مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 13 – عدد خاص (العدد التسلسلي 25) جانفي 2021 (ص ص: 205 – 224)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

أثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري

The effects of contract theory theory in the Algerian civil law

ط.د خمار نريمان [1]
باحثة دكتوراه
جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)
Khemmarnerimene@gmail.com

أ. د حورية لشهب [2]
أستاذة التعليم العالي
جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)
Lechehebhouria@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
09 أوت 2020	17 أكتوبر 2020	15 جانفي 2021

الملخص:

تتناول هذه الدراسة اثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري التي نص عليها المشرع في المادة 105 من القانون المدني، كما نص على العديد من التطبيقات العملية لهذه النظرية سواء العقدية أو غير العقدية في مختلف فروع القانون الاخرى، نظرا للاهمية العملية للتحول في انقاذ العقود من البطلان بما يضمن المحافظة على استقرار المعاملات وحماية مصالح المتعاقدين والاغيار أصحاب النية الحسنة، هذه النظرية التي ترتب عند تطبيقها العديد من الاثار سواء بالنسبة للعقود الفورية أو العقود الزمنية، ورغم اختلاف الفقه بشأنها الا أنها تطبق بأثر رجعي، أما بالنسبة للنسبية العقد فتسري اثاره في حق الخلف العام للمتعاقدين وكذلك تسري في حق الخلف الخاص والغير الخارج عن العقد وهو ما ذهب اليه الفقه القانوني، كون المشرع الجزائري لم يوضح كيفية سريانها.

الكلمات المفتاحية: تحول العقد– اثار التحول – الزمان– الاشخاص.

Abstract :

This study examines the effects of contract transformation theory in the Algerian civil law stipulated by the legislator in Article 105 of the Civil Code, as well as stipulated many practical applications of this theory, whether contractual or non-contractual in various other branches of law, given the practical importance of the transformation in saving contracts from invalidity in a manner that ensures the maintenance of the stability of transactions and the protection of the interests of contractors and others of good faith. This theory which, when applied, generates many effects, both for spot contracts and for time contracts, and despite differing jurisprudence regarding them, but they are applied retroactively, as for relativity of the contract, it shall have its effects on the right of the public successor of the contracting parties, as well as in the right of the private successor and others on the contract, which is what jurisprudence has gone to, since the Algerian legislator did not explain how it applies.

key words : *Transformation of the contract- terms of time - terms of people .*

[1] المؤلف المرسل: ط.د خمار نريمان ـــــــــ *Email: Khemmarnerimene@gmail.com*

IJDL

مقدمة:

إن بطلان أو ابطال العقد بمقتضى حكم أو قرار قضائي يعني أن يصبح العقد عديم الفعالية والجدوى، الامر الذي يستلزم اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهو ما يعرف "بمبدأ رجعية البطلان"، لكن قد يحدث أن هذا العقد الباطل يتضمن عناصر كافية لان يتكون منه عقد اخر صحيح.

وكان الظاهر من ظروف الحال أن المتعاقدين لو علما بأن تصرفهما الواقع لا ينعقد لقبلا أن يعقدا بدلا منه ذلك العقد الممكن، اعمالا للنيتهما المفترضة، عملا بمبدأ «اعمال الكلام أولى من اهماله»، بغية الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية، وهو ما اصطلح عليه قانونا بنظرية تحول العقد.

هذه النظرية التي تمتد جذورها بعيدا في التاريخ، حيث أخذت بها الشرائع القديمة، لكن التحول كان مجرد فكرة في القانون الروماني، كما لم يأخذ به المشرع الفرنسي الا أن الفقه الفرنسي تأثر به في بداية القرن العشرين، وأخذ الفقهاء المسلمون بنظرية التحول في بعض التطبيقات التي بلغت أعلى درجات التنظيم وهو مالم تصل اليه التشريعات المدنية الوضعية الا حديثا، رغم أننا لا نجد تكريسا لنظرية عامة في الفقه الاسلامي.

ثم أخذت هذه النظرية طريقها الى التقنين، اذ ظهرت لاول مرة في القانون المدني الالماني الصادر عام 1896 في المادة 140 من نفس القانون، وعن هذا القانون أخذت القوانين الاخرى ومنها القوانين العربية، حيث قامت أغلب التشريعات المقارنة بتكريس نظرية تحول العقد بالنص عليها صراحة كقاعدة عامة في تقنيناتها، أوضمنت تشريعاتها تطبيقات عملية لتلك النظرية دون أن تجعلها أصلا من أصول نظامها القانوني.

بالنسبة للمشرع الجزائري نجده أخذ بنظرية تحول العقد في المادة 105 من القانون المدني التي جاء فيها:« اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوفرت فيه أركان عقد اخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد»، هذه النظرية التي ينجم عن تطبيقها العديد من الاثار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير والتي ستكون محور دراستنا.

الامر الذي جعل الدراسة تنطوي على أهمية بالغة كونها تعرض الية من أهم الاليات التي تسعى الى عدم اهدار العقود وإبطالها وما يرافقها من تدعيات طالما لها مخرج قانوني من شأنه تصحيحها في قالب قانوني آخر، ناهيك عن الحماية التي تكفلها للمتعاقدين والغير على حد السواء.

المنارة للاستشارات

كما تعالج اشكالية قانونية كانت محط خلاف بين فقهاء القانون سواء في الانظمة التي اعتمدت التحول صراحة، أو الانظمة التي اكتفت بالنص على بعض التطبيقات العملية للتحول في تشريعاتها نذكرها:

ما طبيعة الاثار التي ترتيب على نظرية تحول العقد؟.

وتتفرع عن هذه الاشكالية عدة تساؤلات فرعية تتمثل في:

- هل فعلا ارادة المتعاقدين مطلقة في ترتيب اثار العقد الجديد أم أنها مقيدة؟.
- هل اثار التحول في الفقه التقليدي هي نفسها في الفقه الحديث؟.
- هل الاثر الرجعي للتحول يسري في العقود الفورية والزمنية على حد السواء؟.

