت إشراف قاضي الموضوع.

وذهب الفقه الفرنسي (فيليب سميليه) أن التّحول هو ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب العقد الباطل إلى آخر صحيح عند توفر شروط صحة هذا التأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب من قبل الأطراف.[4]

أما رأي الفقيه الأستاذ كاظم الشباني الذي يلم بمفهوم تحول العقد والغرض منه والأساس الذي يقوم عليه والهدف من ورائه وبذلك يأتي التعريف جامعا مانعا.

---

[1] عبد الحميد محمد البعلي، تحول العقود وإعادة تكليفها وأثر تكيفها العوارض الطارئة، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، دون سنة نشر، ص 192.

[2] أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 198.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، الطبعة الأولى، لبنان، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص 496.

[4] Philippe. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, thèse librairie, générale, de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, P 13.

ولهذا يرى أن القصد من تحول العقد "هو العملية القانونية التي تتم من قبل القضاء، تهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه وعناصره في ذات العقد الباطل دون أن ينطوي على تغيير في هذه العناصر مستندا في ذلك بالإرادة الافتراضية للمتعاقدين".[1]

أما في الفقه الإسلامي فإن بعض القواعد الفقهية فيه تكريس واضح لفكرة تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، فقاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله" وقاعدة "العبرة في العقود والتصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

فالقاعدتان تشيران إلى آثار التصرفات التي تترتب بناءا لما تتجه إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، بغض النظر عن التسمية التي أطلقت على التصرف في حد ذاته، فالعبرة بالتسمية مقابل القصد.[2]

وإلى جانب اختلاف الفقهاء فى تعريف تحول العقد نجدهم أيضا اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتحول العقد.

وتتحدد الطبيعة القانونية لتحول العقد استنادا للأساس المعتمد عليه في تكييف عملية التحول. وهنا انقسم الفقه إلى اتجاهين طبيعة تحول العقد استنادا إلى دور القضاء في تحول العقد (أولا) وطبيعة تحول العقد استنادا إلى أثار تحول العقد (ثانيا).

[1] علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2015، ص7.

[2] محمد عمار تراكمية عزال، المرجع السابق، ص 64.

أولا: طبيعة تحول العقد استنادا إلى دور القضاء في تحول العقد.

يعتمد هذا الاتجاه على دور الذي يمارسه القضاء في عملية التحول وهم في ذلك على رأيين: الرأي الأول يذهب إلى أن عملية تحول العقد ترجع إلى دور القضاء في تفسير العقد أما الرأي الثاني يذهب إلى أن عملية تحول العقد ترجع إلى دور القضاء في تكييف العقد.

الرأي الأول: دور القضاء في تفسير العقد.

قال الإمام أحمد بن فارس عن التفسير، كلمة تدل على بيان الشيء وإيضاحه، نقول:

فسرت الشيء وفسرته.[1]

من أنصار هذا الرأي الأستاذ عبد الحكيم فودة الذي يقول "أن تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح هو نوع من أنواع التفسير الذي يقوم به القاضي عند نظره في النزاع المعروض عليه".[2]

ويضيف بعض الفقه أن القاضي عندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين والعقد الذي ينتج أثره قانونا ليس العقد الباطل وإنما هو العقد الصحيح الذي انقلب إليه العقد الباطل بمقتضى سلطات القاضي في التفسير.[3]

وفي نفس السياق يرى بعض الفقهاء أن تحول العقد يرجع إلى سلطة القاضي في تفسير العقد الذي ينتج أثاراً قانونياً ليس هو العقد الباطل الذي أبرمه المتعاقدين بل العقد الصحيح

[1] د. منصور كافي، التفسير الموضوعي بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 9.

[2] عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصرى والمقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة إسكندرية، القاهرة، 1985.

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 636، 637.

وأساسه العناصر المستقلة عن العقد أصلي تجمعت في دائرته وفسرها القاضي تفسيرا يتماشى مع نية المتعاقدين واستخلص منها العقد الصحيح.[1]

ولقد انتقد أصحاب هذا الرأي الذي اعتبر أن تحول العقد هو نوع من أنواع التفسير الذي يقوم به القاضي لكشف عن الغاية العملية للمتعاقدين[2] لأن التحول لا يحدث إلا مع وجود عقد باطل وليس مع غموض العبارات العقد كما هو الشأن بالنسبة لتفسير العقد وأنّ التحول لا يدور حول مجرد تفسير إرادة الأطراف بل القاضي يحل نفسه محل المتعاقدان فيبدل العقد الأصلي القديم الباطل إلى عقد جديد يقيمه للأطراف المتعاقدة.

الرأي الثاني: دور القاضي في تكييف العقد:

يرى أصحاب هذا الرأي أن عملية التحول ترجع إلى دور القاضي في تكييف العقد وليس لتفسيره، على إعتبار أن القاضي عند قيامه بعملية التكييف القانوني للعقد له من خلال ذلك تجنب البطلان وذلك بإعطائه وصف صحيح له يمكنه من تجاوز البطلان الذي لحق به، حيث وفق لهذا الاتجاه فإن الأطراف عند إبرامهم للعقد أعطوه إسما غير صحيح مما يستدعي تدخل القضاء لإعادة تكييف العقد وفق مضمون صحيح وإعطائه الوصف القانوني الصحيح.[3]

ومن أنصار هذا الرأي أيضا الفقيه سميليه حيث يقول: "التحول يعرض بشكل أساسي لمشكلة التكييف التي تختفي أو تنعدم في حالة البطلان النسبي.[4]

---

[1] د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1933، ص 132.

[2] الأستاذ عبد اللطيف فاكير، تحول العقد على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة، سلسلة أبحاث القانونية جامعية المعمقة، مجلة الباحث، العدد 89، المملكة المغربية، سنة 2017، ص 43.

[3] التكييف : هو العملية الذهنية اللازمة للأعمال القانون، أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 350.

[4] محمد أبو العثم النسور، نظرية تحول التصرفات وتطبيقاتها على بعض المعاملات التجارية في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، عدد 2، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2019، ص 313.

بإضافة أن تحول العقد ليس إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أي إستثناء وذلك يعود إلى تكييف العقد مالم تتجه إرادة الأطراف إلى إستبعاد هذا التحول في العقد، فالتحول يدور حول التكييف العقد بحيث يمكن القول أن التكييف العقد إذ استقر على كون عقد ما باطل فإن ذلك لا يحول دون تكييف العقد على أساس عقد آخر صحيح، فالعبرة بالتكييف الصحيح والغاية الاقتصادية من التصرف القانوني لأنها تحدد المقصود من العقد وتكييفه.[1]

يبدو أن تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد باعتباره تكييف للعقد تعرض لنقد وذلك لأن الأمر غير دقيق وغير مقبول وذلك لوجود شبه بين التكييف والتحول فالعبرة ليست بإسم التصرف وإنما بمضمونه فتغير الاسم ليس إلا مجرد تفسير للإرادة الحقيقية لتصرف الذي لا يزال هو نفسه صحيح وعلى عكس ذلك أن التحول يدور حول التكييف عند الإرادة المحتملة أو المفترضة ويقع في العقود الباطلة ومناط التكييف هو العقود الصحيحة.

ومهما يكن فإن تحول العقد ليس تفسير ولا تكييف للعقد وإنما هو عمل يقوم به القاضي مقام المتعاقدين ليبدل عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما، وذلك بناء على نيتهما المحتملة مهتديا بإرادة المشرع.[2]

ثانيا. طبيعة تحول العقد استنادا إلى آثار العقد الباطل.

يستند هذا الاتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لعملية تحول العقد إلى أثار العقد الباطل فمنهم من يرى أن تحول العقد هو أثر عرضي للعقد الباطل باعتباره واقعه مادية تترتب عليها آثار عرضية أما الرأي الثاني فيرى أن تحول العقد هو أثر إستثنائي للعقد الباطل.

[1] د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات الإرادية، دار بيت العربي، الأردن، عمان، 1974، ص 196.

[2] د. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 36.

الرأي الأول: تحول العقد أثر عرضي للعقد الباطل.

يرى أصحاب هذا الرأي والذي يمثل غالبية الفقهاء، بأن العقد الباطل وإن كان من حيث الأصل يعتبر في حكم العدم إلا أنه يمكن أن يترتب عليه آثار قانونية، والتي تحصل بشكل عرضي وإن لم تكن مقصودة بذاتها من قبل المتعاقدين لأن الإرادة الحقيقية لم تنصرف إليه عند إبرام العقد الباطل، هنا الأثر العرضي للتصرف الباطل هو نفسه تحول العقد، وينتج العقد الباطل أثره باعتباره واقعة مادية لا باعتباره تصرف قانوني صادف وجود هذه الواقعة المادية في العقد الذي وقع باطلا ولم تكن مقصودة بذاتها ولهذا تم دراسة نظرية تحول العقد ضمن مبحث الآثار العرضية.[1]

لكن هذا الرأي إنتقد بالنسبة للأنظمة القانونية التي تتبنّ صراحة نظرية تحول العقد على اعتبار أن هدفها الأساسي هو التقليل من حالات البطلان عن طريق تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، فكيف يستقيم بعد ذلك الحديث عن الأثر العرضي للعقد الباطل، والواقع أن العقد أصبح صحيح بعد التحول، و بالتالي فإنّ الأثر المترتب هو أثر العقد الصحيح وليس أثر من أثار العرضية للعقد الباطل.[2]

الرأي الثاني: تحول العقد أثر الإستثنائي للعقد الباطل.

على خلاف الرأي الأول اعتبر بعض الفقه أن تحول العقد هو إستثناء من قاعدة كل ما هو باطل لا أثر له، لكن في بعض أحيان يرتب القانون بعض أثار على العقد الباطل بصفة إستثنائية لأسباب تقتضيها المصلحة وحماية الغير، وتأتي بنص خاص وتعتبر إستثناء عن الأصل.

[1] سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإسلامية والإنسانية، سنة التاسعة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص 139.

[2] محمد غزال تركمانية، المرجع السابق، ص 80.

إلا أن هذا الموقف قابل لنقد باعتبار أن الآثار التي يرتبها العقد الباطل جاءت إستثنائية مثل: العقد الصوري، والشركة الفعلية. إنما جاءت نتيجة عن ذات العقد الباطل لا يمكن أن يعد تحول إلى عقد أخر، وإنما استمر في العمل للأسباب قرر المشرع أنها صورية بغية تحقيق الحماية الظاهرة ومبادئ العدل والإنصاف والثقة المتبادلة في المعاملات.[1]

بعد الاطلاع على الآراء المختلفة بخصوص الطبيعة القانونية لتحول العقد والتي تخلط فى مجملها بين نظام التحول وبين أنظمة أخرى والتي تعارض التنظيم القانوني لتحول العقد وشروط إعماله المحددة بنص قانوني، وهذا ما جعل بعض الفقه يجتهد في وضع تكييف لتحول ينسجم مع الهدف والغاية الأساسية له بالقول "والحقيقة أن من يمعن النظر في النصوص القانونية التي تناولت نظام التحول يتبين أن هذا النظام إنما هو عمل من صميم سلطة القضاء ويدخل ضمن صلاحية القاضي في إنشائه في إطار سياسة إنقاذ العقود من البطلان وذلك لتحقيق الأهداف والغايات الاقتصادية المقصودة من الأطرف.[2]

وبعد أن تناولنا تعريف تحول العقد وتحديد الطبيعة القانونية ارتأينا أن ذلك لا يكفي لتوضيح فكرة تحول العقد خاصة وأن هذا النظام يتشابه إلى حد كبير بغيره من الأنظمة التي تسعى إلى تحقيق نفس الهدف لذلك خصصنا هذا المطلب لمعالجة هذه الإشكالية.

المطلب الثاني: تمييز تحول العقد عن أنظمة المشابهة له.

ينبغي لنا تميز نظرية تحول العقد عن غيرها من النظم القانونية وذلك لإزالة اللّبس مع بعض النظريات كنظرية تفسير العقد ونظرية تكييف العقد وكلاهما مهام تقع على عاتق القاضي والتي تسعى للمحافظة على استقرار المعاملات التعاقدية، وسوف نخصص في هذا

[1] سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 139.

[2] نريمان خمار، تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، الجزائر، 2020، ص 110.

المطلب التمييز تحول العقد عن تفسير العقد في (الفرع الأول) وأيضا التمييز تحول العقد عن تكييف العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز تحول العقد عن تفسير العقد.

وتحديد طبيعة العلاقة بين تحول العقد وتفسير العقد وجب توضيح فكرة تفسير العقد (أولا) ثم بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما (ثانيا).

أولا: نبذة عن تفسير العقد.

عُرِفَ التفسير بأنه "بيان معاني الألفاظ ودلالتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص".[1]

أو هو تبيان ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة.[2]

وعرفه الأستاذ حسن فرج بالقول: "يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد الوقوف على الالتزامات التى يولدها".[3]

بينما ذهب البعض الآخر إلى التعلق بالأساس الذي يقوم عليه، فقيل في تعريفه "أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين".[4]

لكن رأي الفقيه عبد الحكيم فودة الذي يلم بمفهوم التفسير كعملية فنية، دون الاقتصار على تعريف اللّفظ في ذاته، حيث يرى أن القصد من التفسير: "تلك العملية الذهنية التي يقوم

[1] معوض فؤاد، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 13.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 276.

[3] د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ط3، دار النهضة العربية، لبنان، 1993، ص 647.

[4] صالح محمد ديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط4، بيروت، لبنان، 1993، ص 65.

المفسر سبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"[1] وبتالي فهو عرف مفهوم التفسير والغرض منه والأساس الذي يقوم عليه، والهدف من ورائه، وطرق الوصول إلى هذا الهدف وبذلك يأتي التعريف جامعا مانعا.

ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين تحول العقد وتفسير العقد.

تقوم فكرة تحول العقد على مبادئ منها البحث نية المتعاقدين واتجاه إرادتهما إلى عناصر العقد الصحيح ويقوم القاضي عادة بالبحث مستعينا في ذلك بسلطته في تفسير العقود، ومن هنا نجد أوجه الشبه بين تحول العقد وتفسيره، لأن القاضي في كلاهما يحاول التوصل إلى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان في العقد، فنجد أنه في تحول العقد بعد أن كانت إرادة المتعاقدين تتجه نحو العقد الباطل يحاول القاضي معرفة ما إذا كانت إرادتها تتجه إلى عناصر العقد الصحيح لذلك أن التفسير يعتبر مرحلة من مراحل تحول العقد، إلا أن التفسير في التحول يختلف عن مصطلح التفسير في العموم وذلك في أمور منها.[2]

إن القاضي يحاول في أثناء تطبيقه لتحول العقد الباطل معرفة ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى عناصر العقد الصحيح وبالتالي يكون اتجاه نحو الإرادة المحتملة للأطراف، بينما التفسير ليس في مواجهة حالة من البطلان تقبل التصحيح بل يبحث عن الإرادة الحقيقية والتي لم يتم التعبير عنها بوضوح من خلال الألفاظ المستخدمة في النص العقد وبتالي فإن القاضي ليس من مهامه البحث عن عناصر عقد صحيح بل أن العقد أصلا صحيح.[3]

[1] د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصرى والمقارن، المرجع السابق، ص 16.

[2] إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، دون سنة، ص 75.

[3] د. محمد عمار تراكمانية عزال، المرجع السابق، ص 69.

إن التفسير يؤدي إلى استبقاء العقد الأصلي ولا يدخل عناصر جديدة إلى العقد فهو مجرد وسيلة للوصول إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان بخلاف التحول فإنه يلغي العقد الأصلي، فالعقد الذي ينتج أثرا ليس هو العقد الأصلي الباطل بل العقد الصحيح الذي تحول إليه.[1]

الفرع الثاني: تمييز تحول العقد عن تكييف العقد.

لتحديد طبيعة العلاقة بين تحول العقد وتكييف العقد يقتضي توضيح فكرة تكييف العقد (أولا) ثم بيان أوجه الشبه والإختلاف بينهما (ثانيا).

أولا: نبذة عن تكييف العقد.

التكييف هو الوسيلة القانونية والسبيل الذي يعتمده رجل القانون لنهوض بمهامه، أما تكييف العقد فهو عملية الذهنية التي تستهدف ربطه بالوصف القانوني الذي ينسب إليه بغية إعمال أحكامه القانونية الصحيحة[2] أو ربطه بفئة قانونية من العقود بهدف تحديد النظام القانوني المطبق عليه، أي تحديد قواعد القانون التي تحكم قيامه وآثاره وانقضاؤه.[3]

وكما هو واضح في التعريف المقدم أعلاه، أن ماهية التكييف تبدو في كونها وسيلة قانونية يتجانس فيها عنصرا الواقع والقانون معا، بواسطة خصائص الربط يقوم القاضي بتحليل الواقع وتأهيله وتنقيته، وإذ كان التكييف من حيث حقيقته عملا ذهنيا غايته إثبات عموم حكم القانون وسيادته على الواقع فإنه لا يقتصر على عمل القاضي، وهو ما اقتصرت عليه التعريفات المذكورة بل يتعداه إلى المشرع والفقيه بل وأطراف العلاقة.[4]

---

[1] إبراهيم عبد الرحمان بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 75.

