



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم : حقوق

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف :

الأستاذة الدكتورة: حورية لشهب.

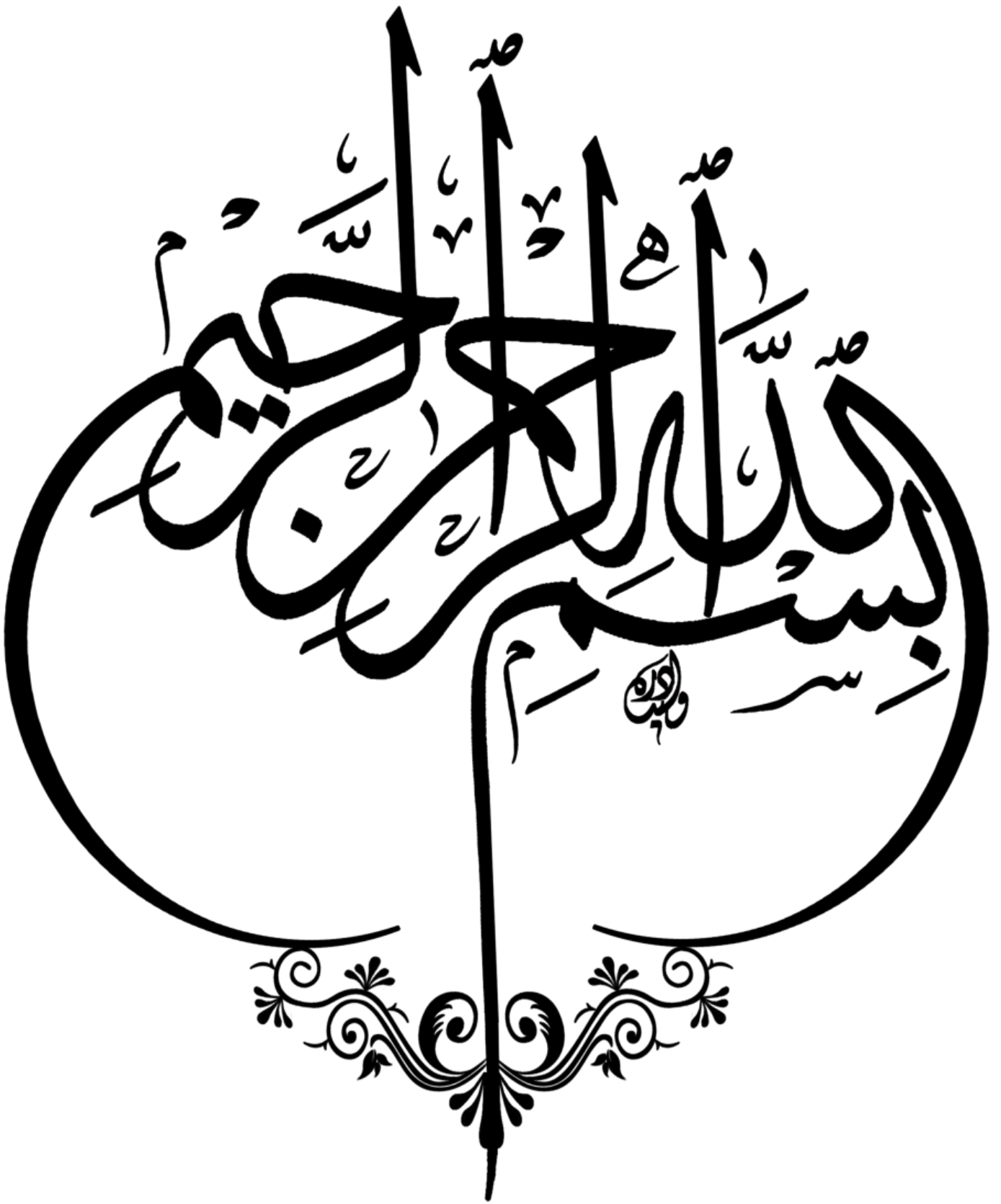
من إعداد الطالبة:

- نريمان خمار.