لان طبيعة الموضوع هي التي تحدد المنهج المتبع فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي بغية دراسة وتحليل النصوص القانونية المنظمة لنظرية التحول بصفة عامة ولآثار تحول العقد بصفة خاصة.

لن نتطرق في هذه الدراسة الى المفاهيم الاساسية والأولية في الموضوع كمفهوم نظرية تحول العقد، شروط تحول العقد الباطل الى عقد صحيح، وتمييز تحول العقد عن غيره من المفاهيم المشابهة، كون الدراسة تركز على اثار النظرية وليس على النظرية في حد ذاتها، وهذا طبعا دون توسع ممل أو اختصار مخل.

من أجل توضيح أهمية هذه الاثار والهدف منها ارتأينا تقسيم الدراسة على مبحثين: نعرض في المبحث الاول اثار نظرية تحول العقد قانونا، ونعرض في المبحث الثاني اثار نظرية تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص.

المبحث الأول: آثار نظرية تحول العقد قانونا

إن آثار نظرية تحول العقد تختلف تبعا لاختلاف المبادئ التي يقوم عليها العقد، فاثار تحول العقد تختلف في الفقه التقليدي عنه في الفقه الحديث، وعليه نعرض اثار نظرية تحول العقد في الفقه التقليدي في مطلب أول، واثار نظرية تحول العقد في الفقه الحديث في مطلب ثان.

المطلب الأول: اثار نظرية تحول العقد في الفقه التقليدي

في الفقه التقليدي نجد إرادة المتعاقدين كما أنها لها الحرية في إنشاء العقود لها الحرية كذلك في انشاء الآثار التي تترتب على العقد[1]، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره، وكل ما اشتمل عليه ما لم يكن مشتملا على شيء يخالف النظام العام والآداب، لكن نجد هذا الاتجاه منقسم في داخله بين من يعتبر الارادة هي مصدر للعقد ولاثاره، وبين من يعتبر

المنارة للاستشارات

الارادة مصدر للعقد فقط أما اثاره فهي من صنع القانون، ومنه نعرض رأي أصحاب المعيار الذاتي في فرع أول، ورأي أصحاب المعيار الموضوعي في فرع ثان.

الفرع الاول: المعيار الذاتي

ان القوانين التي تعتمد المعيار الذاتي توجب أن تنصب الإرادة على المعقود عليه فكأن جميع الالتزامات التي ترتب على العقد مفروض فيها أنها أريدت جميعها من المتعاقدين، وكأن الإرادة هي التي تخلق العقد والالتزام الذي يترتب عليه[2]، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري الاتي:« وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام فهو خاضع للإرادة أيضا»[3]، وبالتالي لا يجوز أن تفلت آثار تحول العقد عند بطلان العقد الأصلي عن هذه القاعدة[4].

آثار التحول حسب هذا الرأي يجب أن تترتب وفق إرادة المتعاقدين، أما ما يقال عن المصلحة العامة وقواعد العدالة والنظام العام فهذه الأشياء لا يصح أن تكون قيود على حرية المتعاقدين في إنشاء العقود وترتيب آثارها ونتائجها القانونية.

ان القول بصحة العقد الجديد يقع بقوة القانون لا يعني– كما نعتقد – إخضاع آثار التحول لمتطلبات القانون بما يحقق المصلحة العامة[5]، بل يعني حصول حالة تحول العقد وثبوت آثاره عندما تتوافر شرائطه كما أقرتها الانظمة القانونية، وأن يقف في طليعتها شرط تجاه نية المتعاقدين إلى التحول.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

نجد في المقابل وعلى خلاف الرأي الأول، رأي آخر يقلل من شأن الإرادة ويرى أن العقد ليس سبب في الالتزام، وإنما هو الفرصة التي تهيأت لوجوده، وان إخضاع العقد في آثاره وتفسيره لسلطان الإرادة قول لا تنهض به حجة، لان أكثر آثار العقد يرتبها القانون بنفسه، كون المتعاقدان بعد أن يتفقا على الشيء الجوهري في العقد يتركان الأمر للقانون.

لا أدل على ذلك من أن هناك التزامات تترتب على العقد لم تخطر في ذهن الملتزم، وكثيرا ما تثبت الوقائع أيضا أن الطرفين قد عقدا العقد دون أن يدركا طبيعته والآثار التي تترتب عليه، ومع ذلك يتحملان جميع نتائج العقد الذي تنطبق عليه عناصر هذا الاخير، كونهما يتفقا على الشيء الجوهري ويتركان الأمر للقانون هو الذي يرتب آثار العقد.

عليه اذا فسر القاضي العقد لا يتوقع أن يجد المتعاقدين قد نظرا في كل شيء واتفقا عليه، فهو لا يستعين في الواقع بافتراض إرادة موهومة كما يدعي أنصار مبدأ سلطان الإرادة بل يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد[6]، وتبعا لذلك فان آثار التحول تقع بقوة

المنارة للاستشارات

القانون، لان صحة العقد الجديد لا تقوم على إرادة المتعاقدين الحقيقية، بل لان العقد الثاني له نشوء مستقل وصحة خاصة به.

صحته يقررها القانون مباشرة ولا تستند إلى الإرادة المتجهة إلى العقد الباطل، وعليه فان الحكم الذي يقضي بتحول العقد ليس منشئا، أي أن الحكم ليس هو الذي يبدأ بإعمال تحول العقد، وإنما هو يقرر أن التحول قد تم لهذا فان الذي يتمسك بحق العقد المحول يستطيع دون تردد أن يقاضي بناء على العقد الجديد، وإنما فقط بشرط أن يقتنع القاضي طبعا بتوافر أركان نظرية تحول العقد[7].

خلاصة القول فأن آثار التحول في الفقه التقليدي تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية ليس إلا.