[2] جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا، مجلة القانون والعمل والتشغيل، العدد الخامس، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2008، ص 418.

[3] د. عبد الرزاق أيوب، تكييف العقود في القانون المغربي والمقارن، مجلة طنجيس، عدد خاص، رقم 7، المملكة المغربية، 2007، ص 5.

[4] مقني بن عمار، القواعد العامة لتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2009، ص 46، 47.

ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين تحول العقد وتكييف العقد.

يظهر وجه الشبه بين تحول العقد وتكييفه حينما يقوم المتعاقدان بإعطاء العقد وَصْفَ غير صحيح، بحيث يقوم القاضي بإعطاء الوصف الصحيح للعقد، ومن هنا يحصل الخلط في العقد الأصلي هل أصبح باطلا بفعل تصحيح القاضي لوصفه بحيث يغيره القاضي إلى عقد آخر صحيح وهذا هو التحول، أمّا العقد الأصلي باقٍ على أصله صحيح إلا أنّ القاضي غير في وصفه فقط وهذا هو التكييف.[1]

وأيضا يظهر الشبه عند من لا يعتد بإرادة المتعاقدين في تحول العقد فالقائلون بأنه لا أثر لإتجاه نية المتعاقدين في تحول العقد وأن الأمر في تحول العقد متروك لسلطة القاضي في تقرير التحول هنا يحصل الخلط بين التحول والتكييف حيث أن كلاهما راجع لسلطة القاضي ولا مجال لإرادة الأطراف.

وبإضافة نجد أن في كل من التحول والتكييف القاضي يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين حتى يتجلى المعنى الذي قصداه في العقد لكي يستطيع القاضي تقرير التحول والتكييف على الوجه الصحيح.[2]

غير أن هذا التشابه لا يدعو بأي حال من الأحوال إلى إزالة الفوارق بين التحول والتكييف ومن هذه الفوارق نجد:

إن تحول العقد لا يقوم إلا ببطلان العقد الأصلي واشتماله على عناصر عقد صحيح، أما التكييف فهو مرحلة تلي مرحلة التفسير تأتي لوجود غلط في توصيف العقد ولا يلزم لذلك من الغلط في التوصيف بطلان العقد أصلي.

---

[1] إبراهيم بن عبد الرحمان سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 80.

[2] صاحب عبير الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة دار الثقافة والنشر، عمان، الأردن، 1997، ص 119، 110.

إن أثار المترتبة من تحول العقد عرضية لا أصلية بخلاف التكييف فإنه ناتج عن أثار الأصلية والعقد أصلي يبقى على حاله ولم يتغير في عناصره وإنما يتغير الوصف.

إن تحول العقد يستلزم إتجاه إرادة المتعاقدين إلى إحداثه على عكس التكييف فإنه من مهام القاضي ولا مجال للإرادة المتعاقدين، إلا في حالة توصيفها للعقد توصيف موافق للقاضي فهنا يجب العمل به.[1]

وعلى ضوء ما تقدم يتبين لنا أنه لتحديد طبيعة نظام التحول باعتباره تكييف للعقد أو تفسير للعقد أمر غير مقبول حيث أنه لاحظنا هناك اختلاف كبير بين النظامين ونظام تحول العقد.

المبحث الثاني: أحكام تحول العقد.

حتى تنتج نظرية تحول العقد مفاعيلها يجب ضبطها وتقييدها بشروط التي تعتبر الأساس لأعمالها وتطبيقها ومن تم التطرق إلى أهم الأثار المترتبة عليها وعليه نعرض شروط تحول العقد (المطلب الأول) وأثار تحول العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط تحول العقد.

نظم المشرع الجزائري شروط تحول العقد من خلال المادة 105 من قانون المدني وهذه الشروط متفق عليها من قبل مختلف الأنظمة التي تبنت نظرية تحول العقد، من الناحية الموضوعية، لكن من الناحية الذاتية والمتمثلة في اتجاه إرادة المتعاقدين، فقد اختلف بشأنها هذه الأنظمة وعليه سنعرض الشروط الموضوعية (الفرع الأول) والشروط الذاتية (الفرع الثاني).

[1] أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة، على ضوء المادة 144 من القانون المدني المصري، أطروحة الدكتوراه، بجامعة روبرتو كارولا بهليج بألمانيا، 1955، ص 65، 66.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لتحول العقد.

تشير نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري صراحة على الشروط اللازمة لتطبيق نظرية تحول العقد والتي جاء فيها "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توفرت أركانه"، من الواضح أن المشرع أضفى على الشروط المتعلقة بتحول العقد صبغة موضوعية المتعلقة بالعقد الأصلي نعرضها (أولا) وشروط متعلقة بالعقد الجديد التي توفرت أركانه في العقد الباطل نعرضها (ثانيا).

أولا: بطلان العقد الأصلي.

بطلان[1] العقد هو المرحلة الأولى التي يمر بها تحول العقد وهو الركن الأساسي الذي يقوم عليه حتى ينتج أثره.[2]

نظرية البطلان من النظريات المهمة التي كانت محل خلاف بين فقهاء وشراح القانون في كثير من المسائل، لذلك وجب تسليط الضوء على هذه النظرية بحكم أهميتها بالنسبة لموضوعنا (تحول العقد) ولأن مجاله هو العقد الباطل أو القابل للإبطال، لذا سنعرض مفهوم البطلان وأنواعه كما يلي:

البطلان هو الجزاء الذي يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط الصحة.[3]

وعرفه البعض الآخر من الفقه على أنه "العقد الذي لا تتوفر فيه مقومات وشروط العقد

[1] البطلان في اللغة بمعنى ذهب ضياعا وخسرا، أي فَسَدَ وسَقَطَ حُكْمُهُ فهو باطل، أحمد بن محمد بن علي القيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 2006، ص 21.

[2] إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 87.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص81.

الصحيح، فالعقد لا يقوم صحيحا إلا إذا استجمع أركانه وشروط صحته".[1]

ويقول أحمد سباعي عن تعريف البطلان أنه "وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه يحرمه من آثاره".[2]

ونستخلص مما سبق أن البطلان هو الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توفر أركان العقد وشروط صحتها. وقد نظم القانون المدني الجزائري البطلان من المادة 99 إلى المادة 105 من القانون المدني متناولا أحكامه ومحددا أنواعه.

وينقسم البطلان حسب ما ذهب إليه معظم الفقهاء وأخذ به المشرع الجزائري إلى نوعين: البطلان المطلق والبطلان النسبي.

1. البطلان المطلق:

هو جزاء عدم توفر ركن من أركان العقد بأن ينعدم الرضا أو المحل أو السبب أو توافر الأركان لكن إخْتل ركن منها كركن الرضا، أو عدم استيفاء الشروط التي أوجب القانون توافرها فيه أركان المحل مستحيلا أو غير قابل لتعيين.[3]

كذلك البطلان المطلق معناه أن العقد لم ينعقد بعد، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ولا يترتب على العقد الباطل أي أثر ولا يتم تصحيحه بالإجازة، كما أن العقد الباطل لا يتقادم بطلانه فهو في حكم العدم، ولا ينتج أي آثار قانونية، وللمحكمة أن تقرر البطلان من

[1] محمد حسن منصور، مصادر الالتزام العقد والإرادة، المنفرد، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 2000، ص 220.

[2] أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، المملكة المغربية، 2019، ص 76.

[3] أنور طلبة، انحلال العقد، المكتب الجامعي الجديد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 172.

تلقاء نفسها، أو يقرر البطلان المطلق بنص في القانون كنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري التي تقضي ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.[1]

2. البطلان النسبي:

البطلان النسبي هو البطلان الذي يمس العقد بسبب نقص في الأهلية، وقت انعقاد العقد أو بسبب كون إرادة المتعاقدين معيبة بعيب من عيوب الرضا وإذ شاب رضا عيب كالغلط أو إكراه، أو التدليس كان العقد باطلا بطلانا نسبيا، فلا يجوز التمسك به إلا من طرف من تقرر لمصلحته، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[2] وعلى عكس البطلان المطلق فإن البطلان النسبي تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم وينعقد العقد صحيحا ما لم يطعن في صحته المتعاقد الذي كان رضاه معيبًا.[3]

وقد أكد المشرع الجزائري على بطلان العقد الأصلي في المادة 105 من القانون المدني بالقول "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال" وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه "يشترط لتحول التصرف القانوني الباطل إلى عقد صحيح أن يكون العقد الأصلي باطلا وأن تتوفر فيه جميع عناصر العقد أخر الذي يتحول إليه".[4]

فمن الواجب أن يكون العقد الأصلي باطلا، فلو كان العقد الأصلي صحيحا لكنه تضمن عقد آخر، فإن المتعاقدين يفضلان ما اتجهت إرادتهما إلى إبرامه وهو العقد الأصلي، ولا داعي إلى إنشاء عقد آخر، فلا يتحول العقد الأصلي ما دام صحيحا، إذ لا يتحول إلا العقد الباطل

---

[1] أنور السلطان، نظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 71.

[2] العربي بلحاج، نظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 171.

[3] محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 248.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2011، ص 488.

ومثال ذلك عقد هبة صحيحة يتضمن عناصر الوصية، وتبين أن الواهب كان يفضل الوصية، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة لأن الهبة صحيحة فلا محل لتحول.[1]

وكذلك يجب أن يكون هذا البطلان مصاحب لنشأة العقد بمعنى أن العقد لو نشأ صحيحا ثم ثبت بطلانه فإن ذلك لا يتطلب التحول لأن إرادة المتعاقدين من البداية اتجهت إلى عقد صحيح ونشأ بالفعل ومن ثم إذا فقد أحد المتعاقدين أهلية التعاقد بعد إبرامه التصرف الصحيح فإن هذا العقد لا يصلح تحويله.[2]

ومن جهة أخر أن العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ إذ تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ سقط العقد، لا يتحول إلى تصرف آخر لأن العقد أبرم صحيحا واتجهت إرادة المتعاقدين إلى تعليقه على هذا الشرط أو ذلك ولا يريدان أن يتحول هذا العقد إلى عقد آخر.[3]

ويرى الفقه أن فكرة التحول تتطلب أن يكون التصرف الأصلي باطلا بالكامل أو قابلا للإبطال أما إذا كان التصرف الأصلي باطلا في شق منه فإن ذلك يتطلب إنقاص العقد وليس تحويله ويتجه أنصار هذا الرأي إلى أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح لا يتم تحويله قبل أن يقتضي بطلانه، لأن التحول قاصر على التصرفات الباطلة وهناك من أكد على إمكانية تحول العقد القابل للإبطال حتى ولو لم يتم الحكم ببطلانه.[4]

---

[1] منتصر علوان كريم، القرار الإداري المتحول (التأصيل والشروط)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، كلية القانون، جامعة العراق، 2018، ص 279.

[2] أحمد سلامة أحمد بدر، تحول تصرفات الإدارة الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، ج1، جامعة قطر، 2017، ص 421.

[3] عدنان إبراهيم عبد الحميلي، نظرية تحول العقد وتأصيلها في ضوء قواعد أصول الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية مجلد 1، العدد 9، العراق، 2007، ، ص 5.

[4] د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، القسم الأول، ط1، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 1981، ص 221.

والراجح هو أن هذا العقد لا يجوز تحويله إذ أنه موجود يرتب أثاره لأن قابلية العقد للإبطال تعني ما شاب العقد هو عيب يرتب البطلان النسبي وهو بطلان مقرر لمصلحة من توافر له الحق في التمسك به وبتالي إذ لم يتمسك به فإن العقد يفترض أنه صحيح، ولا يتحول أما إذ قضى ببطلانه فإن الأثر المترتب على ذلك إمكانية تحويله، إذا توافرت باقي الشروط اللازمة لتحول العقد الجديد.[1]

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يوفق حين أدرج هذا النوع من (العقود الباطلة بطلانا نسبيا) في نصه وكان يكفي إدراج العقود الباطلة بطلانا مطلقا لأنه لم يطبق نظام التحول إلا في العقود الباطلة دون غيرها واللجوء إلى العقود بالوجود المؤقت للعقد الباطل بطلانا نسبيا كون هذه العقد موجودة في حالتين: حالة الصحة وحالة البطلان، فهو إما عقد صحيح على الدّوام، وإما عقد باطل بطلانا مطلقا منذ البداية.

ثانيا: موافقة العقد الأصلي أركان عقد صحيح آخر.

مرافقة العقد الأصلى الباطل لعناصر العقد الصحيح آخر هو الشرط الثاني من شروط تحول العقد فلابد أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الأخر الذي يتحول إليه وهذا الشرط نجده واضحا جليا في نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري بقول "وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توفرت أركانه" غير أنه يتفحص هذا النص يتبادر إلى الذهن سؤال عن الطبيعة القانونية للعقد الجديد وكيفية توافق العقد الباطل مع عناصر وأركان العقد الآخر؟

وعليه اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للعقد الجديد فهل يلزم أن يكون العقد الجديد من نوع آخر يختلف عن العقد الأصلي أم يكفي اختلاف مضمون العقد للأعمال التحول؟

[1] أحمد سلامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 6.

1. الطبيعة القانونية للعقد الصحيح:

قسم الفقه بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين مختلفين نوضح رأي كلاهما كما يلي:

1.1. يرى الفريق الأول وهو الاتجاه الغالب أن يكون العقد الجديد مختلف عن العقد الأصلي من حيث الطبيعة القانونية ولا يكفي اختلاف المضمون للأعمال مبدأ التحول.[1]

ويقول في ذلك الأستاذ حسام الدين الأهوائي "والراجح هو ضرورة أن يكون التصرف الجديد من نوع آخر غير التصرف الباطل وأن مجرد تغيير في المضمون لا يكفي لتحول العقد".[2]

بمعنى أن يكون هناك فرق بين التصرفين سواء من حيث المضمون ومن حيث نوع العقد وإلا ما فائدة تقرير نظام تحول العقد إذا كانت الأركان المتوافرة هي ذات الأركان الخاصة بالعقد الباطل، وأن الأركان التي يجب أن يتوفر في العقد الباطل يجب أن تتشكل بذاتها عقد آخر صحيح من دون أي تفسير يطرأ عليها بالإضافة أو الإستبدال أو الإنقاص وإلا يمتنع التحول حيث يكون أمام نظام قانوني آخر هو التصحيح.[3]

ويؤكد بعض الفقه ذلك بالقول أنه لا يشرط بتطابق التصرف الباطل مع التصرف الصحيح في الشكل والمضمون وإلا كانت النتيجة أن التحول نظرية عديمة القيمة.[4]

---

[1] أحمد حشمت أبو سيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، ط2، نهضة مصر، مصر، 1994، ص 326.

[2] حسام الدين كامل الأهوائي، النظرية العامة للالتزام، ج2، ط2، نهضة مصر، مصر، 1995، ص 171، 271.

[3] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 127.

[4] هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2015، ص 383.

ومنهم الفقيه الفرنسي سالى بالقول "إن التصرف الثاني الذي تحول إليه التصرف الباطل يجب أن يكون مختلفا عن التصرف الأول في طبيعته كشرط لا بد منه، فيقع كل تصرف في نطاق قانوني مختلف عن آخر.[1]

من الأمثلة على ذلك تحول عقد البيع بثمن زهيد أو تافه إلى هبة، وتحول رهن باطل إلى حق حبس، وكفالة باطلة إلى حوالة دين.

كذلك مثال البيع الصادر من المريض مرض الموت إذ وقع باطلا فإنه يحتفظ بآثاره القانونية بينما تنقلب طبيعته القانونية من شكل بيع إلى وصية لكن بشرط أن يشمل العقد الأصلي على عناصر عقد جديد صحيح والمتمثل في الوصية.

نستخلص مما سبق أنه لابد أن يكون العقد الجديد الذي يتحول إليه العقد الأصلي من نوع آخر ويقع في نطاق قانوني يختلف عن العقد الأصلي الباطل والإختلاف بينهما لا يحول دون حصول عملية التحول القانوني طالما تحققت الغاية والنتيجة التي قصدها المتعاقدان والعقد الجديد يوافق في عناصره التصرف الباطل.

2.1. يتجه الاتجاه الثاني الذي يجعل اختلاف المضمون بين العقدين كافيا لأعمال التحول دون أن يشترط أن يكون العقد الأصلي نوعا يختلف عن العقد الجديد وأن القانون يتطلب تصرفا آخر لا يلزم أن يكون نوع آخر، فيكفي أساسا أن نميز العقد الجديد عن العقد الباطل في تغيير بسيط يميز بين العقدين بحيث يمكن أن يشترك العقدين في النوع مع اختلاف في المضمون فالعقد المتغير من حيث المضمون فقط هو عقد آخر، فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتصادي والغاية المطلوبة عن طريق العقد الجديد فإن التحول يكون جائزا.[2]

[1] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 80.

[2] أحمد يسري، المرجع السابق، ص 148.