أعضاء لجنة المناقشة السادة :

الصفة	الجامعة	الرتبة	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر "أ"	د/ نصر الدين عاشور
مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ حورية لشهب
ممتحنا	جامعة باتنة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ الواسعة زرارة صالح
ممتحنا	جامعة باتنة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ عبد الوهاب مخلوفي
ممتحنا	جامعة مسيلة	أستاذ محاضر "أ"	د/ إلياس عجابي
ممتحنا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر "أ"	د/ علي دحامية

السنة الجامعية : 2021/2020



إهداء

إلى من غيبتهما الأقدار عني وأنا في عز حاجتهما...

أبي أخي رحمة الله عليكما.

إلى من جعلت من نفسها شمعة تحترق كي تضيء لنا الدروب وغاب معها كل جميل...

أمي الغالية رحمة الله عليك.

إلى من ساندوني في رحلة الدراسة فكن خير سند لي أخواتي الاعزاء....

حفظكن الله.

إلى أساتذتي الافاضل...إعترافا مني بفضلهم....

جزاكم الله عني

خييرا.

إلى كل من مد لي يد العون ...

شكرا جزيلا.

أهدي لكم هذا الجهد المتواضع...

الباحثة.

شكر و عرفان

أساتذتي الافاضل:

إعترافي بفضلهم الجم، وتقديرا لعطائهم في خدمة القانون والعلم، وقيامما بواجبي

نحوهم

أضع بين أيديهم أطروحتي هذه، التي هي رجع لصدى صوتهم، وثمره لغرس يدهم، وقطرة

من فيض بحرهم.

أما بعد

حينما يتتبع بجزيل فضلها ثمار كل عمل، ويكتمل بوافر عطائها في النفس كل أمل،

تنحني النفوس إن حناء بصدقها، وتحار القراطيس من عظيم قدرها، وتعجز عن شكرها

الأقلام، فالشكر على الشكر مزيينا بترانيم العرفان والإجلال والتقدير للأستاذة الدكتورة لشهب

حورية على توجيهاتها وتسديدها لخطنا، أطال الله في عمرها وسدد خطاها وزادها في رفع

قدرها.

والشكر موصول إلى أعضاء اللجنة المناقشة الذين تكبدوا عناء قراءة هاته الأطروحة

وشرفوني بمناقشتها، فجزاهم الله عني خير جزاء.

الباحثة.

قائمة المختصرات:

1- باللغة العربية:

- ق م: قبل الميلاد.
- 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 ي : ميلادي.
- م د : المادة.
- م ق: مجلة قضائية.
- ق م: قانون مدني.
- ق أ: قانون أسرة.
- ن س: النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر.
- ن ق: نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر.
- م أ : مجموعة الأحكام، وزارة العدل، الجزائر.
- م ع.غ.أ.ش: المحمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية.
- غ.ق.خ: غرفة القانون الخاص، المجلس الأعلى سابقا.
- أ.ق.غ.أ.ش: الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

أ.ق: اجتهاد قضائي.

2- باللغة الفرنسية:

Art : Article

P : page.

N°: Numero.

Op. cit: opere citato = dans l'ouvrge cite.

Al : Alinea.

مقدمة

الأصل في التصرفات الباطلة كما هو معروف لدى المختصين في القانون، أنها لا تتعد ولا ترتب أثرا قانونيا وهو مبدأ متفق عليه إقرارا لمبدأ المشروعية، وعليه تعاد الحال إلى ما كانت عليه قبل إنعقاد التصرف وهو الأصل، نظرا لقسوة هذا الجزاء ونتيجة ضرورات عملية وقانونية أهمها حماية الغير حسن النية من سوء نية المتعاقدين أو من تقصيرهم في إتمام التصرف وفق القانون.

وتأسيسا على فكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات، فمن الممكن أن يثبت للتصرف الباطل آثار قانونية، وذلك كله يصب في بوتقة قواعد العدل والإنصاف، وبالتوقيت نفسه فإن التوسع في ترتيب الآثار على هذا التصرف الباطل من شأنه تفرغ النص القانوني من معناه وإفقاده لمحتواه.