المطلب الثاني: آثار نظرية تحول العقد في الفقه الحديث

إذا كان أساس صحة العقد الجديد، وكذلك آثار تحوله في الفقه التقليدي يرتكزان على إرادة المتعاقدين، فان هذا الأساس وتلك الآثار يختلفان في الفقه الحديث، ورغم اتفاف أصحاب هذا الرأي على أن ليس للارادة دخل في تحول العقد بل أن تحقيق المصلحة هو الدافع الرئيس للتحول، الا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذه المصلحة هل هي مصلحة عامة أم خاصة، وهو ما نعرضه كلا في فرع مستقلا.

الفرع الاول: آثار التحول تحقق المصلحة العامة

في ظل الفقه الحديث وحسب أصحاب هذا الرأي فان العقد يسعى للقيام بوظيفة اقتصادية واجتماعية في تداول الأموال وتبادل الخدمات، فهو لا يخرج عن هذا النطاق أو ينافي هذه الغاية، وإلا سحبت منه الحماية القانونية، وبوجه خاص لا يجوز أن يتحول العقد إلى أداة للإضرار بالاقتصاد الوطني أو إلى وسيلة لاستغلال الآخرين.

لذلك إذا كان العقد باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي أرادها المتعاقدان، ولكن يجوز أن تترتب عليه الآثار التي يقررها القانون، وبالتالي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. فالأكيد ليس هدر العقد الذي ينضوي على مخالفة القانون وغاياته الاقتصادية، وإنما إبقاء هذا العقد وإخضاعه لهذه الغايات على نحو يكفل تنفيذه وفاعليته[8]، ويضمن التوفيق والملائمة بين مضمونه وما يفرضه القانون. جاء قرار محكمة تسبين الكون الجزئية والذي جاء فيها: « وان كان الاصل في العقد الباطل أنه لا ينتج أثر قانوني، إلا أنه كواقعة قانونية لها وجود مادي قد ينتج بعض الاثار العرضية التي لم يقصد المتعاقدان تحقيقها ولم يتوقع أحد حصولها وقت التعاقد»[9].

المنارة للاستشارات

ان القاضي عندما يبحث عن الإرادة الافتراضية فالنقطة الأساس التي يرتكز عليها لإعمال تحول العقد هو الغرض الاقتصادي، طبعا هذا الأخير الذي يجب أن يخدم المتعاقدان وكذا اقتصاد البلاد، فلا يمكن تحويل عقد بيع بضاعة حدد القانون سعرها، لكن المتعاقدان اتفقا على سعر مخالف لما حدد، ولو توافرت فيه عناصر عقد آخر[10].

هذا هو المبدأ الذي يحكم العملية الاقتصادية التي يرمي العقد تحقيقها، حيث يعنى بإقامة التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد وفقا لما يستلزمه النظام العام الاقتصادي[11]، أيا كان أساسها من اعتبارات العدالة، وسواء نظمتها إرادة الطرفين أو كانت واجبة بمقتضى القانون.

في قانون العقود لم يعد يقتصر دور المشرع على تحديد مضمون العقد وفقا للظروف الاقتصادية، بل يشمل كذلك تنظيما فنيا جديدا للجزاء، فإلى جانب البطلان وهو الجزاء التقليدي في قانون العقود.

يوجد جزاء جديد هو إخضاع العقد للمتطلبات الاقتصادية، لان البطلان التقليدي لا يستجيب لما يتطلبه القانون المعاصر في مواجهة الظروف الاقتصادية[12]، ولقواعد النظام العام مبدأ عاما في نظام الجزاء إلى جانب الصور التقليدية، لان المصلحة العامة للبلد تكون عادة مرتبطة بتنفيذ العقود أكثر من عدم تنفيذها بشرط أن لا تكون مراجعة هذه العقود غير متماشية مع النظام العام[13]، لان تحول العقد لا يجب أن يكون المراد منه إشباع الحاجات الفردية فقط.

الفرع الثاني: اثار التحول تحقق المصلحة الخاصة

على خلاف الرأي الاول، يرى أصحاب هذا الرأي أن آثار تحول العقد تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأولى ليس إلا، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والاقتصاد الوطني.

كون مبدأ سلطان الإرادة يجعل للمتعاقدين كل الحرية في أن يتفقا على ابرام العقود طالما أنها في حدود القانون والنظام العام، وطبعا تهدف بالاساس الى تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقدين.

ما الفائدة اذن من ابرام عقد أو تطبيق نظرية تحول العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله والعمل جهد المستطاع الاستفادة من العقد الباطل وعدم اهداره ما دام التحول لا يحقق مصلحة المتعاقدين بالدرجة الاولى ويشبع حاجاتهما، ويهدف الى تغليب المصلحة العامة الامر الذي ينافي المنطق القانوني، فطالما اثار التحول تخدم المصلحة العامة بالدرجة الاولى يمكن للمتعاقدين ابدأ ارادتهما المعاكسة وبالتالي عدم تحويل العقد الباطل الى عقد صحيح.

المنارة للاستشارات

عقد البيع التافه الثمن في حالة بطلانه يتحول الى عقد هبة، ففي عقد البيع الباطل لمصلحة المشتري انتقال ملكية المبيع اليه دون دفع ثمن يساوي المبيع، وهو في حقيقة الامر بيع صوري، وطالما لم تتحقق هذه المصلحة لبطلان عقد البيع، في هاته الحالة يحول عقد البيع الباطل الى عقد هبة صحيح الذي ينتج عنه انتقال ملكية الشيء الموهوب الى الموهوب له، أي تحقيق مصلحة المتعاقدين بالدرجة الاولى.

عليه يمكن القول أن اثار تحول العقد تهدف بالاساس الى تحقيق المصلحة الخاصة شريطة أن لا يكون العقد الجديد مخالف للنظام العام والاداب العامة، وبتالي فهو يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة وهي الحفاظ على استقرار المعاملات، مع الاشارة أن المصلحة الخاصة هي الاولى التي تؤخذ بعين الاعتبار.