في هذا الصدد يقول أستاذ أحمد يسري "فالتصرف المتغير من حيث المضمون فقط هو تصرف آخر كذلك فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتصادي المطلوب عن طريق تصرف آخر من نفس الصورة القانونية فإن التحول يكون جائزا".[1]

ومن الأمثلة على تحول العقد من خلال تغيير المضمون دون اختلاف العقد الجديد من حيث الطبيعة القانونية هو أن يتحول عقد مخالف للقانون إلى مضمون آخر صحيح كأن يتحول عقد إيجار قاعة للمؤانسة والذي هو مخالف للآداب العامة إلى عقد ايجار قاعة حفلات موسيقية وهنا العقد يبقى على حاله محتفظا بطبيعته إلا أنه يتم التغيير في مضمون العقد بهدف المحافظة على العقد من البطلان، ومثال على ذلك أيضا عقد إيجار بتأجير قطعة أرض لمدة مئة سنة فهذا عقد باطل وبدل إهدار العقد يتم تحويله إلى عقد ايجار آخر بمدة محددة وأقل ويتم إبقاء على العقد، فلو علما المتعاقدين ببطلان الإيجار لما عقداه أصلا.[2]

يبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم أن الإتجاه الأول القائل باشتراط اختلاف في نوع العقد قد خالف الصواب ومرفوض لأن المشرع لم ينص صراحة على وجوب التغيير في نوع العقد، باعتبار أن التحول في حد ذاته تغيير في مضمون العقد حيث صرحت المحكمة العليا الألمانية بأن "التحول لا يستلزم تغيير التصرف من حيث النوع، حيث يجوز أن يحصل التحول مع مجرد تغيير المضمون فقط".[3]

وأيضا العبرة ليست باختلاف العقدين من حيث النوع، وإنما إذ كانت الصورة القانونية للعقد الجديد تساعد على الحصول على الغاية والنتيجة التي قصدها المتعاقدين.[4]

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 129.

[2] بن علي عبد النور، إنقاذ العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون المدني وتأمينات، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، الجزائر، 2022، ص 152.

[3] أحمد سلامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 101.

[4] إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 121.

كذلك اشتراط مثل هذا الشرط يقلل من حالات إعمال التحول ويضيِّق من نطاق تطبيق نظام التحول مما يتنافى مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية، حيث أن التحول يقلل من حالات البطلان وتزايد عدد العقود الباطلة المستمرة والذي كان من الممكن أن تكون بلا أثر.[1]

ما يمكن استخلاصه أنه من الضروري أن يكون العقد الآخر الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل من طبيعة قانونية مختلفة عن العقد الباطل الأصلي، وإذا كانت النصوص القانونية التي عالجت هذه النظرية لم تشير صراحة بذلك، لكن يمكن استخلاص ذلك منها، والاعتقاد بتحقيق التحول بمجرد تغيير المضمون غير صائبة وذلك لأن العقد المتغير من حيث المضمون ليس عقد آخر، فعقد الكراء المؤبد الذي يقع باطلا لا يمكن أن يتحول إلى عقد كراء مؤقت إذ أنه يعد انقاصًا لا تحولاً، من خلال إنقاص المدة الزائدة إلى الحد المسموح قانونا الأمر الذي يجعله يدخل ضمن نظام الإنقاص وليس التحول والعبرة بتحقيق الغرض الاقتصادي وإرادة الطرفين من العقد والتي أخفق العقد الباطل في تجسيدها.

2. أركان وعناصر العقد الجديد:

سبق وأن عرفنا أنه من شروط التحول موافقة العقد الأصلي باطل عناصر عقد آخر صحيح الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 105 من القانون المدني صراحة "وتوفرت فيه أركان عقد آخر ... باعتبار العقد الذي توفرت أركانه".

معنى ذلك أن توافق عناصر العقد الباطل عناصر العقد الجديد، إلا أن الفقه اختلفوا في طبيعة الموافقة هل يقصد بها الإحتواء أي أن العقد الباطل يجب أن يحتوي على عناصر العقد الجديد تعني التوافق؟ وذهبوا في ذلك إلى اتجاهين.

1.2. فيرى الإتجاه الأول أن المقصود بالتوافق ليس الاحتواء بمعنى أن واقعة العقد الأصلي لا يلزم أن تشبه من كافة الوجوه واقعة العقد الجديد، حتى ولا أن يكون

[1] علي عبد النور، المرجع السابق، ص 153.

العقد الجديد متضمنا على وجه كامل في الأصلي الباطل، فالتوافق معناه رابطة تقوم بين العقدين يجب جعلها موضع إعتبار، وتوصيف هذه الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض والغاية التي قصدها المتعاقدان.[1]

2.2. بمقابل يرى الاتجاه الثاني إلى القول بأن المقصود بالتوافق هو الإحتواء وأنه لا يوجد أي فارق موضوعي بينهما بمعنى أن العقد الباطل يجب أن يحتوي في واقعته العناصر القانونية المكونة للعقد الجديد، يجب أن يحتويها في ذاتها أي يجب أن تكون عناصر العقد الجديد هي نفسها عناصر العقد الأصلي ومنه إذ تخلف أحد عناصره لا يجوز استكماله بغية تحويله لأننا سوف نصطدم بنظام آخر غير التحول.[2]

ولعل الرأي الراجح هو الأخذ بالإتجاه الذي يذهب إلى توافر أركان العقد الجديد لا يعني بأي حال احتوائها ضمن العقد الأصلي الباطل لأن ذلك سيؤدى إلى زيادة حالات التحول وعلى العكس فإن مدلول الاحتواء سيؤدي إلى التقليل من عملية التحول وعدم الاستفادة منه إلا في نطاق ضيق.[3]

الفرع الثاني: الشروط الذاتية لتحول العقد.

اعتمد المشرع الجزائري إضافة إلى الشروط الموضوعية شرط آخر جوهري الذي هو الشرط الذاتي المتمثل في النية اللازمة للأعمال نظام التحول التي جاء النص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري "... إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ..." فقد اختلف شراح القانون ونظرياتهم حول مدى تأثير إرادة المتعاقدين في إعمال

[1] إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 123.

[2] لرجم يمينة، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص71.

[3] أحمد يسري، المرجع السابق، ص 102.

التحول في مواقف مختلفة حيث هناك من يرى أنها إرادة احتمالية (أولا) منهم من يعتد بالإرادة الإحتياطية ومنهم من يبني التحول على الإرادة الافتراضية (ثانيا).

أولا: الإرادة الاحتمالية:

يرى جانب من الفقه والذي يأخذ بالمعيار الذاتي كأساس لترتيب آثار العقود، فيجعل إرادة المتعاقدين شرطا هاما لعملية التحول، فلابد أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى عناصر العقد الجديد ولا يشترط لذلك إتجاه الإرادة الحقيقية بل يكتفي بالإرادة المحتملة[1]،

معنى ذلك أنّ إرادة المتعاقدين الحقيقية وإن كانت متجهة إلى العقد الباطل إلا أنهما كانا يريدان العقد الصحيح لو علما ببطلان العقد الأصلي، أما الإرادة الواقعية انصرفت إلى العقد الأصلي وإرادتها المحتملة أو الغاية التى قصدها من التعاقد انصرفت إلى العقد الصحيح[2]، فالمتعاقدان وإن لم يريدا العقد الصحيح إرادة قانونية إلا أنهما أراداه إرادة عملية والإرادة القانونية ما هي إلا وسيلة إلى تحقيق الغرض العملي، فإذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة.[3]

وفي هذا الإطار جاء حكم محكمة النقض المصرية بالقول "تحول العقد الباطل إنما يكون في حالة البطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه ...".[4]

بإضافة إلى رأي الفقيه سالي الذي يبر ذلك بقوله "فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها وقد اختارا لذلك طريقا قانونيا تبين بطلانه، فإن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح، لو

[1] إبراهيم بن عبد الرحمان سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 109.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 632.

[3] أحمد يسري، المرجع السابق، ص 171، 172.

[4] محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 315.

أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذي اختاراه، مادام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصداها، فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بإرادة القانونية".[1]

لكن هذا الجانب من الفقه لم يسلم من النقد حيث يرى بعض الفقه أنه من غير المعقول أن تكون إرادة العقد الباطل حقيقية وكذلك إرادة العقد الصحيح حقيقية وإلا كنا بصدد عقدين العقد الأصلي الباطل، والعقد الجديد الذي استحدث بعد تعديل إرادة الطرفين ولا يمكن القول بوجود إرادة أصلية أو حقيقية تقوم إلى جانبها إرادة إحتمالية تتجه إلى العقد الجديد الصحيح الذي تضمنت العقد الباطل.[2]

وهناك أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشرط في التحول أن تنصرف إرادة المتعاقدين احتياطيا إلى العقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل، فلا تكفي الإرادة المحتملة، بل يجب أن يكون المتعاقدان قد توقعا احتمال بطلان العقد الأصلي فتنصرف إرادة المتعاقدين احتياطيا إلى التصرف آخر الصحيح عند تحقق الاحتمال، وبذلك يكون المتعاقدين قد أراد تصرفا باطلا في الأصل، وأراد تصرفا صحيحا على سبيل الإحتياط فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة المحتملة.[3]

إلا أن هذا الرأي منتقد حيث أنه من غير المنطقي أن يكون للمتعاقدين في الوقت ذاته إرادتين حقيقتين، إحداهما تتجه إلى إبرام العقد الأصلي الذي يقع باطلا وأخرى اتجهت إلى إبرام العقد الجديد على سبيل الاحتياط ومن خلال ذلك يعلم الشخص أن العقد الذي يريد الارتباط به هو عقد باطل ومع ذلك يقدم عليه ويكون أمام نظام آخر هو تفسير العقد على هذا الأساس لا مجال لقبول بالإرادة الاحتياطية لتحول العقد .[4]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 632.

[2] منتصر علوان كريم، المرجع السابق، ص 279.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ص 637، هامش رقم 3

[4] محمد عمار تراكمية عزال، المرجع السابق، ص 67.

ومن الواضح أن فكرة الإرادة الاحتمالية فكرة مستبعدة الاحتمال لأن القول بها يعني وجود إرادتين عند إبرام التصرف تبقى إحداهما مخفية ولا تظهر إلا إذا ثبت بطلان التصرف الأصلي بإضافة إلى أن ذلك يشير بتوافر العلم ببطلان لدى المتعاقدين أثناء إبرام التصرف الباطل وهو أمر لا يمكن قبوله.[1]

ثانيا: الإرادة الافتراضية.

وعلى عكس الإتجاه الأول الذي يرى بأن الإدارة اللازمة لتحول العقد هي الإرادة الاحتمالية، يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإرادة اللازمة لتحول العقد هي إرادة إفتراضية ويعني ذلك أن الإرادة غير حقيقة تقوم على أساس الافتراض أو التصور.[2]

هذه الإرادة منسوبة إلى القاضي الذي يفصل في النزاع، وذلك بأن يفترض بأن نية المتعاقدين كانت نتيجة إلى العقد الجديد الصحيح من خلال نية تصورية غير حقيقية ترمي إلى تحقيق الهدف الاقتصادي المقصود من التعاقد، يقوم القاضي باكتشافها مسترشدا بالظروف التي صاحبت التعاقد والغرض منه وعليه فإن الأمر يدور حول إنشاء نية كانت تكون للطرفين وقت إبرام العقد الباطل حتى ولو أنهما لم يفكرا إطلاقا في أي عقد آخر.[3]

وعلى هذا الأساس فليس هناك إلا إرادة حقيقية واحدة هي إرادة المتعاقدين، والتي اتجهت إلى العقد الباطل، أما الإرادة المطلوبة لإعمال نظام تحول العقد فهي إرادة تقوم على الافتراض وهي إرادة غير موجودة أصلا.[4]

---

[1] منتصر علوان كريم، المرجع السابق، ص 298.

[2] نريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016/ 2017، ص 92.

[3] رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 94.

[4] نريمان خمار، المرجع السابق، ص 93.

نستخلص مما سبق في مفهوم الإرادة الإفتراضية أنها أقرب إلى الدقة وتتماشى مع العرض الذي قصده المشرع الجزائري في المادة 105 من القانون المدني الجزائري، حيث الإرادة المقصودة هنا هي إرادة غير حقيقية يتصور القاضي وجودها عند إبرام التصرف.

ويقوم باكتشافها مسترشدا بالظروف التي صاحبت التعاقد والغرض منه والاستعانه بأية وسيلة تمكنه من استخلاص هذه النية.

إلا أن الصحيح من كل ما سبق أن هناك إرادتين، إرادة حقيقية وهي التي انصرفت إلى العقد الباطل وإرادة إفتراضية أو الغاية التي يقصدها المتعاقدان أو الغرض الاقتصادي وهي الغاية التي من أجلها وجدت نظرية التحول، وهي إرادة من صنع القضاء هو الذي يفترض وجودها الأمر الذي يسهم في إنقاذ العقود من البطلان.

ومتى توافرت شروط التحول السالفة شرحها، يتم تحويل العقد الباطل إلى عقد جديد وعليه يترتب على هذا الأخير جميع الآثار القانونية وهو ما نبحثه من خلال عرض أثار تحول العقد في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: آثار تحول العقد.

بعد أن عرضنا الشروط اللازمة لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح جديد وأنه متى استوفت هذه الشروط فإن العقد الجديد يكسب القوة التي تمكنه من ترتيب آثار، وآثار التحول تختلف تبعا للاختلافات التي يقوم عليها العقد، فنجد في القوانين الوضعية أنّ إرادة المتعاقدين كما أن لها الحرية فى إنشاء العقود لها الحرية أيضا في الآثار التي تترتب على العقد، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون، بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه ما لم يكن مشتملا على شيء يخالف النظام العام والآداب العامة ويكون ذلك بمعرفة كيفية سريان هذه الأثار من حيث الزمان، وهل أن هذا الأثر يتحقق بشكل رجعي في (الفرع الأول) وكذلك الأشخاص الذين يسري عليهم أثر ذلك العقد الصحيح في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار تحول العقد من حيث الزمان.

ينتج تحول العقد أثاره من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح وذلك إعمالا الأثر الرجعي حسب نص المادة 103 من القانون المدني الذي ينص على أنه "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد"[1]، ولكن هذه القاعدة هل تطبق على العقود الفورية والعقود المستمرة على حد سواء أم لا؟

للإجابة على هذا السؤال سنعرض فيما يلي سريان آثار تحول العقد في العقود الفورية (أولا) وسريان أثار تحول العقد في العقود الزمنية (ثانيا)

أولا: سريان آثار تحول العقد في العقود الفورية.

إن العقد الجديد المتحول إليه بعد بطلان العقد الأصلي يحمل تاريخ العقد الأصلي، بمعنى أن التحول ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر الحال في هذا الصدد يقول أستاذ أحمد يسري "والواقع أن تحول التصرف المراد أصلا وبعبارة أخرى فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعي ليس بأثر الحال، وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن التحول يتم بصفة عامة بأثر رجعي".[2]

يتفق أغلب الفقهاء بأن الإرادة التي يستند إليها القاضي للحكم بتحول العقد هي إرادة افتراضية، حيث يفترض القاضي أن إرادة المتعاقدين كانت حتما تتجه إلى إبرام العقد الجديد الصحيح المتضمن في العقد الباطل لو وصل إلى علمهما بطلان العقد الأصلي والعمل خلال ذلك يؤكد فرضية إقدام المتعاقدين على إبرام العقد رغم العلم ببطلانه وهو أمر مستبعد.[3]

---

[1] عكاش ريم، نبيل مالكية، تحول عقد الوقف بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 08، جامعة خنشلة، الجزائر، 2023، ص 919.

[2] أحمد يسري، المرجع السابق، ص 209.

[3] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 244.

وبناءا عليه فإن تحول العقد ينتج أثاره بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان وهذا ما أكدته المادة 105 من القانون المدني "فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

وما يمكن استخلاصه من نص المادة أنّ أثار تحول العقد من حيث الزمان إنما تتم بأثر رجعي إلى وقت حصول البطلان بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط افتراض أن المتعاقدين سيرتبطان بالعقد الصحيح لو علما بالبطلان.[1]

ثانيا: سريان آثار تحول العقد في العقود الزمنية.

إذا كانت قاعدة سريان الأثر الرجعي للعقد المتحول في العقود الفورية لا تثير أي إشكال، إلا أنها بالنسبة للعقود الزمنية هناك اختلاف بشأنها بين الفقهاء

فهناك من يرى بأن التحول لا يمكن أن ينتج أثره بشكل رجعي بالنسبة للعقود الزمنية بل يتم بأثر الحال حيث ظهر هذا الرأي حديثا، حيث أكد الفقيه الفرنسي (ليبنسكي) أن تحول العقد في العقود الزمنية لا يمكن الرجوع عنها وقلبها، مثال على ذلك عقد العمل الذي هو من العقود الزمنية لا يمكن استرجاع الالتزامات التي يتم تنفيذها بموجب دعوى لاسترجاع، ففي هذه الحالة يكون تأثير البطلان لا يصوغ له محو الماضي وتجاهله، ويقول في ذلك "إن البطلان ينتج أثره بالنسبة للمستقبل بنظرية الظاهرة التي اعتمدها الفقهاء بالنسبة لمثل هذه العقود والأوضاع الناتجة عنها، فهو يقر ضمنيا بأن تحول العقد يمكن أن ينتج أثره بالنسبة للمستقبل وليس بأثر رجعي، نظرا لصعوبة القول بانتفاء الأوضاع التي تترتب على تنفيذ العقد أو جزء منه.[2]

ففي هذه العقود يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها لأنه هو الذي يحدد محل المعقود عليه، لهذا إذ نفذ هذا العقد مدة معينة مثل عقد الإيجار أو عقد العمل ثم أبطل فإن هذا البطلان لا

[1] حمد خاطر نوري، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، دراسة في القانون المدني العراقي والمقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق السياسية، جامعة بغداد، العراق، 1986، ص 9.