لذا نجد المشرعين عادة ما يضعون من الوسائل القانونية التي يسعون من خلالها إلى الحفاظ على التصرفات القانونية من البطلان الذي يتهدها ويعدمها من الوجود أو على الأقل إضعاف آثارها وهذا حفاظا على المراكز القانونية ومصالح يستوجب البطلان زوالها، وذلك عن طريق إعتداد عدد من الأنظمة القانونية التي يمكن من خلالها تحقيق هذا الهدف الذي يسعوا إليه، الأمر الذي جعل الكثير من الفقهاء يجتهدوا لإيجاد الحلول المناسبة للتقليل من حالات البطلان التي تعتري هاته التصرفات والاستفادة منها قدر المستطاع.

لذا إعتبرت نظرية تحول التصرف القانوني الملجأ الأنسب لتلافي هذه النتائج مما يساعد على المحافظة على استمرار العلاقات العقدية، إذ تعتبر نظرية التحول آلية لا يمكن الإستغناء عنها في ظل النظم القانونية الحالية، كونها تسعى دائما إلى التقليل من حالات البطلان والاستفادة من التصرفات القانونية بما يؤمن تحقيق الغايات الإقتصادية والإجتماعية لها.

وعليه تعتبر نظرية تحول التصرف القانوني من أهم النظريات العامة في القانون، والتي يمكن تطبيقها على مختلف الأعمال القانونية سواء في ذلك التصرفات القانونية ويستوي أن يكون هذا التصرف عقداً أو قراراً إدارياً، أو الأعمال القانونية بالمعنى الضيق، وهذا ما زاد من بروزها وتطورها لتجد لها صدى ضمن روابط القانون العام. وإذا كانت الحاجة إلى نظام قانوني ما، هي أولى الخطوات في وضع القواعد والضوابط التي تضمن إضافته إلى البناء القانوني ووضعه موضع التطبيق، إما بإبتداعه وخلقها، وإما بالبحث في إستعارته وتكييفه ليلئم مع المجتمع وظروفه الخاصة، ونجد المشرع الجزائري أخذ بالفكرة الأخيرة فتبنى نظرية تحول العقد من الأنظمة القانونية المقارنة وبالضبط من نص المادة 140 من القانون المدني الألماني الصادر سنة 1896 التي جاء فيها: «إذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملاً على شروط تصرف قانوني آخر كان هذا التصرف الآخر قائماً وصحيحاً، إذ أثبت أنه لو علم الطرفان ببطلان التصرف الأول لأرادا هذا التصرف الأخير».

وعليه جاء نص المادة 105 من القانون المدني ليؤكد تبني المشرع الجزائري لنظرية التحول التي نصت على الآتي: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»، ومناط هاته النظرية بإقتضاب هو أن التصرف القانوني الباطل قد يحمل في طياته عناصر تصرف آخر صحيح فيتحول إلى هذا الأخير متى إنصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك.

لكن نجد المشرع الجزائري إقتصر في نص المادة 105 من القانون المدني على تحول العقد دون باقي التصرفات القانونية الأخرى رغم أن هاته المادة تعتبر النص العام لتطبيق هاته لآلية في مختلف فروع القانون وعلى جميع التصرفات سواء الفردية أو التعاقدية، لذلك إرتأينا دراسة جميع التصرفات القانونية بصفة عامة دون الإكتفاء بالعقد

فقط، وعليه جاء عنوان الدراسة تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري ولم يأت تحول العقد في القانون المدني.

مع الإشارة إلى أن نظرية التحول ليست بالجديدة بل أن هاته النظرية تمتد جذورها بعيدا في التاريخ، ونص عليها في أغلب المنظومات القانونية المدنية سواء الغربية أو العربية، على رأي سافيني القائل: « القانون لم يكن وليد رأي واحد أو يوم واحد بل أنه وليد التاريخ وتداول الأيام والعصور، وهو بهذا يخضع لمبدأ التطور المستمر ويتكيف مع المتجمع الذي تتغير أفكاره وعاداته مع الزمان، وعلى هذا فإن الدراسة القانونية لا تقتصر على دراسة القانون في حاضره فحسب بل تمتد إلى ماضيه ومستقبله».