المبحث الثاني: آثار نظرية تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص

لا يجب القول بالتحول فقط اذا تحققت الشروط التي وضعها القانون بل يجب معرفة كيفية سريان التحول هل يتحقق بشكل رجعي كما في البطلان العادي، بالاضافة الى تحديد الأشخاص الذين تسري بحقهم هذه الاثار التي نتجت عن العقد الصحيح، وهو ما نحاول عرضه كلا في مطلب مستقل.

المطلب الأول: آثار نظرية تحول العقد من حيث الزمان

ان البطلان هو الجزاء المترتب على الاخلال الحاصل في تكوين العقد، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بشكل عام وكأنه لم يكن، أي أن العقد لم ينعقد أصلا مما يترتب عليه اعادة المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها من قبل، ورجعية آثاره إلى وقت حصوله، فمعنى هذا القول أن التحول هو الآخر يرتب آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان، وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، بمعنى أن تحول العقد ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر فوري[14].

علة ذلك أن التحول إنما يقصد به إنقاذ العقد من البطلان الذي لحق به، ولكن هل هذه القاعدة تطبق على العقود الفورية والعقود المستمرة على السواء أم لا؟. وقصد الاجابة على التساؤل المطروح نعرض سريان اثار التحول في العقود الفورية في فرع أول، وسريان اثار التحول في العقود الزمنية في فرع ثان.

الفرع الاول: سريان اثار التحول في العقود الفورية

إن البطلان يلحق بالعقد حال نشوئه وقيامه، إذ لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحا ثم بعد ذلك يلحقه البطلان، وعلى هذا الأساس فان القول بتخليص العقد وإنقاذه من البطلان لا بد أن يتم من اللحظة التي يلحق بها بالتصرف وليس من أي وقت آخر هذا من جهة.

المنارة للاستشارات

من جهة أخرى حيث قلنا عند الحديث عن الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد هو أن الإرادة اللازمة لتحول العقد هي الإرادة الافتراضية وهي إرادة غير حقيقية، ومبناها الخيال والتصور الأمر الذي يعني استبعاد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

عليه فان القاضي وهو يفترض أن إرادة المتعاقدين كانت ستتجه إلى العقد الصحيح الآخر الذي تضمنه العقد الباطل بين طياته لو أنهما علما بالبطلان قبل إبرامه، ومعنى هذا القول بالتأكيد أن هذا الافتراض لا بد أن يكون وقت إبرام العقد وليس في أي وقت آخر، إذ أن القول بغير ذلك يعني بالتأكيد أن أطراف العلاقة العقدية قد تحقق لديهما العلم بالبطلان ومع ذلك أقدما على الارتباط بهذا العقد الباطل، هو أمر لا يمكن تصوره عقلا.

على هذا الأساس فان تحول العقد لا بد أن ينتج آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان وإلا امتنع القول بإمكانية إعمال تحول العقد[15]، كما يمكن أن نستخلص هذا المعنى من خلال مراجعة نص المادة 105 من القانون المدني التي عالجت نظام تحول العقد حيث جاء في عجز هذه المادة ما يشير إلى هذا المعنى:"...فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

هكذا يمكن لنا من تدقيق هذا النص معرفة أن آثار تحول العقد من حيث الزمان إنما تتم بأثر رجعي إلى وقت حصول البطلان بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط افتراض أن المتعاقدين سيرتبطان بالعقد الصحيح لو علما بالبطلان[16].

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

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

هناك من الفقه من يرى أنه وفق المبدأ وهو رجعية أثر تحول العقد من حيث الزمان إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي، فانه إذا ما أصدر القاضي قراره بتحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح فلا يحق بعد ذلك للمتعاقدين رفض هذا القرار بحجة أنهم اعترضوا عليه كونه لم يتوافق مع ما كانوا يهدفون إليه من إبرام العقد الأصلي، إذ المفروض بهم في حالة عدم رغبتهم

المنارة للاستشارات

بإتمام تحول العقد أن يثبت أحد المتعاقدين أو كلاهما إرادة معاكسة لإجراء التحول وقت إبرام العقد الأصلي[17].

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

لكن هذا الرأي انتقد كون نص المادة 105 من القانون المدني لم تتضمن مثل هذا الشرط بأي وجه من الوجوه وعليه لا يمكن تحميل النص أكثر من معناه، لأنه إذا كان من الممكن القبول بهذا الرأي من الناحية النظرية فانه لا يمكن القبول به من الناحية العملية، ذلك أن اتفاق المتعاقدين الصريح على عدم قبول تحول العقد في حالة البطلان يفيد بأن المتعاقدين قد توقعا حصول البطلان مسبقا[18].

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

عليه فان الأمر يتعلق بالتفسير وليس بتحول العقد، على اعتبار أن الإرادة اللازمة لقيام نظام تحول العقد إنما هي الإرادة الافتراضية للقاضي عندما يحل نفسه محل المتعاقدين من أجل إنقاذ عقدهما الباطل[19].

سواء قلنا أن المتعاقد لم يرد بأية حال من الأحوال الارتباط بأي عقد من العقود كونه قد أقدم على الارتباط بالعقد الباطل مع علمه بالبطلان أو أنه أراد العقد الآخر على سبيل الاحتياط خشية حصول البطلان في العقد الأول الذي ارتبط به ابتداء، ففي كلتا الحالتين لا يمكن القول بإمكانية حصول تحول العقد، كون القول بذلك يعني مخالفة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

المثال على ذلك أن يقوم تاجر بمنح تاجر أو أي شخص تفويضا عاما، وهو يعلم بأن مثل هذا التفويض باطل كونه لا يجوز منحه إلا من قبل فئة التجار الكبار، ففي هذه الحالة يعد التفويض الذي منحه التاجر الصغير باطلا، ولا يمكن بأي حال من الأحوال القول بإمكانية تحول هذا التفويض إلى توكيل بالتعامل، طالما تحقق العلم بتطبيق نظام تحول العقد، ومن ثم

المنارة للاستشارات

تحويل هذا التفويض إلى توكيل في حالة واحدة فقط، وهي أن يكون التاجر الصغير لا يعلم من الأصل ببطلان التفويض الذي يجريه.