[2] Lipinski (Pascal), La conversion des actes juridiques, ouvrage précité, 2002, P 1178.

يمكن أن يرتب أثاره بشكل رجعي لأن الزمن إذ مظي لا يعود وما يتم تنفيذه لا يمكن استرداده أو محوه باعتباره كأن لم يكن.[1]

لكن من الراجح القول أن تحول العقد في مثل هذه العقود إنما يحدث أثاره بشكل رجعي من حيث الزمان إلى وقت حصول البطلان و هو وقت إبرام العقد وليس من تاريخ الحكم به، لأن القول بغير ذلك يعتبر أن العقد الباطل قد أنتج آثارا قانونية صحيحة وهو غير منطقي لأن الأثار لا يمكن أن تنتج من عدم والعقد الباطل ليس له أن ينتج أثر قانوني، ومثال على ذلك عقد الإيجار المؤبد الذي يعد باطلا والذي يمكن أن يتحول إلى عقد إيجار مؤقت وعليه فإن هذا العقد الصحيح يسري بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد الأصلي الباطل (الإيجار المؤبد) ومن ثم فلا مجال للقول إن تحول ينتج أثاره بشكل حال ومستقبلي.[2]

وعلى نقيض هذه الآراء السابقة يرى جانب آخر من الفقه أن هناك مبدأ عام يطبق بخصوص أثار تحول العقد من حيث الزمان تقضي أن تحول العقد ينتج أثاره بشكل رجعي دائما، وفي جميع الأحوال سواء كان العقد فوريا أو عقدا زمنيا حتى وإن كانت هناك ثمة صعوبات تظهر بشأن رجعية الأثر بالنسبة للبطلان.[3]

إلا أن هذا الاتجاه غير مسلم به في عقود المدة أو الزمنية التي يعمل التحول بنسبة لها بأثر الحال لأن البطلان يعمل فيها بأثر الحال كذلك لا يكون إستثناء من تلك القاعدة، لأن الطبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن فيها باعتباره الركن الأساسي في الوفاء بالالتزامات تجعل الأثر الرجعي للبطلان من الصعب تصوره حيث أن رد هذه الالتزامات الموفاة يكون متعذرا بسبب سريان الزمن، إن لم يكن مستحيلا.[4]

---

[1] توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 200.

[2] خمار ناريمان، حورية لشهب، آثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد 25، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جانفي 2021، ص 214.

[3] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370.

[4] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 243، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370.

الفرع الثاني: آثار تحول العقد من حيث الأشخاص.

العقد هو ناتج المتحصل عن ارتباط إرادتين تهدفان إلى إنتاج أثار قانونية بينهما وذلك لكي يحقق كل من المتعاقدين الهدف والغاية الاقتصادية متى نشأ هذا العقد من تطبيق نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر لاسيما أن هذا أخير له أثار تسري بحق طرفيه ابتداء كما يسري في حق الغير كذلك، ومن أجل ذلك نتناول سريان الأثار بحق طرفي العلاقة العقدية (أولا) وسريان الأثار في حق الغير (ثانيا).

أولا: سريان آثار تحول العقد بحق المتعاقدين.

طالما سلمنا بوجود عقد آخر صحيح الذي ظهر إلى الوجود فيصبح له وجود قانوني وهذا يعني أن العقد قد أوجد إلتزامات متبادلة في جانب كل طرف من طرفي العلاقة التعاقدية ومن تم لابد لكل طرف من هؤلاء تنفيذ الالتزامات طبقا لمبدأ حسن النية[1] في تنفيذ العقود من الالتزام بالنزاهة والتعاون، فالأول يقضي أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل من تنفيذ التزام صعبا أو مستحيلا، أما الثاني فيقتضى باطلاع المتقاعد الآخر على كل المستجدات التي تتعلق بتنفيذ العقد وذلك طبقا للمادة 107 ق.م التي تنص "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".[2]

وتعد الآثار التي تنتج عن اعمال نظام التحول سارية في حق الأطراف العلاقة العقدية بدرجة الأولى والذي لا يطرأ أي تغير على صفاتهم الأصلية التي كانوا يحملونها في العقد الأصلي الباطل بحيث أن التحول لا يصوغ له تغيير فى صفة الأطراف، بمعنى أن التحول حتى ينتج أثاره من خلال انقاذ العقد وجب أن لا يتم التغير في أطراف العلاقة العقدية، وذلك

[1] مبدأ حسن النية، يقتضي الإخلاص والأمانة في تنفيذ العقد بين أطراف العلاقة التعاقدية وهذا المبدأ يفرض التعاون الذي يساعد على تنفيذ الالتزام، عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007، ص84.

[2] عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وجذورها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008، ص 12.

حالة إدخال طرف جديد في العلاقة التعاقدية هنا يمتنع تحول العقد[1]. حيث جاء فى قرار محكمة النقض المصرية "تحول العقد يكون ممتنعا إذ كان يستلزم إدخال متعاقد جديد ليعقد العقد".[2]

ومن جهة أخرى أن العقد الصحيح الذي نتج عن إعمال نظام التحول يرتب آثاره بدرجة الأولى فى حق المتعاقدين فإنه من جهة ثانية فإن أثار التحول ستنتقل إلى الخلفاء المتعاقدين كالورثة والمرضى لهم بموجب التركة باعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام[3]، وهذا ما يبدو بوضوح فى قرار محكمة الإستئناف ببيروت التي جاء فى حيثياتها "حيث من المقرر أن العقد يعتبر حجة على المورث الذي أبرمه كما يعتبر حجة على الورثة".[4]

ثانيا: سريان آثار تحول العقد بحق الغير.

أصبح من المعروف أن أثار التحول تسري في حق أطرف العقد الباطل الذي تحول إلى عقد صحيح وفي حق خلفهم العام، كذلك تسري هذه الآثار في حق الغير[5] عن العقد كما هو الحال بالنسبة للغير حسن النية، و مثال على ذلك الشركة الباطلة حيث أن الغير حسن النية أن يتمسك بهذه الشركة بعد أن تحولت من شركة باطلة إلى شركة واقعة أي شركة فعلية إذ ما باشرت أعمالها بشكل فعلي[6] وهذا ما يبدو بوضوح في قرار محكمة الكويتية التي جاء في

---

[1] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 246.

[2] ناريمان خمار، تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 199.

[3] أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، إساءة استعمال الحق و القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، ج1، دار الفكر الجامعي، مصر 1998، ص 404.

[4] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 387.

[5] الغير هو الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين وهو ما يسمى بالغير الأجنبي اصلا عن العقد فلا ينصرف إليه أثر العقد مادام بعيدا عن دائرة التعاقد، حيث أن بيع ملك الغير لا يسري في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفا في العقد، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 554.

[6] خمار ناريمان، حورية لشهب، المرجع السابق، ص 218.

حيثياتها "أن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة فعلية سواء كان البطلان نشأ عن تخلف الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة أو أركان الشكلية".[1]

ومن الملاحظ في هذا الصدد أن تحول عقد الشركة الباطلة إلى شركة فعلية واضح امتداد أثره إلى خارج نطاق أطراف عقد الشركة حيث شمل الغير حسن النية الأجنبي الذي تعامل مع هذه الشركة على أساس وجود فعلي، وعليه تحول (العقد الشركة) بعد أن تحول إلى شركة فعلية يجب حماية الغير من أجل استقرار الاقتصادي للعقود.[2]

وخلاصة ما تقدم أن تحول العقد ينتج أثاره بالدرجة الأولى فى حق الأطراف المتعاقدة وتسري في حق الخلف العام، وكذلك تسري في حق الخلف الخاص والغير عن العقد هدف الأساسي في تحول العقد هو إنقاذ العقد من البطلان.

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 388.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 289.

الفصل الثاني:

الإطار الوظيفي لتحول العقد

نشهد اليوم الدور الكبير الذي أصبح يلعبه القضاء في مادة العقود، فدوره لم يعد يقتصر على النطق بأحكام المساعدة على إحترام العلاقات التعاقدية وعلى حسن تنفيذها بل تجاوز ذلك إلى تكوين العقود، فتدخل المشرع لتحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح، والسعي نحو تجنب البطلان وضمان الاستقرار التعاقدي من خلال الدور الأساسي الموكل له عند تطبيق آلية تحول العقد، وعليه نعرض دور القاضي في نطاق تحول العقد (المبحث الأول) وتطبيقات تحول العقد في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دور القضاء في نطاق تحول العقد.

القاضي له دورا مهما وفعالا في تحول العقد حيث تعد المادة 105 من القانون المدني الجزائري أساسا قانونيا عاما وإحالة صريحة من المشرع للقاضي، حيث يعتد بهذه الوسيلة لتجنب البطلان، ورغم ذلك لا ينحصر مجال تدخل القاضي عند التصريح بكل حالة توفرت فيها شروط هذا النص بل كذلك بمعانية الحالات التشريعية المنصوص عليها قانونا وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى سلطة القاضي في تطبيق تحول العقد (المطلب الأول) ومجال تدخل القضاء في نطاق تحول العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تطبيق تحول العقد.

سوف نتطرق في هذا المطلب بداية إلى سلطة القاضي في تحول العقد الكاشفة (الفرع الأول) وبعدها سلطة القاضي في تحول العقد المنشئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحول نظام العقد (سلطة كاشفة).

إن مجال تدخل القاضي في نظام تحول العقد يضيق ويتسع تبعا للمعيار المعتمد من قبل التشريعات القانونية التي تبنت نظرية تحول العقد، في الأنظمة القانونية التي تتبنى المعيار الذاتي في تحول العقد تشترط البحث على الإرادة المحتملة واتجاه نيتها إلى العقد الجديد يكون

هنا دور القاضي ضيقا ومحصورا في الكشف[1] عن التحول وتحقق من استكمال شروطه وعند ذلك يفرض التحول على القاضي وعلى الطرفين فالقاضي هنا لا يبعث في التصرف الحياة وإنما يكشف عن هذه الحياة.[2]

عليه فالقاضي يتأكد من توافر عناصر العقد الصحيح في العقد الباطل وليس بالعقد القديم أي شرط يحول دون التحول وعندئذ يفرض القاضي التصرف الجديد على الطرفين تطبيقا لإرادتهما المشتركة، وبذلك فإن القاضي لا ينشىء عقدا جديدا[3]، بل يكشف عن عقد قائم بذاته متخفي في ثوب العقد القديم وبذلك تعتبر شروط التحول قيودا على القاضي القصد منها الحد من إطلاق سلطته التقديرية.[4]

وعليه فدور القاضي ليس الأنشاء بل الكشف والتفسير ثم القيام بتحويل العقد مستعينا بالهدف الاقتصادي[5] ومدى توفر العناصر القانونية للعقد الجديد في العقد الباطل، وهو من واجباته القانونية، فلا يملك القاضي إنشاء عقد جديد خارج نطاق العقد الأصلي والتأكد من انصراف النية الافتراضية لمتعاقدين للارتباط بالعقد الجديد لو أنها تبين ما بالعقد

الأصلي من أسباب البطلان فهو يسترشد بإرادتها بالذات.[6]

بالمقابل حتى ولو تمسك أحد الأطراف بالبطلان فإن هذا التسمك لا يحول دون سلطة القاضي في تحويل العقد إذ توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون، وبذلك يسهم في عملية صنع العقد من خلال دوره التشريعي المنسجم مع سياسة إنقاذ التصرفات القانونية بصفة

---

[1] يعتبر جانب من الفقه أن سلطة القاضي في نطاق التحول هي سلطة كاشفة له فالتحول حسب هذا الاتجاه لا تستلزم أن يكون القاضي دور إيجابي فيه، ذلك قصد إقراره، حلمي بهجت بدوي، أثار التصرفات الباطلة، المرجع السابق، ص 421.

[2] سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 144.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، المرجع السابق، هامش رقم ص 501.

[4] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 251.

[5] محمد عمار تركمانية عزال، المرجع السابق، ص 66.

[6] سوالم سفيان، المرجع السابق ص 144.

عامة والعقود بصفة خاصة أو في الحالات الخاصة التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والتي يكون فيها التحول بقوة القانون.[1]

وبمعنى أن القاضي غير ملزم بالتأكد من تحقق من الشروط المنصوص عليها بل يقوم بتحويل العقد مباشرة إذ لا يمكن تفضيل إرادة الأطراف على حساب المشرع فالتحول الذي نص عليه لا يمكن استبعاده حتى وإن تبين اتجاه إرادة الأطراف إلى شكل قانوني معين دون غيره.[2]

ومن مزايا إقصاء دور الإرادة في عملية إتاحة فرصة أكبر للعقد الباطل ليتعايش في إطار عقد جديد يحقق المنفعة منه ويساهم في المحافظة على استقرار العلاقات العقدية وإقصاء إرادة الأطراف من شأنه أيضا أن يساهم في تفادي تعطيل عمل القاضي عند الحكم بالتحول.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحول العقد (سلطة منشئة).

يرى بعض الفقه أن دور القاضي يتجاوز دور الكاشف إلى حد إنشاء[3] وهاجسه في ذلك بالتأكيد ليس مصادرة إرادة أطراف العلاقة التعاقدية بقدر مساعدتهم في تحقيق الغايات الاقتصادية التى بات من المتعذر تحقيقها بغير الدور المنشىء الذي يمارسه القاضي، وذلك من خلال افتراضه ما كانت ستتجه إليه إرادة الأطراف لو تبينا البطلان قبل ارتباطهما بالعقد محل النزاع.[4]

وبناءا عليه فإن المشرع إنما أنشأ ما يعرف اليوم بالعقود المسماة لترتيب آثار كل عقد بناء على المسمى الذي أعطاه إياه العقد، فيسمى عقد البيع بهذا الاسم لأن أثره الأصلى هو نقل الملكية بعوض فى حين سمى العقد الذي ينقل الملكية بلا عوض بالهبة فإن تمسك أحد

---

[1] محمد عمار تركمانية عزال، المرجع السابق، ص 85.

[2] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 2 ص 245.

[3] الحكم المنشئ على عكس الحكم الكاشف، لا يكشف أو يؤكد على وضع قانوني موجود ولا يلزم الأطراف على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وإنما يخلق وضع قانوني جديد لم يكن موجودا من قبل وأغلب الفقه الحديث ذهب إلى اعتماد هذا التوجه.

[4] علي كاظم الشباني، المرجع السابق ص 15.

أطراف عقد البيع ببطلانه لانعدام ركن الثمن، فإن ذلك لا يسلب القاضى حقه في إعادة توصيف العقد على أنه هبة ومن ثم تحويله على هذا الأساس.[1]

فدور القاضي لا يقف عند حد البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين كما هو الحال بالنسبة لتفسير العقد، وإنما يتعدى ذلك إلى البحث عن النية الاحتمالية للأطراف المتعاقدة وهو جوهر العمل القضائي في نظرية تحول العقد.[2]

فعلى سبيل المثال اشتراط انعدام الأجر في عقد العمل فإن هذا الشرط لا يسمح بإمكانية إنقاص العقد بل يبطل العقد لانعدام ركن الأجر، غير أنه يمكن للقاضي أن يحوله إلى عقد تبرع إذ تبين للقاضي أن إرادة الأطراف المتعاقدة قصدت العمل المجاني، أو كما يرى البعض بعقود التفضيل.[3]

ومن الواضح أن المشرع عند تبني نظرية تحول العقد يطلق سلطته في التحري عن نية المتعاقدين من خلال معطيات الدعوى من أجل الوقوف على المراد الحقيقي من التصرف بغض النظر عن تسمية الأطراف.[4]

لكن الفقيه سالي يناقض هذا الدور الإنشائي للقاضي إذ يرى أن القاضي بذلك يخلق تصرف شأنه شأن المشرع في خلق القاعدة القانونية، والمفروض أن القاضي المدني له دور سلبي محايد، فالقاضي في نظر سالي يساهم في تكوين العقد بإضافة إرادته إلى إرادة

[1] عبد الحكيم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء النقض، ج1، المجلد 1، ط1، دار الفكر والقانون، مصر، 1999، ص 253.

[2] محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق ص 87.

[3] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق ص 654.

[4] محمد عمار تركمانية عزال، المرجع السابق، ص 76.