الفرع الثاني: سريان اثار التحول في العقود الزمنية

إذا بات الأمر واضحا بالنسبة لآثار تحول العقد من حيث الزمان بالنسبة للعقود الفورية أو آنية التنفيذ[20]، وذلك من خلال رجعية آثار تحول العقد إلى وقت إبرام العقد الأصلي، حيث وقوع البطلان ولا يمكن تصور أي وقت آخر لذلك وإلا امتنع القول بتحول العقد، لكن كيف تتحقق آثار التحول بالنسبة للعقود الزمنية[21]؟ وفي أي وقت يمكن أن ينتج التحول آثاره في مثل هذه العقود؟ هل يمكن القول بمبدأ الرجعية إلى وقت إبرام العقد أم لا على اعتبار أن الزمن له أثر جوهري في مثل هذا النوع من العقود؟.

ذهب الفقه في هذه المسألة إلى تجاهين مختلفين، فبينما يرى الاتجاه الأول أن هناك مبدأ عاما يطبق بخصوص آثار تحول العقد من حيث الزمان مفاده أن تحول العقد ينتج آثاره بشكل رجعي دائما، وفي جميع الأحوال سواء أكان العقد فوريا أم عقدا زمنيا حتى وان كانت هنالك ثمة صعوبات تظهر بشأن رجعية الأثر بالنسبة للبطلان.

ذلك نتيجة لطبيعة الالتزامات التي تم الإيفاء بها وبهذا يقول الأستاذ أحمد يسري:« إن أثر تحول العقد الباطل يقع عادة في وقت إبرامه، فالعقد الجديد يحمل تاريخ العقد المراد أصلا»[22]، أي أن العقد الجديد يحل بأثر رجعي محل العقد الباطل ويصح دون أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقد، إذ أنه هو الرابطة الوحيدة التي تقوم بين الطرفين وإنما يمكن إنهاؤه أو تعديله عن طريق اتفاق عكسي بمعنى إقالة هذا العقد[23].

بعبارة أخرى فان تحول العقد ينتج أثره بشكل رجعي وليس بأثر حال، وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن تحول العقد يقع بصفة عامة بأثر رجعي[24]، إلا أن هذا الاتجاه لم يأت في هذا بشيء جديد، فعقود المدة أو ما يسمى بالعقود الزمنية التي قيل بأن تحول العقد يعمل بالنسبة لها بأثر حال لان البطلان يعمل فيها بأثر حال كذلك.

لا تكون استثناء من تلك القاعدة لان طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن فيها باعتباره الركن الجوهري في الوفاء بالالتزامات تجعل الأثر الرجعي للبطلان من الصعب تصوره، حيث أن رد هذه الالتزامات الموفاة يكون متعذرا بسبب سريان الزمن إن لم يكن قد أصبح مستحيلا[25].

إذا كان هذا الرأي الذي ذكره الأستاذ أحمد يسري كما يبدو هو الموقف السائد ذلك أن أحد الفقهاء لم يذهب خلاف للرأيه بالنسبة للعقود الزمنية، إلا أن ثمة رأي فقهي حديث قد ظهر مؤخرا يذهب إلى خلاف ذلك بالنسبة لآثار تحول العقد من حيث الزمان، حيث عدا

المنارة للاستشارات

الفقيه الفرنسي (*lipinski*) أن تحول العقد في العقود الزمنية كعقد العمل مثلا لا يمكن استرجاع الالتزامات التي تم تنفيذها بموجب دعوى الاسترجاع.

في مثل هذه الحالات لا يكون للبطلان أن يعمل إلا بالنسبة للمستقبل فقط وليس للماضي، وان كان قد أقر بأنه في بعض هذه الحالات لا يمكن محو الماضي أو التغاضي عنه، ويسوغ رأيه هذا على:« إن البطلان ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل» بنظرية الظاهر التي اعتمدها القضاء بالنسبة لمثل هذه العقود والأوضاع الناتجة عنها[26]، فهو يقر ضمنا بأن تحول العقد يمكن أن ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل وليس بأثر رجعي نظرا لصعوبة القول بانتفاء الأوضاع التي تترتب على تنفيذ العقد أو جزء منه[27].

لا شك بأن فكرة الأثر الرجعي للبطلان تعتبر من الأسباب الهامة التي جعلت نظام تحول العقد أكثر أهمية وخطورة في معالجة الكثير من النتائج التي تترتب على هذه الفكرة كون الأمر يكون دقيق عند التعرض لحالات معينة كحالة بطلان عقد الزواج والآثار المترتبة عنه[28].

لا نؤيد فكرة أن نظام تحول العقد يمكن أن يقع بأثر حال حتى بالنسبة للعقود الزمنية ذات الآجال الطويلة، حتى وان كانت هذه العقود قد نفذت آثارها بشكل كامل أو بشكل جزئي في كل يوم من أيام تنفيذها، الأمر الذي ينتج معه أوضاعا قانونية سواء بشكل دائم أو مؤقت، حيث لا يمكن لقرار المحكمة الذي يصدر ببطلان هذا النوع من العقود بأي حال من الأحوال أن يؤدي إلى محو هذه الآثار والأوضاع الناتجة عن التنفيذ.

كما هو الحال مثلا في عقد الإيجار، حيث إن الحكم ببطلان العقد لا يمكن أن يمحو الآثار التي ترتبت على تنفيذ هذا العقد، على اعتبار أن المستأجر في هذا العقد قد شغل المأجور وانتفع به فعلا وعليه لا يمكن إلغاء هذه المنفعة، حيث أن هذه الآثار تعد من باب النتائج المادية التي ترتبت على تنفيذ العقد أو جزء منه.

إلا أنه ومع ذلك نرى أن التحول في مثل هذا النوع من العقود إنما يحدث آثاره بشكل رجعي من حيث الزمان إلى وقت حصول البطلان، وهو وقت إبرام العقد وليس إلى تاريخ الحكم به، لان القول بغير ذلك يعني الاعتراف صراحة أن العقد الباطل قد أنتج آثارا قانونية صحيحة وهو أمر غير مقبول قانونا، وإلا ما العلة من القول بالبطلان أصلا، ذلك أن العقد الباطل لا يمثل بأي حال سببا قانونيا لإنتاج الآثار كونه غير موجود أصلا في نظر القانون من تاريخ حصوله.

من ثم لا يمكن اعتباره متحققا في أي وقت آخر طالما كان في حكم العدم، فعقد الإيجار بالنسبة للقائلين بإمكانية تحول هذا النوع من العقود من حيث المضمون فقط دون الحاجة إلى

المنارة للاستشارات

تحول العقد إلى عقد آخر من طبيعة مختلفة، فان الواقع في هذه العقود وبعد تحولها من عقود باطلة إلى عقود صحيحة ستستمر بذات المضمون الأمر الذي يعني تحقق أثر تحول العقد بأثر رجعي كذلك وليس من أي وقت آخر[29].

إذا أبرم عقد الإيجار بشكل مؤبد فهذا العقد يعد باطلا لمخالفة نصوص القانون وبالتالي فانه يمكن أن يتحول وفقا للقائلين بهذا الرأي إلى عقد صحيح من ذات المضمون وهو عقد إيجار أيضا ولكن لمدة مؤقتة.

وعليه فان هذا العقد الصحيح الذي تحول إليه عقد الإيجار الباطل قد استمر بذات الطبيعة بين نفس الأطراف الأمر الذي لا يجعل للوقائع المادية المتمثلة بواقعة الانتفاع ذات تأثير كبير وبالتالي فان العقد الجديد يسري بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد الأصلي الباطل (عقد الإيجار المؤبد)، ومن ثم فليس هناك مجال لقول أن تحول العقد ينتج آثاره بشكل حال أو مستقبلي.

كما أن القول بأن تحول العقد يتم بالاستناد إلى الإرادة الافتراضية التي تقوم على أساس افتراض القاضي حيث لا يمكن القول بالإرادة الحقيقية، إذ أن هذا القول يعني أن العقد الآخر الصحيح لو أريد حقيقة ففي هذه الحالة فان صحته تستند إلى إرادتهم الحقيقية، الأمر الذي يعني هدم أحد أركان تحول العقد الأساسية، ومن ثم الخوض في نظام آخر هو التفسير الذي يهدف إلى معرفة حقيقة ما عناه المتعاقدان من عقدهما المبرم[30].

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

على هذا الأساس نرى أن نظرية تحول العقد إنما تنتج آثارها من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي الذي جاء باطلا، وليس من أي وقت آخر.

المطلب الثاني: آثار نظرية تحول العقد من حيث الأشخاص

ان آثار العقد من حيث المبدأ لا تنصرف إلا إلى أطراف العلاقة العقدية دون غيرهم بوصفهم قد التزموا بهذا العقد بموجب إرادتهم الحرة، حيث لا يمكن للشخص أن يلزم غيره بعقد لم يكن هذا الغير طرفا فيه، وان كانت هناك بعض الاستثناءات التي تسري فيها أثر العقد

المنارة للاستشارات

على الغير الأجنبي عن العقد، وهذا المبدأ أي اقتصار أثر العقد على طرفيه يعرف في اللغة القانونية بالأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص[31].

إن كان هذا المبدأ يؤخذ في العقود التي تنشأ على الوجه الصحيح والقانوني، فما هي طبيعة الآثار التي تنشأ عن تطبيق نظرية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر؟ لاسيما وأن الذي يبرز للوجود نتيجة تطبيق نظام تحول العقد هو عقد صحيح مما يعني أن آثاره تسري في حق طرفيه وحق الغير، وعليه نعرض سريان اثار التحول في حق المتعاقدين في فرع أول، وسريان اثار التحول في حق الغير في فرع ثان.

الفرع الاول: سريان اثار التحول في حق المتعاقدين

بما أن الغاية الأساس للمشرع من إيجاد نظام تحول العقد هو إنقاذ العقد الذي ارتبط به المتعاقدان من واقعة البطلان، وما قد يترتب من آثار سلبية عليه متى تمت عملية تحويل العقد من قبل القاضي الذي عرض عليه النزاع.

معنى هذا القول أن يظهر إلى الوجود عقد آخر صحيح نتج عن العقد الباطل[32]، الذي ارتبط به المتعاقدان أصلا، حيث توافرت أركان هذا العقد الآخر الصحيح في ذات العقد الباطل، وعليه طالما سلمنا بقيام هذا العقد الآخر الصحيح الذي ظهر إلى الوجود الواقعي القانوني لذا فان العقد لابد أن ينتج عنه آثارا ما.

ترتيب الآثار هذا يعني أن العقد قد أوجد التزامات متبادلة في جانب كل طرف من أطرافه اللذين ارتبطا به، ومن ثم لا بد لكل طرف من هؤلاء بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه طبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[33].

هذه الآثار التي تنتج عن إعمال نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها والذي يجب أن لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة.

معنى أنه لا بد لكي ينتج العقد الصحيح آثاره بحق المتعاقدين نتيجة التحول أن لا يتغير أحد أطراف العلاقة العقدية، وعليه إذا تطلب الأمر إدخال متعاقد جديد لتمام العقد، فمعنى هذا بالتأكيد هو امتناع التحول[34]. جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بقولها:« تحول العقد الباطل انما يكون في حالة بطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد اخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت الى قبوله دون ادخال عنصر جديد عليه، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد انتهت الى بطلان الاتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد عن هيئة الاذاعة فان القول بامكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس»[35].