المتعاقدين بل أنه يحل إرادته محل إرادتهما فيكون لهما تصرفًا، بدل التصرف الأصلي الباطل.[1]

لكن هذا التحليل كان محل انتقاد، لأن دور الذي يقوم به القاضي أولا هو تفسير العقد، ومن ثم الكشف عن النية المشتركة المحتملة للطرفين، بالوقوف على الغرض الاقتصادي دون الغرض القانوني، فالغرض القانوني مجرد شكل لتحقيق الغرض الاقتصادي، فلا يهم المتعاقد أن يصل إلى غرضه بعقد البيع أو الإيجار المهم أن يتحقق الهدف الاقتصادي أيا كانت الطبيعة القانونية للتصرف، فإن كانت الوسيلة الأولى باطلة فلا مانع من تواجد وسيلة قانونية أخرى المهم تحقيق الغرض الذي يرمي إليه الطرفان.[2]

وما يمكن استنتاجه أن دور القاضي في تحول العقد هو دور خاص، ليس كاشف له فقط وفي نفس الوقت لا يرقى إلى تدخل القاضي في تعديل العقود وذلك بإعتبار أن سلطة القاضي إتجاه هذه النظرية من بين السلطة المخولة له في موضوع البطلان، فدوره إيجابي ويتجلي في تدخل في حالتين أولهما في تقرير البطلان، ثم للأعمال التحول وذلك بحلوله محل المتعاقدين وذلك بتحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح في حال تبين أن الإرادة الافتراضية للمتعاقدين كانت ستتجه إلى العقد الجديد لو علموا ببطلان العقد الأول، وهذا الدور يمارسه طبقا للنصوص القانونية المنظمة لهذه النظرية وهو مقيد بها وأن ذلك التقييد بقدر ما يعنى احترامها، فإن ذلك يعني أيضا عدم إعمالها والالتجاء إلى تطبيق غيرها.

وأخيرا فإنه من الواضح أن الأنظمة التي تتبنى صراحة نظرية تحول العقد، أن للقاضي سلطة واسعة في تقرير التحول، فدوره هنا لا يقف عند البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وإنما يتجاوز في ذلك إلى البحث عن النية الاحتمالية للأطراف المتعاقدة، وهو جوهر العمل

[1] عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، الإجرائي والموضوعي، البطلان في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 467.

[2] أمال سليم، تحول العقد في القانون المدني، رسالة الماجستير في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2005، ص 60.

القضائي في تحول العقد، حتى ولو توصل من خلال ذلك إلى تسمية التصرف تسمية تخالف التي أطلقها المتعاقدان وحتى ولو تمسك أحد الأطراف بالبطلان، كما له القيام بذلك من تلقاء نفسه.[1]

المطلب الثاني: مجال تدخل القضاء في نطاق تحول العقد.

إن استقرار العلاقات التعاقدية تحتم على القاضي أن يلعب دورًا نشطا وفعالا عند تفعيله لنظرية تحول العقد، فدوره العام يساعد على إنقاذ العقد الباطل بإدماجه من جديد في الواقع القانوني، وقد يثار التحول من طرف القاضي تلقائيا، ففي هذه الحالة إذا كان القاضي غير مكلف بتقديم الإثبات، فإنه ملزم بتعليل تطبيق التحول وشروطه، وقد يثار التحول من أحد أطراف حالة نزاع حول العقد، وقد يثار التحول في شكل دفع كأن يطالب المدعي ببطلان العقد أو إبطاله، وعليه يجب معرفة المكلف بتقديم الحجج والأدلة المؤيدة لإدعائه أو معرفة من يقع عليه عبء الاثبات ومعرفة دور القاضي في تطبيق تحول العقد لذلك سنعرض في هذا المطلب إثبات تحول العقد (الفرع الأول) ودور القاضي في تطبيق تحول العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات تحول العقد.

بالنسبة لعبء الإثبات[2] تقضى القواعد العامة بأن البينة على من اِدعي وهذا ما يستدعي الوقوف على الحالات التي يثار فيها عبء الإثبات في التحول.

فقد اختلف الفقه وتباينت أراده حول مسألة الإثبات في تحول العقد، فيرى بعض الفقه أن عبء الإثبات لا يقع على أي طرف من أطراف العقد الباطل، بل أنا القاضي هو الذي يتولى

[1] محمد عزال تركمانية، المرجع السابق، ص 79.

[2] يقصد عبء الإثبات تحديد الخصم الذي يجب عليه إثبات الواقعة المتنازع بشأنها، فعبء الإثبات هو إلزام أحد الخصمين بإقامة الحجة على ما يدعيه وإلا حكم لخصمه، زوزو هدى، عبء الإثبات، رسالة الماجستير، جامعة بسكرة، الجزائر، غير منشورة، 2005، ص 81، وفي المادة 323 ق.م.ج نصت "على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه".

عملية إجراء التحول من تلقاء نفسه طالما أن ما تحول العقد يقع بقوة القانون.[1]

فقد يثار التحول من طرف القاضي تلقائيا دون طلب من الأطراف أو أحدهم، ذلك أنه عندما يقرر بطلان العقد أو يقضي بإبطاله ثم يكشف أنه يتوفر على عناصر عقد آخر جديد فإن القاضي يبادر إلى تحويل عقد الذي يفرض عليه كما يفرض على الأطراف وفي هذه الحالة، فإنه وإن كان القاضي غير مكلف بتقديم الاثبات، فإنه ملزم بتعليل تطبيق التحول أي توفر شروطه وإلا تعرض حكمه للطعن بإثبات عدم توفرها أو إثبات وجود إرادة معاكسة لتحول.[2]

ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون، فمن واجب القاضي مراعاة إمكانية التحول في الدعوى من تلقاء نفسه، والطرف الذي يتمسك بالتحول لا يتحمل عبء الاثبات وجود شروطه.[3]

ولكن هناك من ينفي إمكانية أن يعمل القاضي التحول من تلقاء نفسه ويحتج لذلك بأن التحول إنما يخدم في المحل الأول حاجة المتعاقد ولذلك فإن اعماله ضد إرادة ذلك الذي كان من الواجب أن يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض.[4]

ويرى بعض الفقهاء أن عبء الإثبات إنما يقع بدرجة الأساس على عاتق الطرف الذي يتمسك بتحول العقد، ولازم عليه ضرورة إقناع القاضي دائما بتوفر شروطه.

ويحتج بذلك أنه على طرفي العلاقة التعاقدية أن يقدما للقاضي مادة حكمه ويجب أن يطبقا أمامه الوقائع التي ينتج عنها أن التحول يكون له مجال في الدعوى.[5]

---

[1] بن علي عبد النور، المرجع السابق، ص 172.

[2] عبد اللطيف فاكير، المرجع السابق، ص 91.

[3] أحمد يسري، المرجع السابق، ص 210.

[4] بن علي عبد النور، المرجع السابق، ص 173.

[5] إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 137.

ومما لا شك فيه أن القواعد العامة تقضي بأن الإثبات ينصب على المصادر المنشئة للحق لا للحق المدعى به نفسه ونعلم أن تلك المصادر لا تخرج عن أن تكون التصرفات قانونية أو واقعة قانونية مما يستلزم أن الاثبات على أحدهما، شريطة أن يكون محل نزاع، محددا متعلقا بالحق المتنازع فيه.[1]

ويقول في ذلك الأستاذ الحبيب الدقاق أنه "لتطبيق حكم هذه القواعد على التحول، توصل إلى أن الإثبات لا ينصب على التحول في ذاته باعتباره حق مدعى به، بل على المصادر المنشأة لتحول، وهي ليست شيئا آخر غير شروط تطبيقه.[2]

ولكن هناك اتجاه آخر يرى أن المرعي بالتحول لا يكون ملزما باثبات شروطه بل إن من يدعي عدم توفر شروطه هو الذي يلزم بإثبات ذلك.[3]

هذا بالنسبة للأطراف أما بالنسبة للغير فإنهم يمكنهم اثبات التحول أو توفر شروطه بجميع وسائل الإثبات دون مراعاة التشدد الذي تفرضه القواعد السابقة ذكرها بالنسبة للأطراف، وكل هذا يدفعنا إلى التساؤل إلى دور القاضي وكيفية تطبيق تحول العقد؟

الفرع الثاني: دور القاضي في تطبيق تحول العقد.

أشارت المادة 105 من ق.م إلى إلزام القاضي بالبحث عن الإرادة التي هو مجبر على احترامها والتي تعتبر الأساس التعاقدي في مرحلة تكوين العقد في إطار النظرية التقليدية، لكن بتكريس آلية التحول أصبح القاضي أكثر تحررا من قيود الإرادة بل وتتجاوزها عند تطبيق وذلك بإعتماد على الهدف الاقتصادي للعقد وبذلك يقوم بخلق عقد جديد مكان العقد الباطل الأصلي.

---

[1] إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة المحمدية، المملكة المغربي' 2017، ص 20.

[2] الحبيب الدقاق، تحول التصرفات القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصاد والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المملكة المغربية، 1996، ص 239.

[3] أحمد يسري، المرجع السابق، ص 210.

ومن هنا نقف عند أهمية الدور الذي أصبح يلعبه القاضي الذي أصبح أكثر فاعلية وإيجابية عند تكوين العقد حيث أن العقد لم يعد نتاج عمل الأطراف بل أصبح من عمل القاضي وهذا الدور الخلاق قد منح حديثا للقاضي.

وعليه يجب على فقه القضاء إدخال فعالية أكبر على آلية التحول لبلوغ الغاية المنشودة وهي إستقرار المعاملات لكن لا يجب أن يبقى حبرا على ورق بل يجب على القاضي أن يكشف عن هذه الآلية ومميزاتها وأهميتها، وأن يسعى لتطبيقها حتى يشعل الدور الفاعل الذي تؤمنه له.[1]

وبالرجوع إلى العمل التطبيقى القضائي نجد أنّ القاضي من خلال أحكامه وقراراته هناك نوع من التناقض فيها يتبادر إلى الذهن إلى عدم الفهم الرزين لآلية التحول بالنسبة للقاضي الجزائري وإلا كيف نفسر التناقض في الأحكام والقرارات القضائية رغم أن المواد القانونية التي تنص على التحول واضحة وصريحة.

حيث توضح القرارات التالية ذلك، يقضى قرار المحكمة العليا رقم 73453 أنه "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".[2]

وقضى "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية".

وقضت المحكمة العليا فى قرارها رقم 371 45 أنه "إن المجلس تجاوز حدوده فى ذلك بإعتبار عقد الهبة وصية وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية، كما ذكر ذلك الشيخ

[1] Gout olivier, Le juge et l'annulation du contrat, thèse université de droit d'économie et des sciences d'aix-Marseille, PUAM, 1999, P 32, n° 19.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 53 734 الصادر في 1999/03/16، عن حسن طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقض المصرية في مسائل (الزواج، وانحلاله، الخطبة، الطلاق، التبرعات)، دار الخلدونية، الجزائر، 2015، ص 82.

الخليل في الجزء الرابع الصفحة 92 وما بعدها بقوله "لا يجوز وصية الزوج لزوجته" ولهذا فإن قضاه الموضوع خالفوا قواعد الشريعة الإسلامية ومن ثم يتعين نقض القرار.[1]

وفي نفس السياق قضى مجلس قضاء بسكرة فى قراره رقم 10349 كالآتي "حيث أن محكمة الدرجة الأولى قد جانبت الصواب في حكمها بإلغاء دعوى ابطال عقد الهبة في مرض الموت لعدم التأسيس ... مما يتعين الغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإلغاء عقد الهبة المبرمة من طرف المرحوم مورث المستأنفين والمحرر من طرف الموثق والمشهر لدى المحافظة العقارية بسكرة.[2]

وما قضت به المحكمة العليا في قرار الذي جاء فيه "إن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن هبة المريض مرض الموت يعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح به القانون بعد مخالف القانون".[3]

وفي نفس السياق أنه من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون المادة 204 و185[4] ق. أسرة وأيضا قضت المحكمة العليا فى قرارها رقم 96869 "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية مادة 204 ق.أسرة.[5]

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 45371 المؤرخ في 1987/01/20، عن حسن طاهري، المرجع نفسه، ص 83.

[2] مجلس القضاء، الغرفة العقارية، قرار رقم 10349 بتاريخ 2016/06/10، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2016، ص83.

[3] مجلس القضاء، الغرفة العقارية، قرار رقم 20349 المؤرخ في 2018/09/12، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2018، ص21.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 16058 بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد 2، 1999، ص 22.

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 96869 بتاريخ 2001/02/21، المجلة القضائية 2022، عدد 2، ص60.

يبدو أن قرارات المحكمة السالفة الذكر قد جانبت الصواب عندما قامت بإلغاء عقد الهبة دون تحويله إلى وصية وفقا لمادة 776 من قانون الأسرة وعليه يجب على المحكمة العليا إصدار إجتهادات قضائية خاصة بآلية التحول وتفعيل المادة 105 من قانون المدني، تكون مرجعا قانونيا للقاضي على مستوى المحاكم الابتدائية والمستشارين على مستوى المجالس القضائية ومرجعا أيضا طلاب القانون.

وربما يرجع ذلك إلى عدم الفهم الرّصين لنظرية تحول العقد من طرف القاضي أو من طرف المتعاقدين ونجد أن دور القاضي محتشم في تفعيل هاته الآلية عكس ما كان منتضر منه وإلا ما فائدة من تبني هذه النظرية وإقرارها في تنظيم التشريع الجزائري، الأمر الذي جعلنا لغرض تطبيقات العملية الأكثر تداولا والتي تطرح العديد من الإشكاليات أمام القاضي الجزائري في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: تطبيقات تحول العقد في القانون المدني.

إن تطبيقات تحول العقد كثيرة لا يمكن عدها ولا حصرها في نطاق معين والحالات التي سيتم ذكرها هي الأبرز والأكثر تداولا والتي تطرح العديد من الإشكاليات على المستوى العملي وأمام القاضي الجزائري، ورغبة منا في الإلمام بنظرية تحول العقد سواء من الناحية النظرية أو من الجانب العملي، سنعرض فيما يلى أهم تطبيقات تحول العقد في القانون المدني والمتمثلة في تحول تصرفات مريض مرض الموت (المطلب الأول) وتحول بيع ملك الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية.

اعتبر المشرع الجزائري تصرفات المريض مرض الموت من أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول العقد التي تنص عليها المادة 105 ق.م الجزائري وعليه سنسلط الضوء على مفهوم تصرفات مريض مرض الموت (الفرع الأول) ثم نعرض تحول تصرفات مريض الموت إلى وصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت.

لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت[1]، واكتفى بإيراد حالات خاصة فيه، ولما كان مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية فيكون المرجع لتأصيلة لأحكام الشريعة الإسلامية وعليه سنتطرق إلى تعريف مرض الموت (أولا) ثم شروطه (ثانيا).

[1] يرجع خلو القانون المدني من تعريف مرض الموت إلى عدة أسباب منها أنه من مسائل الأحوال الشخصية التي ترجع فيها الأحكام لشريعة الإسلامية، أن مرض الموت ظهور حق آخر للورثة عند اقتراب أجل المريض، وليس انعدام رضاه، حسني محمود عبد الدائم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 96.

أولا: تعريف مرض الموت.

نظرا لاستحالة إيجاد تعريف مرض الموت، وذلك لضبط أحكامه وفق المنظور القانوني التشريعي، فالقانون المدني يخلو من أي نص يعرفه أو يحدد المقصور منه لذلك كان لابد من الانتقال إلى الفقه الشرعي لتحديد معنى مرض الموت ثم إلى التعريف الفقه القانوني لمرض الموت.

1. تعريف الفقه الشرعي لمرض الموت.

لقد تولى فقهاء الشريعة الإسلامية تعريف مرض الموت، فعرفه الفقه الحنفي أنه "المرض الغالب منه الموت الذي يعجز فيه المريض، رؤية مصالحة، سواء أكان صاحب فراش أو لم يكن".[1]

أما الفقه المالكي يعرفه أنه "ما حكم أهل الطب أنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب".[2]

أما عن المذهب الشافعي "هو المرض الذي لا تتطاول بصاحبه معه الحياة"، وذكر الشافعية أن المرض نوعان، مرض مخوف أي يخاف منه الموت، ومرض غير مخوف أي لا يخاف منه الموت.[3]

أما بالنسبة للحنابلة في تعريف مرض الموت "فهو المرض الذي بكثير حصول الموت منه، وتعتبر في المريض الذي يعلق له أحكام المريض مرض الموت شرطان: أحدهما أن يتصل بمرضه الموت، والثاني أن يكون مخوفا.[4]

---

[1] أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، إسكندرية، مصر، 2011، ص 242، 243.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 313.

[3] أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 244.

[4] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 245.

وانطلاقا من التعاريف الفقهية السالفة الذكر فإن جمهور الفقه الإسلامي يرى أن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقرر أو الموصي مطلقا وبالتالي لا يمكن أن ندلي بأن مرض هو مرض الموت إلا إذا تحققت واقعة الوفاة فعلا.

2. تعريف الفقه القانوني لمرض الموت.

أما عن التعاريف المعاصرة للفقه القانوني فقد عرفه مصطفى الزقا أنه "المرض الذي يعجز الرجل عن أعماله المعتادة وقضاء حاجاته خارج المنزل، كالحرفة والوضيفة والمهنة، ويغلب فيه الهلاك كمرض الإيدز، أو مرض السرطان، و يتصل بالموت بدون أن يستمر سنة كاملة على حاله من غير إزدياد.[1]

واختصر إياد محمد جاد الحق في تعريف مرض الموت قائلا "ما لا يعجب من صدور الموت منه ولو لم يكن غالباً" ويرى آخرون أن مرض الموت الذي يكون من شأنه خلق الشعور باليأس من الحياة ودنو الأجل، ويموت المريض على تلك الحال سبب المرض أو غيره من أسباب أخرى.[2]

أما القضاء الجزائري نجده عرف مرض الموت في القرار رقم 33719 الذي نص كالآتي "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويؤدي إلى الموت ويفقد المتصرف وعيه وتميزه".[3]

ومن التعاريف السابقة يمكن أن نعرف مرض الموت بالمرض الذي يخاف منه الهلاك، غالبا أو المرض المخوف الذي يتصل بالموت أو يغلب فيه الهلاك، ومن ثم الخوف من الهلاك

---

[1] مصطفى أحمد الزقا، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج2، الطبعة السادسة، دار الفكر، دمشق، سورية، 1992، ص 804.