المنارة للاستشارات

جاء أيضا في قرار محكمة النقض المصرية الاتي:« تحول العقد يكون ممتنعا اذا كان يستلزم ادخال متعاقد جديد ليعقد العقد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الاصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره البيع الجديد الصادر منه بصفته الشخصية، فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه»[36].

يعد العقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل ملزما لأطرافه، فهم يلتزمون بتنفيذ فقراته كاملة، وليس في وسعهم التنصل من الالتزامات التي تنتج عنه على أساس أنهم لم يتفقوا عليه ابتداء.

ذلك أن حلول إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين إنما تمت بالاستناد إلى تحقيق الغايات الاقتصادية للمتعاقدين، أو على القدر الذي من خلاله أن يحققا أهدافهما، وذلك من خلال افتراض أن إراداتهما كانت ستتجه إلى العقد الجديد الصحيح في حال علمهما بالبطلان، ولذا يعد العقد الجديد ملزما لهما بكل ما يتولد عنه من التزامات[37].

طالما قلنا أن العقد الصحيح الذي ظهر إلى الوجود نتيجة لإعمال التحول يرتب آثاره بالدرجة الأساس في حق المتعاقدين، فان معنى هذا القول بالتأكيد هو أن آثار التحول ستنتقل إلى الخلفاء العموميين للمتعاقدين، كالورثة والموصى لهم بمجموع التركة أو بجزء منها على اعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام[38].

الطرف الذي يتمسك بتحول العقد لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه. إنما اللازم فقط ضرورة اقتناع القاضي دائما بتوافر هذه الشروط، إلا أن هناك من الفقه من يعتقد بأن الذي يتمسك بتحول العقد يكون مع ذلك ملزما بالإثبات، ويحتج على ذلك جانب اخر من الفقه الذي يرى بأن تحول العقد إنما يخدم في المحل الأول حاجة المتعاقد وعليه فان إعماله ضد إرادة ذلك الذي كان من الواجب أن يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض[39].

لما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون فمن الواجب على القاضي مراعاة إمكان تحويل العقد في الدعوى من تلقاء نفسه، ومع ذلك فعلى طرفي العلاقة التعاقدية أن يقدما للقاضي مادة حكمه، ويضعا أمامه الوقائع التي ينتج عنها التحول في الدعوى، الا أن جانبا من الفقه ينفي إمكان أن يحول القاضي العقد من تلقاء نفسه للاسباب المذكورة سابقا.

الفرع الثاني: سريان اثار التحول في حق الغير

إن صحة العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل لا تسري بين المتعاقدين فقط، بل تسري كذلك في مواجهة خلفائهم العموميين، بمعنى أن آثار تحول العقد هذه لا تقف عند هذا الحد، وإنما تسري هذه الآثار أيضا في حق أي شخص ثالث الغير عن العقد كما هو الحال بالنسبة إلى الغير حسن النية[40].

المنارة للاستشارات

لبيان ذلك أكثر يمكن أن نضرب المثال الآتي: إذا كان هناك عقد توريث ملزم لجانب واحد، وكان هذا العقد باطلا نظرا لكون أحد طرفيه قاصرا ولم يبلغ السن القانونية، وتحول العقد الباطل إلى وصية لاحتوائه أركان الوصية رغم بطلانه[41]، ففي هذا المثال فان الورثة أو الموصى إليهم ببعض المال في وصية سابقة أن يستندوا إلى بطلان الوصية التي تحول إليها عقد التوريث الباطل، ذلك أن آثار هذه الوصية تسري بحقهم بعد أن تحولت وأصبحت صحيحة[42].

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

خاتمة:

من خلال تحليلنا لاثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري نخلص الى أنه رغم اختلاف آراء الفقه وانقسامه حول اثار التحول بين من ذهب الى تأييد الحرية المطلقة لارادة الاطراف في تكوين العقد الجديد وكذا تحديد اثاره، ومن اعتبر أن آثار التحول تبقى مجرد وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الاساس، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والاقتصاد الوطني.

كما أن نظام تحول العقد إنما ينتج آثاره من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي الذي جاء باطلا في العقود الفورية أو الزمنية، هذه الاثار التي تسري في حق المتعاقدين وخلفهما العام والغير الخارج عن العقد.

ولعل من بين أهم النتائج المستخلصة من الدراسة الاتي:

- إن الأثر الأساسي الذي يترتب على إعمال نظرية تحول العقد يتمثل في إنقاذ العقد من البطلان بالشكل الذي يسهم في استقرار العلاقات العقدية.
- رغم اختلاف الاراء حول اثار نظرية تحول العقد الا أننا يمكن القول أنها تبقى وسيلة لاشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الاساس، لكن طبعا ليس على حساب مصلحة المجتمع والاقتصاد الوطني.
- ان آثار تحول العقد تنصرف بالدرجة الأساس إلى أطراف العلاقة العقدية ذاتهم، كونهم هم ذاتهم أطراف العقد الباطل الذي تحول إلى عقد آخر صحيح، كما وتنصرف إلى الخلف العام للمتعاقدين وقد تسري في حق الغير كذلك كما هو الحال بالنسبة للغير حسن النية.

المنارة للاستشارات

- ينتج التحول آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ البطلان وليس من تاريخ الحكم بالتحول، والعلة في ذلك هي أن الغاية من التحول هو إنقاذ العقد من البطلان، وحيث لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحا ثم بعد ذلك يلحقه البطلان، لذا فان تخليص العقد من البطلان لا يكون إلا في اللحظة التي يلحق بها العقد، وليس في أي وقت آخر يضاف إلى ذلك أنه طبقا للإرادة الافتراضية اللازمة لقيام التحول فانه لا بد من افتراض هذه الإرادة وقت قيام العقد وليس في أي وقت آخر حيث لا يمكن القول بغير ذلك، وحيث أن القول بغير هذا الوقت يعني معرفة المتعاقدين بالبطلان، وإقدامهما على الارتباط بالعقد وهو أمر غير مقبول.