[2] سارة خضر ارشيدات، بيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، تخصص في قانون خاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص 70.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33719 بتاريخ 1984/07/09، مجلة المحكمة العليا، العدد 3، 1990، ص 51.

هو الدافع الذي يحمل المريض على تصرفات تؤدي في الغالب إلى الأضرار بمصلحة الورثة الدائنين.[1]

ثانيا: شروط مرض الموت.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول شروط مرض الموت، فذهب الفقه المالكي إلى إعتماد ثلاث شروط وهو رأي الجمهور أيضا لتحقيق مرض الموت في حين أضاف الفقه الحنفي شرط إضافي آخر لتحقيق مرض الموت وهو مدة سنة، وحددت مجلة الأحكام العدلية مدة مرض الموت بسنة في معرض تعريفات لمرض الموت.[2]

وبما أن الفقه المالكي هو الفقه المعتمد في دولة الجزائر وكذلك فى القضاء الجزائري فإنه من الواجب الاحتكام إلى شروطه والتي نوضحها كالتالي:

1. المريض يعقد عن قضاء مصالحه.

عجز المريض عن قضاء مصالحة العادية التي يستطيع الأصحاء مباشرتها عادة وهذا الشرط قال به الفقه الحنفي، ومثال ذلك ممارسة الأعمال المهنية وقضاء الحوائج اليومية، وليس واجبا أن يكون المريض مرض الموت أن يلزم المريض الفراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه وعلى عكس من ذلك فقد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه ولكن ليس به مرض فلا يعتبر ذلك مرض الموت، فقد يحيل الإنسان إلى سن الشيخوخة تجعله غير قادر على ممارسة الأعمال المألوفة ويحتاج إلى من يعاونه وليس به مرض وإنما بسبب

[1] عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، لتصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة العامة، دار قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 36.

[2] إذ امتد المرض وهو على حاله واحدة دون إزدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرف الصحيح، وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي، عبد العزيز محمود، المرجع السابق، ص 38.

كبر السن والشيخوخة[1] فهذا لا يكون مريضا مرض الموت وتكون تصرفاته في حكم تصرفات الأصحاء.[2]

2. أن يغلب في المرض خوف الموت.

أن يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الهلاك حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولة أعماله العادية مثل مرض الأيدز، لذلك فإن المعيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو معيار شخصي يشمل في اعتقاد لدى المريض بدنو أجله من عدمه.[3]

3. أن يعقب المرض الموت مباشرة.

أن يعقب المرض الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق ومفاد ذلك أن الموت إذ اتصل بالمريض كان التصرف الذي أبرمه قد تم في مرض الموت حتى ولو نشأ الموت عن سبب آخر[4]، ومعنى ذلك أنه لا يشترط في مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حاجته أو أن يؤثر هذا المرض في قواه العقلية أو أهليته.[5]

وهذا ما جاء فى قرار محكمة العليا رقم 33719 شرط الاعتبار المريض مرض الموت، توفر ثلاث صفات. العجز عن العمل، وغلبة الموت من المرض، إنتهاء فعلا بالوفاة وتحديد

---

[1] الشيخوخة لا تعتبر مرض الموت وإنما هي دور من أدوار الطبيعية للحياة وتعتبر تصرفات الشيخ مثل تصرفات الأصحاء ومرض الموت هو المرض الذي يعترى الإنسان سواء شاب أو شيخ وينتهي بالموت ويشعر صاحبه بقرب أجله، إياد محمود جاد الحق، المرجع السابق، ص 520، 521.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، عقد البيع والمقايضة، ط3، المرجع السابق، ص 314، 315.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، التصرفات الفقهية والعقود، ، دار الفكر، دمشق، جمهورية سورية، 1985، ص 612.

[4] محمود زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1991، ص 40.

[5] أنور السلطان، المرجع السابق، ص 437.

هذه النواحي يرجع إلى تقرير الطبيب المختص وما يقرره في نوع المرض الذي يغلب فيه الموت وإلى ظروف الدعوى وتقدير المحكمة.[1]

وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع الجزائري مرض الموت واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن والبينة وشهادة الطبية تعتبر دليلا قويا لا سيما تلك الموقعة من مصالح الطب الشرعي ويعتبر قضاة الموضوع هذه الوسيلة دليلا حاسما في الدعوى وتدعم في مثل هذه الحالات إذ التمس المدعي إجراء التحقيق وغالبا ما يتم ذلك بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفى في آخر أيامه، ويلجأ قضاة الموضوع أيضا إلى القرائن مثل توثيق العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ويشهد بعد الوفاة وتنتقل الملكية نقلا تاما.[2]

ويتم عبء الاثبات على الورثة أن تصرف مورثهم صدر في مرض الموت عملا بنص المادة 776 من قانون المدني الجزائري.[3]

وهو ما اعتمدته قرار المحكمة العليا رقم 17335، إضافة إلى موت الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاءها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها.[4]

الفرع الثاني: تحول تصرف المريض مرض الموت إلى وصية.

رأي المشرع ضرورة الحفاظ على الأوضاع التي استقرت بعد إبرام التصرفات القانونية وأيضا رفع الضرر على ورثة مريض مرض الموت من جراء تصرفاته القانونية الواقعة أثناء

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 33719 المؤرخ في 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص 51.

[2] فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1992، ص 120.

[3] تنص المادة 776 الفترة الثانية من ق.م "وعلى الورثة المتصرف أن يثبتو أن تصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات بجميع طرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذ لم يكن هذا التاريخ ثابت.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 17335 المؤرخ في 1994/01/05 المذكور لدى حسن طاهري، المرجع السابق، ص 120.

مرضه فقد يصدر منه تصرفات قانونية كالبيع والهبة ويلحق بهذا التصرف عيبا بأحد أركانه يجعله في الحقيقة الأمر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت القصد منه التبرع وبتالي يتحول التصرف القانوني مهما كان مسماه إلى وصية وتطبق عليه أحكامها.

حيث نصت المادة 776 ق.م الجزائري التي جاء فيها "كل تصرف قانوني ويصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

ونص في المادة 408 من القانون المدني "إذ باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذ أقره باقي الورثة" وترتيبا عليه سوف نتناول صور تحول تصرفات المريض مرض الموت بالبيع إلى الوصية (أولا) ثم تحول تصرفات المريض مرض الموت بالهبة إلى الوصية (ثانيا).

أولا: تحول تصرف المريض مرض الموت بالبيع إلى الوصية.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 408 ق. المدني الجزائري الآتي: "إذ باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة" حيث وضع تنظيما خاصا لحكم بيع المريض مرض الموت.

تجدر الإشارة أن المشرع عندما نظم المواد المتعلقة بالبيع في مرض الموت وآثار المترتبة على ذلك إنما قصد بيع المريض الذي فيه تبرع ويفترض أن البيع حقيقته هو هبة مستترة وأن المريض لم يقبض الثمن من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري أي بيع بلا ثمن أصلا، لكن هذه الفرضية أو الفرض قابلا لاثبات العكس وقد علق في ذلك الأستاذ أحمد السنهوري قائلا "ولا يقال أن البيع يكون باطلا ويتحول إلى هبة صحيحة بل العقد هبة مكشوفة رأسا".[1]

[1] محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 448.

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون المشتري عاجزا عن دفع الثمن واضحا، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمن صوري والعقد إلا تبرعا، وليس على المشري نقذ هذه القرينة إلا أن يتبث أنه فعلا دفع ثمن المبيع لا يقل عن قيمته فإن لم يستطع أن يثبت أنه دفع ثمنا ما للمريض اعتبر هذا البيع هبة بغير ثمن وكان لها حكم الوصية.[1]

وعلى هذا الأساس فالبيع في مرض الموت إما يكون بثمن لا يقل على قيمة المبيع وفي هذه الحالة يعتبر البيع بيعا صحيحا نافذا في حق الورثة دون الحاجة إلى إجازتهم سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث.[2]

أو بثمن يقل بما لا يتجاوز ثلث التركة فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار ما دفع وكان المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يتجاوز ثلث التركة فإن البيع هذا يكون نافذا في حق الورثة ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث[3] وذلك حسب التفصيل الآتي:

1. تحول بيع فى مرض الموت إلى وصية إلى وارثه.

جاء في المادة 408 الفقرة الأولى من القانون المدني "إذ باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون نافذا إلا إذ أقره باقي الورثة" وعليه فإن البيع مريض الموت لوارثه يكون صحيحا بين العاقدين ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه وأصبح نافذا في

[1] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 220.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 329.

[3] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 456.

حقهم من وقت إبرام التصرف وإذا رفضوه يكون غير نافذ في حقهم ويترتب عليه بطلان العقد.[1]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه "... حيث وبمراجعة القرار المطعون فيه سينتج أن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 408 من القانون المدني التي وضحت أنه إذ باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة".[2]

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا قرارها رقم 116375 الآتي "... ومن المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الورثة، لا يكون نافذا إلا إذ أقره باقي الورثة م 408 ق.م".[3]

لكن قد يحدث أن يقر بعض الورثة التصرف ولا يقره آخرون وفي حال أقره البعض ولم يقر آخرون كان البيع يقبل التجزئة ينفذ البيع في حصص من أقروه من الورثة ولا ينفذ في حصص من لم يقر البيع بالنسبة إلى أنصبتهم ويترتب على ذلك أن يلتزم المشري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقرو البيع أو قيمته".[4]

---

[1] المشرع الجزائري تفادي الخلط بين الإجازة والإقرار، فلفظ الإجازة يعبر به عن التصوير الشرعي، ولا تكون الإجازة إلا من كان طرف في التصرف أما لفظ الإقرار فإنه يعبر عن التصور القانوني والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق إقرار التصرف الاشخاص الذين ينحصر فيهم أرث المتصرف وقت موته، رابح بن غريب، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، د.س.ن، ص361.

[2] خمار ناريمان، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى الوصية، مجلة العلوم الإسلامية، المجلد 20، العدد 2، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، 2020، ص 472.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 116375 المؤرخ في 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص 51.

[4] سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2014، ص46.

2. تحول بيع المريض مرض الموت إلى الوصية لغير الورثة.

نصت المادة 408 ق.م الفقرة الثانية ما يلي "أما إذ تم البيع لغير الورثة في نفس الظروف فإنه غير مصادق عليه ومن أجل ذلك قابلا للإبطال"، الأصل يجوز بيع المريض مرض الموت لغير وارثة بثمن المثل أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن يسير محاباة عند عدم استغراق الدين، فإذا باع المريض في مرض موته لغير وارثة بغبن فاحش نقصا في الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله، فإن خرجت من الثلث ماله بعد الدين بأن كان الثلث يفي بما لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يكون محلا للطعن، ويخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع.[1]

وتشير المادة 776 من القانون المدني الجزائري أن جميع تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية، وقد أدرج المشرع الوصية في قانون الأسرة التي أشارت المادة 184 منه كما يلي: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ثم جاءت المادة 184 من نفس القانون محددة الجزء الموصى به من الشركة ووضعت حكما لما بقي من التركة".[2]

فالمشرع هنا قد عمم فأعطي حكم الوصية لكل عمل قانوني يصير في مرض الموت سواء كانت معاوضة أو تبرعا فاعتبره وصية مستترة وإن كان هذا الفرض قابلا للاثبات العكس، فالعبرة إذن بالقصد أو بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله وتخضع هذه المسأله لسلطة التقديرية للقاضي الموضوع.

---

[1] اقترح الأستاذ على علي سلمان تعديل المادة 408 ق.م.ج لتصبح "إما إذ تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة" وهكذا تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي وتتفق مع حكم القانون المدني مع قانون الأسرة، على علي سلمان، ضرورة المادة إعادة النظر في نص القانون المدني ج.الديوان الوطني للمصنوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 221، 222.

[2] سعاد إبراهيم صالح، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، دار الضياء، جمهورية مصر العربية، 1991، ص180.

لأن التصرف إذا انطوى على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثل ذلك الهبة، أما إذا كان التصرف في الظاهر معاوضة وإدعى أحد الورثة أنه تبرع وأثبت ذلك بطرق الإثبات المخولة قانونا، سرت عليه أحكام الوصية ولا تسري عليه أحكام المعاوضة التي تبرم في مرض الموت.[1]

ثانيا: تحول تصرف المريض مرض الموت بالهبة إلى وصية.

تعتبر الهبة عقد من عقود التبرع أباحتها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها وسنت لها التشريعات الوضعية قواعد وقوانين تحكمها فالواهب يمكن أن يكون صحيحا كما يمكن أن يكون مريضا مرض الموت.[2]

فقد عرف المشرع الجزائري الهبة بأنها تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط.[3]

ونصت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري أن الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية".

ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذ تصرف في أمواله ووهب جزء منها أو كلها وهو في مرض الموت أو تصرف بذلك وهو في حالة من حالات المخيفة فإن تصرفه هذا يأخذ حكم

---

[1] أحمد البديرات، مدى اعتبار مرض الأيدز مرض الموت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة حرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، الأردن، 2006، ص 78.

[2] الهبة عند الحنفية تمليك عين بغير عوض وعرفها الشافعي "بأنها تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعا، وقد ورد النص عليها في القرآن الكريم في أكثر من موضع في قوله تعالى ﴿وَوَهَبْنَا لِدَاوُودَ سُلَيْمَانَ﴾، سورة ص الآية 30.

[3] المادة 202 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 09-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

الوصية، وأن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلى بالموت الواهب وتأخذ حكم الوصية.[1]

كما أن الشيء الموهوب الذي لا يزيد قيمته على ثلث التركة إذا كان التصرف صادر في مرض الموت ولم يتجاوز قيمته حدود ثلث التركة تصح هبته ولا يتوقف على إقرار الورثة.[2]

إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية والشافعية ورواية الإمام أحمد، واعتبر الثلث هو الحد الأقصى لتصرفات المريض مرض الموت التبرعية وما زاد عن ذلك يعتبر محاباة ويطبق عليها القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت.[3]

ونجد القضاء الجزائري وفق إلى حد كبير في حماية الورثة من تحايل المريض مرض الموت خاصة بالنسبة لتصرفات التبرعية التي تضر ضررا محصنا بالذمة المالية، منها الهبة كونها تصرف دون مقابل فجاء في قرار المحكمة العليا رقم 229397 كما يلي "إن القضاء بإبطال عقد الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح به القانون يعد مخالف للقانون".[4]

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33719، المؤرخ في 1998/03/17، عن جمال الساسي، ج1، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 989.

[2] نبيل صفر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة، لوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق)، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 109.

[3] ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام الهبة في مرض الموت، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة طبقة لدراسات العلمية الأكاديمية، العدد 2، المركز الجامعي الشهيد بن حواس، بريكة، بسكرة، الجزائر، جوان 2019، ص 82.

[4] المحكمة العليا، القرار رقم 229397 المؤرخ 2002/04/24، المجلة القضائية 1999، العدد 2، ص 387.

ونجد أيضا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ و1989/06/15 يقضي بأنه "... متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره مالكه في فترة مرضه الخطير والمخيف الذي يدخل ضمن حالات المشار إليها في المادة 204 قانون الأسرة على قضاة الموضوع أن يبطلو عقد الهبة المذكور ويعتبرونه وصية".[1]

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/03/17 بأنه "... من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية ولما كان ثابت في قضية الحال أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعنة زوجته شرط نقل الملكية ما بعد الموت فإن قرار المجلس بإبطال الهبة باعتبارها وصية التزام صحيح للقانون".[2]

وعليه إذ صدرت الهبة من المريض مرض الموت إلى أحد ورثة أو إلى أجنبي وأثبت الورثة أنها قد صدرت في مرض الموت مورثهم فإنها تتحول من هبة إلى الوصية بحيث تبطل الهبة إذ كانت لأحد الورثة وصادرة من المتصرف بمرض موته حيث لا وصية لوارث إلا إذا أجازها باقي الورثة، أما إذا كانت الهبة صادر في مرض الموت لأجنبي عن التركة فيتحول عقد الهبة إلى وصية وتطبق عليه أحكامها فتكون وصية جائزة وفي حدود ثلث التركة ولا تنفذ فيما زاد عن ذلك إلا إذا أجازه الورثة جميعهم.

المطلب الثاني: تحول بيع ملك الغير إلى بيع منشىء الالتزامات.

إن هذا النوع من البيوع كثير الوقوع في الحياة العملية لذا خصص المشرع بيع ملك الغير لمجموعة من المواد القانونية إلا أنها بقيت غامضة في فحواها وهذا ما أدى إلى تضارب في

[1] القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 18410 ، بتاريخ 1989/06/19 نشرة القضاة، العدد 59، ص 231.

[2] القرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 186058 بتاريخ 1989/03/17 مجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص 119.

أراء الفقهاء حول هذا النوع من البيوع وعلاقته بنظرية تحول العقد من أجل ذلك نعرض النظام القانوني لبيع ملك الغير وذلك بنيات مفهومة (الفرع الأول تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشىء للالتزامات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم بيع ملك الغير.

سنتناول في هذا الفرع تعريف بيع ملك الغير أولا وشروط تحققه (ثانيا).

أولا: تعريف بيع ملك الغير في التشريع الوضعي.

تطرق المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام بيع ملك الغير في مواد عديدة دون الخوض في إيجاد تعريف له، تاركا الأمر للاجتهاد الفقهاء، وبالرجوع إلى المادة 397 الفقرة الأولى، من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن"، نجد أنها تضمنت عناصر البيع ملك الغير، فعرفه بعضهم بأنه: "بيع شخص لشيء معين بذات وهو لا يملكه"[1]، وعرفه البعض الآخر: "البيع الذي يكون المبيع فيه معينا بالذات لا يملكه البائع، وبعبارة أدق لايملكه البائع ولا المشتري".[2]

وقال آخرون "المقصود بيع ملك الغير أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات إلى آخرون وهو لا يملكه حال إتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل ملكية المبيع فور التعاقد".[3]

وعرفه بعض الفقه بأنه: "عقد يبيع الشخص بمقتضاه مالا معينا بالذات مملوكاً للغير وبدون سابق توكيل من له الحق الشرعي في ذلك، ويقصد من هذا البيع نقل ملكية المبيع في

[1] مطالبي بسمة، شودار أمينة، أحكام بيع ملك الغير، دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، الجزائر، 2020، ص 1075.

[2] خميس خضر، العقود المدنية، البيع، التأمين، الإيجار، ط2، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1984، ص 295.

[3] عبد النبي شاهين إسماعيل، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 46، 47.

الحال إلى ذمة المشتري".[1]

ثانيا: شروط بيع ملك الغير.

يتضح من خلال التعريفات السابقة لبيع ملك الغير أنه يتعين توافر شروط ثلاثة لبيع ملك الغير وهي:

1. أن يكون العقد بيعا:

حتى يعتبر البيع ملكا للغير، يقتضي ذلك أن يوجد عقد بيع يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية الشيء المبيع مقابل ثمن نقدي، أما إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع أو يتعهد أحد طرفي العقد لطرف آخر بالحصول على ملكية الشيء المبيع ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية لطرف الآخر، وأن يتعهد أحد الطرفين بالحصول على موافقة المالك الحقيقى لشيء على بيعه للمتعاقد الآخر، فإن هذا العقد لا يعد بيعا ولا تنصرف إليه أحكام بيع ملك الغير.[2]

2. أن يكون المبيع معين بالذات.

حتى يعد البيع بيعا لملك الغير يجب أن يكون المبيع شيئا معينا بالذات[3]، ويستوي أن يكون منقولا أو عقارا، وبغير تفرقة في بيع العقار بين البيع المسجل أو الغير مسجل، أما إذا كان المبيع معينا بالنوع أي من المثليات[4]، فلا يمكن وصف العقد بأنه بيع ملك للغير، ولو كان

---

[1] يصطلح على بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي، بيع الفضولي والفضولي، في اللغة المُستغل لما لا يَمْلِكُهُ، الفيروز أبادي، مجد الدين محمد، المرجع السابق، ص 1043.

[2] كامل رمضان جمال، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاءا، ط4، دار الألفي المنيا، مصر، 1998، ص 12.

[3] المبيع المعين بذات هو الذي يكون تعيينه بذكر صفاته التي تسمح بتميزه عن غيره وتنفي عن الجهالة، فتعين الأرض ببيان موقعها وحدودها ومساحتها ... إلخ وتعين سيارة وذلك بعلامة صنعها، ورقمها، سي يوسف، زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات القضائية والفقه، ط2، دار الهوشة، الجزائر، 2014، ص 96.

[4] المثليات هي الأشياء المعينة بنوعها والتي يوجد لها نضير من جنسها مساره أو مقارب لها في القيمة، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب والفضة، سي يوسف، زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، المرجع نفسه، ص 97.

البائع غير مالك وقت العقد لأي مقدار من نوع ما التزم بيعه، ذلك أن الشيء المعين بالنوع لا يمكن وصفه بأنه مملوك أو غير مملوك.[1]

3. أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشتري.

لكي يكون البيع بيعا لملك الغير يجب أن لا يكون الشيء المبيع مملوكا للبائع، لأنه إذ كان هذا الشيء المبيع مملوكا للبائع كان العقد صحيحا، لا محل إذا للقول بيع ملك الغير، كما أنه يجب أن يكون المبيع مملوكا للمشتري أيضا، فإذا كان المبيع مملوكا لهذا الأخير وأقدم على شرائه جهلا منه بملكيته له، فإن البيع لا ينعقد أصلا[2] وذلك لاستحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع استحالة مطلقة، ألا وهي نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذى لا يملك المبيع أصلا. ومثال ذلك أن يشتري الشخص عينا من الوارث مع أنه موصى له بها، أو أن يقصر في البحث الدقيق فى مستندات ملكيته ويظهر له فيما بعد سند ملكيته للحق الذي اشتراه.[3]

الفرع الثاني: تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشىء للالتزامات.

تضاربت الآراء الفقهية وتجاذبت حول طبيعة بيع ملك الغير هل هو عقد صحيح أو عقد باطل؟

يرى الأستاذ السنهوري أن بيع ملك الغير يقع باطلا إلا أن هذا البطلان لا يكون نسبيا أو مطلقا وإنما يكون هذا البطلان من نوع خاص قد نشأ نص تشريعي صريح استند في إنشائه إلى علة معقولة.[4]

ويرى الأستاذ محمد حسنين أن بيع ملك الغير يكون مصيره الفسخ لا البطلان، لأنه عقد

[1] خميس خضر، المرجع السابق، ص 295.

[2] كامل رمضان جمال، المرجع السابق، ص 98.

[3] الحلا لشة جمعة عبد الرحمان، بيع ملك الغير، ط1، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، الأردن، 1998، ص 74.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 101.

من عقود المعاوضات أولا ولأنه أحد طرفيه المتمثل في البائع والمشتري لم يقم بتنفيذ التزاماته.[1]

ويرى الأستاذ محمد حسنين أن بيع ملك الغير يكون قابلا للإبطال، من طرف المشتري على أساس وقوع المشتري في غلط جوهري بحيث كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع، ويحق للمشتري بأن يتمسك بإبطال البيع إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد الثمن أو يستبق ضمان الاستحقاق، وإما في صورة دفع يدفع بها دعوى البائع إذ طالبه البائع لدفع الثمن.[2]

إلا أنه اتجه رأي فقهي آخر إلى ضرورة تطبيق نظرية تحول العقد على العقد بدل بطلانه وذلك لإنقاذه وهو في حد ذاته تطبيق للقواعد العامة ويعتبر الأستاذ حلمي بهجت بدوي من الأوائل من نادى بهذا الرأي ويرى أنه يجب التمييز بين حالات في مثل هذا النوع من البيوع :

- **الحالة الأولى:** وهي حالة جهل المشتري بأن المبيع لا تعود ملكيته للبائع حيث يكون المشتري قد أقدم على الشراء، وهو يجهل أن الشيء المبيع لا تعود ملكيته للبائع وكان يقصد من وراء هذا العقد أن تنتقل الملكية إليه دون تأخير أو تأجيل وأنه كان حسن النية بحيث أنه لن يقدم على إبرام العقد وشراء الشيء المبيع لو وصل إلى علمه أن الشيء المبيع لا تعود ملكيته للبائع حيث في هذه الحالة يمكن الحكم على أساس الغلط.[3]
- **الحالة الثانية:** تتمثل في حالة جهل كل من البائع والمشتري بأن الشيء المبيع تعود ملكيته للغير ويرى إبرام العقد وفقا للقواعد العامة فإن هذا العقد لا يمكن الحكم ببطلانه لأن الطرفان حسنا النية ومع ذلك فإن القانون يقضي ببطلانه

[1] بن علي عبد النور، المرجع السابق، ص 175.

[2] خمار ناريمان، المرجع السابق، ص 96.

[3] صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 156.

- **الحالة الثالثة:** وتتمثل في حالة تواطؤ كل من البائع والمشتري على إبرام عقد البيع على الرغم من علم المشتري بأن المبيع ليس ملكا للبائع ويكون الهدف من إبرام هذا العقد هو إضرار بالمالك الحقيقي من خلال معارضة هذا المالك في الحيازة وفي ملكية المبيع وهو ما يعد تصرفا مخالفا لنظام العام وبتالي يكون مصيره البطلان المطلق لمخالفته للنظام العام واقترانه بسوء النية لإلحاق الضرر بالغير.

للمحافظة على العقد واستقرار المعاملات يمكن إعمال نظرية تحول العقد بحيث يتحول العقد من بيع ملك الغير والذي قضى القانون والأحكام العامة ببطلانه إلى عقد منشىء للالتزامات والذي يكون مفاده تعهد بالحصول على ملكية الشيء المبيع ومن ثم يتم بيعها إلى المشتري مقابل ثمن معين.

كل هذا مع اشتراط أن تكون نية الطرفين كانت تنصرف إلى هذه النتيجة كما في حالة الغلط وذلك فيما لو أثبت المشتري أنه لم يكن يقدم على إبرام مثل هذا العقد لو كان يعلم بأن المبيع غير مملوك للبائع وفي هذه الحالة يبطل العقد بطلانا مطلقا[1]. ويلزم البائع بالتعويض باعتباره متشبتا بخطئه في أن يعقد المشتري معه لحسن نية عقدا باطلا ويتعذر إجراء التحول.[2]

ويؤكد الأستاذ بهجت بدوي على أن البيع ملك الغير يمكن تحويله إلى عقد منشىء للالتزامات بقوله: "إذ تحول عقد البيع من صورته العادية التى يترتب عليها انتقال الملكية بمجرد الاتفاق إلى عقد منشىء للالتزامات، فالواقع أنه لم يخرج في صورته الجديدة عن أن يكون عقد بيع.[3]

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 758.

[2] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 542.

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 759.

وينهى الأستاذ مرقس بأن أحكام بيع ملك الغير ما هي إلا إحدى تطبيقات التشريعية لنظرية تحول التصرف القانوني تجاوز فيه البعض الشيء كما تقتضيه نظرية التحول عندما ذهب إلى افتراض انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول افتراضا غير قابل لإثبات العكس.[1]

وبهذا القول يمكن تفسير أحكام ملك الغير وفيه كذلك يمكن الاستغناء عن الالتجاء إلى فكرة أن بطلان هذا البيع بطلانا نسبيا من نوع خاص، تلك الفكرة التي تعتبر بمثابة تسليم بالعجز التي لا ينبغي اللجوء إليها عند عدم كفاية القواعد العامة لتفسير أحكام معينة.

فقد انتقد الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذا بالقول أن العقد الباطل يتحول إلى عقد منشيء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة فهذه النظرية تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدان المحتملة تتصرف وقت العقد لا بعد ذلك إلى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل.[2]

فإما أن تكون النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز اثبات النقيض من ذلك وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع وتكون نيته قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.

ورد الأستاذ سلمان مرقس على هذا الاعتراض بقوله إننا لا ننكر أن تحول بيع ملك الغير الباطل باعتباره عقدا ناقلا للملكية بذاته إلى عقد منشيء للالتزامات فحسب لا يتفق كل إتفاق مع نظرية التحول المعروفة، ولكننا نقول أن النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المشرع نظرية التحول تطبيقا تشريعيا على هذا البيع ومن المعلوم أن المشرع عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذه

[1] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة عقد البيع، ج3، ط5، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1980، ص 370.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، عقد البيع والمعارضة، المرجع السابق، ص 280.

النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء من الآثار التي ترتبها هذه النظرية ويمكن أن يعتبر هذا من القبيل التطبيق الشريعي لنظرية تحول العقد الباطل إلى بيع ملك الغير.[1]

في حين يرى اتجاه الآخر أن بيع ملك الغير هو اتفاق يكون بموجبه كلا الطرفين على بينة بما يفيد به ذو طبيعة مزدوجة فهو ينشئ التزاما شخصيا بنقل الملكية على كاهل البائع في الأول ويتحول هذا الالتزام الشخصي إلى حق عيني في مرحلة ثانية، المتمثلة في الانتقال الفعلي للملكية عندما يجيز للمالك البيع أو عندما يصبح البائع مالكا للمبيع أي أن بيع ملك الغير يتضمن في الواقع عمليتين اثنتين أولى إلى حد بعيد الوعد بالبيع ولا تتضمن أي التزامات شخصية محمولة على كلا الطرفين وعملية الثانية لتنقل بموجبها ملكية المبيع يمكن أن يطلق عليها تسمية البيع النهائي.[2]

يبدو من خلال مراجعة الآراء التي جاءت حول أحكام بيع ملك الغير من الواضح أنه من الممكن الأخذ بنظام تحول العقد الباطل لما له من دور في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، حيث لا يمكن وصف هذا النوع من العقود بأنه قابل للفسخ باعتبار أن النص جاء صريحا بجعل جزاء هذا العقد هو البطلان، كما لا يمكن القول بأن هذا العقد من العقود الموقوفة، ذلك أن العقد الموقوف لا يمكن أن يجيزه إلا المالك الحقيقي بينما في هذه النصوص وهي المواد 397 و398 من القانون المدني، فإن المشتري هو الذي يملك حق الإجازة، والقول بأن عقد البيع ملك الغير هو عقد باطل بطلانا نسبيا ذلك أن البطلان النسبي يتحقق في حالة ما إذا كان العقد مستوفيا لأركانه، غير أن الرضا قد اختل بأن صدر غير صحيح، وذلك في حالة ما إذا كان العقد من ناقص الأهلية، أو إذا شاب الرضا غلط أو تدليس أو إكراه[3]، وحيث أن بيع ملك الغير يختلف عن هذه الأحوال لذا لا يمكن وصفه بالبطلان النسبي فقواعد البطلان

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق ص 736.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 780.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 610، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 477.

النسبي لا تسمح بأن يتم إجازة العقد وتصحيحه بإرادة شخص أجنبي، حيث أن من يحق له إجازة العقد في حالة البطلان النسبي إنما هو المشتري وليس شخص أجنبي عنه.[1]

وعليه فإنه ما ذهب إليه الأستاذ حلمي بهجت بدوي والأستاذ سليمان مرقس هو أقرب للصواب في إمكانية الأخذ بنظام تحول العقد، وذلك من خلال الفرضية التالية، وهي حالة أن يكون البائع والمشتري يجهلان أن العين المبيعة إنما تعود لشخص آخر ويقدمان على الارتباط بالعقد، ففي مثل هذه الحالة يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا وذلك لاستحالة المحل، وبالتالي يمكن لنا تطبيق نظام تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح هو عقد منشئ لالتزامات مفاده الحصول على ملكية المبيع، ومن ثم نقلها إلى المشتري مقابل التزام الأخير بدفع مبلغ من المال، ويمكن التوصل إلى هذه النتيجة من خلال تطبيق عناصر نظام تحول العقد التالية:

أولا: بطلان العقد أو القابلية للبطلان: حيث أن العقد في هذه الحالة هو عقد باطل بطلانا مطلقا وذلك لاستحالة المحل استحالة مطلقة كون البائع غير مالك، لا سيما ونحن نتحدث عن بيع مال معين بالذات يعود للغير قصد نقل الملكية للمشتري في الحال، ولا نتكلم عن شيء معين بالنوع لذا طالما كان المال المبيع هو مال معين بالذات فان العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا.[2]

ثانيا: أن يتضمن العقد الباطل أركان عقد آخر: حيث أن عقد البيع الباطل يتضمن في أركانه عقد آخر وهو عقد منشئ لالتزامات معينة ويكون على شكل تعهد من البائع بالحصول على الملكية ومن ثم نقل الملكية إلى المشتري[3]، ولا يمكن الاعتراض على هذا الأمر باعتبار أن عقد البيع يقصد به نقل الملكية مباشرة بينما في العقد الثاني فان الآثار تكون أقل، على اعتبار أن العقد الثاني يتضمن مجرد تعهد بالحصول على الملكية ومن ثم نقلها، حيث أنه لا

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 548.

[2] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 101.

[3] مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، التطور التاريخي للقانون المدني "جميع الطرق تؤدي إلى روما"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، 2021، ص 199.

يوجد فرق بين هذين العقدين من حيث النتيجة، ذلك أن التزامات البائع في كل العقدين إنما هي العمل على نقل الملكية والتسليم، وهي تعتبر محققة في كلا العقدين، وأن البائع في العقد الأول مالكا أما في العقد الثاني فهو غير مالك.[1]

ثالثا: أن تكون إرادة الطرفين المفترضة كانت ستنصرف إلى العقد الآخر: حيث لو علم المتعاقدان ببطلان عقدهما الذي ارتبطا به فهو أمر متحقق أيضا، حيث أن البائع والمشتري لو كانا يعلمان منذ البدء في الفرضية التي جعلناها أساسا في مقدمة كلامنا بأن العقد الذي يقدمان عليه هو عقد باطل لاستحالة المحل كون المال لا يعود للبائع، فإنهما لن يقدما عليه وإنما كان من الممكن أن يرتبط بعقد آخر مفاده قيام البائع بالحصول على الملكية ومن ثم العمل على نقلها للمشتري، طالما أن هذا الأخير لم يعترض صراحة إذ لو اعترض صراحة لانتفى القول بنظام تحول العقد أصلا كون المتعاقد قد عبر عن إرادته الحقيقية وعليه فلا مجال للبحث عن الإرادة الافتراضية، وهكذا يعد الشرط الثالث لنظام تحول العقد متحقق أيضا في حالة بيع ملك الغير في الفرضية المذكورة وهي كون البائع والمشتري يجهلان أن المال المبيع لا يعود للبائع.