من خلال النتائج المتوصل اليها نجد أن نظرية تحول العقد، وكذا اثارها سواء بالنسبة للعقود الفورية أو العقود الزمنية، أو بالنسبة للاطراف العقد أو الغير، يكتنفها الكثير من الغموض والابهام في عدة مسائل، الامر الذي يشكل عائق عند تطبيقها من قبل القضاء،وعليه نقترح تعديل المادة 105 من القانون المدني،أوادراج نصوص قانونية توضيحية تسهل على المتعاقدين والقاضي تفعيل النظرية أكثر.

الهوامش:

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، جمهورية لبنان، 1998، ص 100.

[2] - صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، ص 230.

[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 100.

[4] - ونجد في الشريعة الاسلامية ان كان المتعاقدان لهما الحرية في انشاء العقود الا أن أحكام العقود واثارها تكون من الشارع لا من المتعاقد، فالمتعاقد ينشىء العقد فقط ولكن لا ينشىء الاثار، وتبعا لذلك نجد أن اثار التحول ستخضع لحكم الشارع الحكيم دون الرجوع الى نية المتعاقدين أو ارادتهما وبالتالي هذه الاثار تكون مأطورة باطار الموافقة وعدم المخالفة لاحكام الشريعة، حيدر جبار محمود، تحول العقد وأثره في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، بغداد، العدد الرابع، ص 206، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 230.

[5] - سليمان مرقس، نظرية العقد، جمهورية مصر العربية، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، ص 320.

[6] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، جمهورية لبنان، 1998، ص ص 105، 108.

[7] - لقد اتسعت دائرة النظام العام فهناك نظم كثيرة ارتفع فيها المشرع فوق إرادة المتعاقدين فلا يسعهما مخالفتها، وذلك راجع إلى فقد المشرع ثقته بسلطان الإرادة، وهو كثيرا ما يتخطى الظواهر ويتغلغل في الصميم فلا يرى أمامه في العقد إرادتين حرتين تتفقان، بل يرى في الميدان الاقتصادي قوتين غير متكافئتين فيتقدم لنصرة الجانب الضعيف ويحميه من استغلال الجانب القوي، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 283، سليمان مرقس،

المنارة للاستشارات

نظرية العقد، المرجع السابق، ص 320، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص ص 105، 108.

[8] – حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد، جمهورية العراق، 1976، ص 69.

[9] – قرار محكمة تسبين الكون الجزئية الصادرفي 1934/10/26 العدد 277، مجلة المحاماة المصرية، العدد السادس، مارس 1936، ص 629.

[10] – عبد المنعم فرج الصدة، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، الجزء الثاني، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1972، ص ص 60، 61.

[11] – يحمل النظام العام الاقتصادي الفكرتين اللتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسيير الفرد، فيجبر على المساهمة في غاية اقتصادية أو اجتماعية لا يرغب فيها، وأحيانا أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، فتوفر له تلك الحماية، وهكذا يكون هذان الاهتمامان وجهي النظام العام الاقتصادي الذي يتفرع إلى نظام اقتصادي توجيهي أو موجه، ونظام عام حمائي أو اجتماعي علي فيلالي،الالتزامات،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،2011، ص ص 282، 283.

[12] – صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 240.

[13] – المرجع نفسه، ص ص238،234، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل إجازة معهد القضاء، شعبة الأنظمة، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص 135، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 106.

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

[15] – علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، جمهورية لبنان،2015، ص 360.

[16] – حمد خاطر نوري، المرجع السابق، ص 9.

[17] – عبد المجيد خلف العنزي، بطلان العقود في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2010، ص 546.

[18] – عبد المجيد خلف العنزي، المرجع السابق، ص 546.

[19] – علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 368.

[20] – هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد،، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، جمهورية لبنان، 2008، ص ص 55، 56.

[21] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2011، ص 179، مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، جمهورية لبنان، 2007، ص 154.

[22] – علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370.

المنارة للاستشارات

[23] – صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص245، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 138.

[24] – علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص370، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص 137.

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

[26] – عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1955، ص 44.

[27]– *Lipinski(pascal), la conversion des actes juridiques ,ouvrage précité,2002 , p 1178.*

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

[29] – على أنه يجب ملاحظة أن فكرة الأثر الرجعي هذه تجعل نظام تحول العقد يشتبه في هذه الناحية مع نظام الإجازة، على اعتبار أن تأييد العقد يؤدي هو الآخر إلى زوال العيب الذي لحق العقد القابل للإبطال من تاريخ إبرامه، ومن ثم فتأييد العقد يجعل العقد مستقرا في التعامل بأثر رجعي إلى تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ حصول التأييد أو الإجازة، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص 373، 374.

[30] – مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 463.

[31] – علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 376.

[32] – سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، العدد الثالث والعشرون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، 2014، ص 24.

[33] – محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، العدد الرابع والخمسون، السنة السابعة والعشرون، مجلة الشريعة والقانون، 2013، ص ص 228، 229.

[34] – صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 246.

[35] – نقض جلسة 1970/1/29، المكتب الفني 21، رقم 34، ص 213 .

[36] – نقض مدني 1970/11/26 مجموعة أحكام النقض 21، سنة 1976، ص 192.

[37] – علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 382.

[38] – أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الوسيط في القانون المدني، إساءة استعمال الحق والقانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، جمهورية مصر العربية، 1998. ص 404.

[39] – صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 248.

المنارة للاستشارات

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

[41] – عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الاسرة:" الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع".

[42] – علي كاظم الشباني،المرجع السابق، ص ص387، 388، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 542.

المنارة للاستشارات

.

المنارة للاستشارات