بمقابل لو أخذنا بفكرة أن عقد بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال فإنه يمكن القول بتحول العقد أيضا، حيث أن نص المادة 105 من القانون المدني أشارت صراحة إلى إمكانية تحول العقد القابل للإبطال، حيث جاء فيها: " إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال ..." ذلك أن هذا العقد القابل للإبطال يمكن أن يتحول إلى عقد آخر بعد بطلانه في حالة عدم حصول الإجازة من قبل المشتري حيث يمكن أن يتحول إلى تعهد بنقل الملكية، وعلى هذا الأساس يمكن تفسير التزام البائع بالتعويض، إذ أن هذا التعويض يستند إلى المسؤولية العقدية استنادا للعقد الذي تحول إليه العقد الباطل.

[1] علي كاظم الشباني المرجع السابق، ص 550.

ويترتب على هذا الأساس أن المادة 397 من القانون المدني إنما هي إحدى تطبيقات نظام تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح.[1]

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 552.

خـــاتـــمة

من خلال دراسة موضوع تحول العقد في القانون المدني الجزائري يتضح أن المشرع الجزائري قد وُفق إلى حد ما بتبنِّ هذه النظرية صراحة في القانون المدني، وأفرد لها العديد من التطبيقات العملية، سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة الأخرى، لكن هذه النضرية لم تحقق النتائج والأهداف المتوخاة من إقرارها كون الصياغة اللفضية فيها ما يعاب عليها، الأمر الذي إنعكس سلبا، وكان عقبة في طريق المشرع لتحقيق ما كان يصبوا إليه من خلال إقراره آلية تحول العقد، وفي ختام هذه الدراسة، خلصا إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردها على النحو الآتي:

أولا: النتائج:

1. إن نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح طريقا عمليا مهما في إنقاذ العقود من البطلان أو الحد منه بشكل الذي يسهم في عملية إستقرار المعاملات والتوازن العقدي.
2. قصر المشرع الجزائري المادة 105 من ق.م على العقد دون باقي التصرفات القانونية. مخالفاً بذلك النص الأصلي، وهو المادة 140 من من القانون الألماني التي جاءت واسعة النطاق شاملة لجميع التصرفات القانونية.
3. نجد أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في إيراده لعبارة أو قابلاً للإبطال في نص المادة 105 من ق.م.ج حيث لا يمكن تحول العقد القابل للإبطال، كونه عقد صحيح و مرتبا لأثاره.
4. برغم من إقرار المشرع الجزائري لنظرية تحول العقد في القانون المدني وأهميتها إلا أن واقع العمل القضائي يثبت محدودية تدخله في هذا المجال.

ثانيا: الإقتراحات.

1. النصوص القانونية التي تجسد مبدأ تحول العقد قليلة جدا مقارنة بالأهمية التي يحضى بها، لذلك نقترح على المشرع إصدار تشريعات جديدة على تشكل قوانين خاصة أو إجراء التعديل على نصوص القوانين النافذة لمواكبة التطورات وسد الثغرات القانونية المستجدة.
2. تعديل لنص المادة 105 من القانون المدني حتى تشمل كافة التصرفات القانونية وعدم الاكتفاء بالنص على العقد فقط.
3. حذف عبارة (أو قابلاً للإبطال) من نص المادة 105 ق.م وجعلها مقصورة على العقود الباطلة فقط دون العقود القابلة للإبطال، كما هو الحال بالنسبة لأصل المادة في القانون المدني الألماني.
4. نقترح على القاضي الجزائري التدخل لتحقيق مبدأ التحول العقدي حيث أنه عادة يلجأ إلى عدم تطبيق هذا المبدأ بحجة إلتزام الحياد بسبب قصور معنى المادة 105 من ق.م

قائمة
المصادر والمراجع

1-المصادر:

أ- القوانين الجزائرية:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 19 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل، الجريدة الرسمية، عدد 24 والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 21 فبراير 2005.

ب. القوانين الأجنبية:

1. قانون رقم 131 سنة 1984 المتضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم بالقانون رقم 106 سنة 2011 الجريدة الرسمية، عدد 28 الصادر في 16 جوان 2011.

2-المراجع:

أولا: الكتب بالعربية.

أ- الكتب العامة:

1. إبن المنصور أبي الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، مجلد 9، ط3، دار الصادر، بيروت، لبنان، 1993.
2. إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر، أحمد الزيات ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، الطبعة الأولى، دار الدعوة، إسطنبول، تركيا، 1979.
3. إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، مطبعة الفضائية، المملكة المغربية، 1977.
4. إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، المملكة المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، 1977.
5. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 2006.

6. أحمد حشمت أبو سين، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، مطبعة مصر، مصر، 1954.
7. أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2011.
8. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
9. أحمد شكري السباعي نظرية البطلان في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، الطبعة السادسة، منشورات عكاظ، المملكة المغربية، 1987.
10. الحلالشة جمعة، عبد الرحمان، بيع ملك الغير، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، 1998.
11. أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1988.
12. أنور السلطان، النظرية العامة للالتزام، القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2003.
13. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، إساءة استعمال الحق و القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، جزء الأول، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.
14. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005.
15. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في الجزائر، ج 1، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

16. هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.
17. وهبة الزحيلي، الدقة الإسلامي وأدلته، جزاء الرابع، النظريات الفقهية، دار الفكر، دمشق، سورية، 1985.
18. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، نهضة مصر، مصر، 1995.
19. حسن طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقض المصرية في مسائل (الزواج، وانحلاله، الخطبة، الطلاق، التبرعات)، دار الخلدونية، 2015.
20. حسن محمود عبد الدائم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
21. كمال رمضان جمال، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاءاً، الطبعة الرابعة، دار الألفي، المنيا، مصر، 1998.
22. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، 2005.
23. محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 2000.
24. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2007.

25. محمود زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
26. معرض فؤاد، دور القاضي في تعديل العقد، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
27. مصطفى أحمد الزقا، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، الطبعة السادسة، دار الفكر، ، دمشق، سورية، 1992 .
28. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق، عين مليلة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
29. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الثالث، الطبعة الخامسة، القاهرة، مصر، عالم الكتب، 1980.
30. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات القضائية و الفقه، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.
31. سعاد إبراهيم صالح ، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، دار الضياء، مصر، 1991.
32. عبد الحكيم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء النقض، جزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 1955.
33. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، البطلان في القانون المدني، الإسكندرية، منشأة المعارف، مصر، 2007.
34. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1981.

35. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.
36. عبد النبي شاهين إسماعيل، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
37. عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت، التصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة العامة، دار النشر والتوزيع، البليدة، الجزائر، 2006.
38. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
39. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهض، القاهرة، مصر، 2011.
40. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في نص القانون المدني، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر.
41. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفر لنشر، الجزائر، 2011.
42. فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992.
43. صالح محمد ديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط 4، بيروت، لبنان، 1993.
44. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر أو الالتزامات الإرادية، دار البيت العربي، عمان، الأردن، 1974.
45. راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

46.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

47.توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993.

48.خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

49.خميس خضر، العقود المدنية، البيع، التأمين، الإيجار، الطبعة الثانية، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1984.

ب- الكتب المتخصصة:

1. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة، مطبعة الرسالة، القاهرة، مصر، 1957.

2. سالار محمد رشيد، نظرية تحول العقد وتصحيح العقد الباطل في القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي السلمانية، دون سنة، العراق.

3. علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.

4. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة والنشر، عمان، المملكة الأردنية، 1997.

5. رأفت الدسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2005.

ج. الرسائل والأطروحات الجامعية:

1. إبراهيم عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وآثاره، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، دون سنة نشر.
2. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة على ضوء المادة 144 من القانون المدني المصري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة روبرتو كارولا بهليج، ألمانيا، 1955.
3. أمال سليم، تحول العقد فى القانون المدني، رسالة ماجستير في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2005.
4. بن علي عبد النور، إنقاذ العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2022.
5. حمد خاطر نوري، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، دراسة في القانون المدني العراقي والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والسياسة، جامعة بغداد، العراق، 1986.
6. لرجم يمينة، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
7. محمد عمار تركمانية، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة قطر، دون سنة نشر.
8. مقني بن عمار، القواعد العامة لتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009.

9. ناريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016/ 2017.
10. نريمان خمار، تحول التصرفات القانونية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، الجزائر، 2020.
11. عبد الحميد محمود البعلي، دراسة مقارنة وموازنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المعارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، الإمارات العربية المتحدة، 2009.
12. عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008.

د. المجلات والمقالات:

1. إبراهيم عبد الحميلي، نظرية تحول العقد وتأصيلها في ضوء قواعد أصول الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، مجلد 1، العدد 9، العراق، 2007.
2. أحمد البديرات، مدى إعتبار مرض الأيدز مرض الموت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة حرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 1، الأردن، 2006.
3. أحمد سلامة أحمد بدر، تحول التصرفات الإدارية الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، جزء الأول، جامعة قطر، 2017.
4. جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكيف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة القانون والعمل والتشغيل، العدد الخامس، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018.

5. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1933، ص 407.
6. محمد أبو العثم النسور، نظرية تحول التصرفات وتطبيقاتها على بعض المعاملات التجارية في القانون الأردني، مجلة دراسات، علوم التشريعية والقانون، المجلد 46، عدد 2، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2019.
7. مطالبي بسمة، شودار أمينة، أحكام بيع ملك الغير، دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، الجزائر، 2020.
8. ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام الهبة في مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة طبنة لدراسات العلمية الأكاديمية، العدد 2، المركز الجامعي الشهيدة بن حواس بديعة، بسكرة، الجزائر، 2019.
9. منتصر علوان كريم، القرار الإداري المتحول (التأصيل والشروط) مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة العراق، 2017.
10. مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، التطور التاريخي للقانون المدني، جميع الطرق تؤدي إلى روما، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، 2021.
11. سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير تخصص قانون خاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014.
12. سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإسلامية والإنسانية، السنة التاسعة، بجامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017.

13. عبد الحميد البعلي، تحول العقود وإعادة تكيفها وآخر العوارض الطارئة في ذلك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون، الكويتية العالمية، الكويت، د.س.ح.
14. عبد اللطيف فاكير، تحول العقد على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة، مجلة الباحث، العدد 89، المملكة المغربية، 2017.
15. عبد الرزاق أيوب، تكييف العقود في القانون المغربي والمقارن، مجلة طنجيس، عدد خاص، رقم 7، المملكة المغربية، 2007.
16. عكاش ريم، نبيل مالكية، تحول عقد الوقف بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 02، جامعة خنشلة الجزائر،.2023
17. خمار نريمان، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، مجلة العلوم الإسلامية، المجلد 20، العدد 2، جامعة خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020.
18. خمار نريمان، صورية لشهب، آثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد 25، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2021.

هـ- المجلات القضائية:

1. مجلة المحكمة العليا، العدد 3، 1990.
2. مجلة القضاء، العدد 3، سنة 1990.
3. المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1999.
4. مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 1016.
5. نشرة القضاة، العدد 59، 2009.

ثانيا: المراجع الأجنبية:

1. Gout obvier, Le juge et d'annulation du contrat, thèse université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille, PUAM, 1999.
2. Lepenski pascal, La conversion des actes juridiques, ouvrage précité, 2002.
3. Philippe Simler, La nullité partielle des actes juridiques, thèse librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969.

فهرس
المحتويـــات

الفهرس

البسملة

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة ..... أ- هـ

الفصل الأول: الإطار النظري لتحول العقد.

المبحث الأول: مفهوم تحول العقد 8

المطلب الأول: المقصود بتحول العقد 8

الفرع الأول: تعريف تحول العقد 8

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتحول العقد 12

أولا: طبيعة تحول العقد استنادا إلى دور القاضي..... 13

ثانيا: طبيعة تحول العقد استنادا إلى آثار العقد الباطل 15

المطلب الثاني: تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة له 17

الفرع الأول: تمييز تحول العقد عن تفسير العقد 18

أولا: نبذة عن تفسير العقد 18

ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين تحول العقد وتفسير العقد 19

الفرع الثاني: تمييز تحول العقد عن تكييف العقد 20

أولا: نبذة عن تكييف العقد 20

ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين تحول العقد وتكييف العقد 21

المبحث الثاني: أحكام تحول العقد 22

المطلب الأول: شروط تحول العقد 22

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لتحول العقد 23

أولا: بطلان العقد الأصلي 23

ثانيا: موافقة العقد الأصلي أركان عقد صحيح آخر 27

الفرع الثاني: الشروط الذاتية لتحول العقد 32

أولا: الإرادة الاحتمالية 33

ثانيا: الإرادة الإفتراضية 35

المطلب الثاني: آثار تحول العقد 36

الفرع الأول: آثار تحول العقد من حيث الزمان 37

أولا: سريان آثار تحول العقد في العقود الفورية 37

ثانيا: سريان آثار تحول العقد في العقود الزمنية 38

الفرع الثاني: آثار تحول العقد من حيث الأشخاص 40

أولا: سريان آثار تحول العقد بحق المتعاقدين 40

ثانيا: سريان آثار تحول العقد بحق الغير 41

الفصل الثاني: الإطار الوظيفي لتحول العقد.

المبحث الأول: دور القضاء في نطاق تحول العقد 44

المطلب الأول: سلطة القاضي في تطبيق تحول العقد 44

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحول العقد (سلطة كاشفة) 44

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحول العقد (سلطة منشئة) 46

المطلب الثاني: مجال تدخل القضاء في نطاق تحول العقد 49

الفرع الأول: إثبات تحول العقد 49

الفرع الثاني: دور القاضي في تطبيق تحول العقد 51

المبحث الثاني: تطبيقات تحول العقد في القانون المدني 55

المطلب الأول: تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية 55

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت 55

أولا: تعريف مرض الموت 56

ثانيا: شروط مرض الموت 58

الفرع الثاني: تحول تصرف المريض مرض الموت إلى وصية 60

أولا: تحول تصرف المريض مرض الموت بالبيع إلى الوصية 61

ثانيا: تحول تصرف المريض مرض الموت بالهبة إلى الوصية 65

المطلب الثاني: تحول بيع ملك الغير إلى بيع منشىء للالتزامات 67

الفرع الأول: مفهوم بيع ملك الغير 68

أولا: تعريف بيع ملك الغير 68

ثانيا: شروط بيع ملك الغير 69

الفرع الثاني: تحول بيع ملك الغير إلى بيع منشىء للالتزامات 70

خاتمة 79

قائمة المصادر والمراجع 82

فهرس

ملخص

ملخص:

تعد المادة 140 من القانون المدني الألماني مرجعا لجميع التقنينات الأوروبية والعربية في الأخذ بآلية التحول بما فيها المشرع الجزائري وهو ما يتجلى في المادة 105 من القانون المدني الجزائري، بالإضافة إلى اعتماد المشرع جملة من التطبيقات العملية لتحول العقد، تضمنتها بعض النصوص المتفرقة، حيث تلعب آلية التحول دورا كبيراً في انقاذ العقود من البطلان بما يضمن المحافظة على إستقرار العلاقات التعاقدية، وضمان مصالح المتعاقدين، ورغم إقرار المشرع الجزائري لنظرية تحول العقد وأهميتها، إلا أن واقع العمل القضائي في هذا الخصوص يثبت محدودية تدخل القاضي في هذا المجال ويتجسد ذلك في قلة القرارات القضائية التي اعتمدت المادة 105 من القانون المدني كأساس قانوني لها حيث نجد أن أغلب القرارات القضائية المتعلقة بتحول العقد تكون بقوة القانون في قانون الأسرة خاصة.

كلمات مفتاحية:

تحول العقد – بطلان العقد – إرادة الأطراف – إرادة القاضي – آثار تحول العقد.

Summary:

Article 140 of the German Civil Code serves as a reference for all European and Arab techniques regarding the adoption of the transformation mechanism, including the Algerian legislature, as reflected in Article 105 of the Algerian Civil Code.

Additionally, the legislature has adopted several practical applications of contract transformation, included in various scattered texts.

The transformation mechanism plays a significant role in saving contracts from nullification, ensuring the stability of contractual relationships and protecting the interests of the contracting parties.

Despite the Algerian legislature's recognition of the contract transformation theory and its importance, judicial practice in this regard shows limited judicial intervention. This is evident in the scarcity of judicial decisions that have used Article 105 of the Civil Code as a legal basis, with most judicial decisions concerning contract transformation occurring automatically under family law.

Keywords:

Turning of the decade – The NULLITY of the contract – The will of the parties – The will of the judge – The effects of the transformation of the Decade.