غير أن بعض الأنظمة القانونية لهاته الدول تبنت النظرية كأصل قائم بذاتها وجعلتها إحدى فروع النظرية العامة للإلتزامات في حين أن أنظمة قانونية أخرى لم تتبن تلك الفكرة كنظرية قائمة بذاتها في نظامها القانوني، وإنما ضمننت تشريعاتها تطبيقات عملية لها دون أن تجعلها أصلا من أصول نظامها القانوني.

1- أسباب إختيار الموضوع:

إن أسباب إختيار هذا الموضوع الموسوم بـ « تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري » عديدة منها ما يرجع إلى أسباب موضوعية، ومنها ما يرجع إلى أسباب ذاتية نوردتها كالاتي:

أ- أسباب موضوعية:

لعل من أهم أسباب التي دفعتنا إلى إختيار الموضوع ليكون مدار للبحث هو إيراز القيمة العملية والواقعية لآلية تحول التصرف القانوني، وكذا إيراز أهمية ودور القاضي في مجال الرابطة العقدية، وعلاقته بالمبدأ المعروف مبدأ حرية التعاقد، أو كما يعبر عنه بالعقد شريعة المتعاقدين أي أن الإرادة حرة في إنشاء ما تراه من التصرفات.

فمبدأ سلطان الإرادة يمنع أي تدخل في العقد من حيث التعديل لا يمكن أن يتم إلا من قبل أطراف العلاقة العقدية ذاتهم، الأمر الذي دفع المشرعين إلى البحث عن وسائل وآليات جديدة يمكن من خلالها الخروج عن هذا المبدأ.

بالإضافة إلى زيادة صور وحالات التحول على الصعيد العملي، حيث أن الواقع الإقتصادي يشهد تطورا كبيرا، عادة ما يرافقه أوضاعا قانونية كبيرة تتطلب هي الأخرى معالجة دقيقة، لا سيما ما يتعلق منها بإزدياد حالات بطلان التصرفات القانونية، وما يتطلبه ذلك من وضع المعالجات المناسبة من أجل تحقيق سياسة إنقاذ التصرفات من البطلان بهدف حماية الثقة المشروعة في المعاملات متمثلة خاصة بمبدأ حماية الظاهر.

ب- أسباب ذاتية:

إن هاته النظرية لم تلق الاهتمام الذي تستحقه وتواصل تهمشيها بالرغم من أهميتها كونها نظاما فاعلا في تطبيق سياسة إنقاذ التصرفات من البطلان وحماية مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، وهذا يدعونا إلى ضرورة الكشف عنها لذا أردنا تناول هذا الموضوع بشكل دقيق محاولين إعطاء مساحة واسعة لكل جزئية فيه حتى يتسنى للباحثين في المجال القانوني وغيرهم الإستفادة من النظرية إلى أبعد الحدود، وتكون مرجعا لجمهور القانونيين من الطلبة والأكاديميين والمستشارين عند مواجهتهم لإشكالية البحث المطروحة. وذلك راجع أن معظم الدراسات لم تعالج الموضوع بشكل وافي يمكن الباحث القانوني من فهم النتائج الأساسية التي ترتب على أعمال نظرية التحول خاصة في القانون والقضاء الجزائريين، كما نبين أهمية هاتها على الصعيدين العملي والنظري الأمر الذي دفعنا لمعالجة هاته المسألة الهامة بشكل يزاوج بين الآثار النظرية على المستوى الفقهي والقانوني والآثار العملية من خلال الإجتهادات القضائية في القضاء الجزائري والمقارن.

2- أهمية الموضوع:

تتبع أهمية هذا الموضوع من خلال تناوله لمشكلة من أدق المشاكل القانونية وأكثرها تعقيدا وإثارة للجدل في مجال القانون الخاص والتي إستعريت لتطبيق في مجال القانون العام، ألا وهي نظرية تحول التصرف القانوني، فهاته النظرية تنتمي إلى طائفة الموضوعات المشتركة التي تربط بين تخصصات عدة.

رغم ما يكتنفها من الغموض والإختلاف في شأنها، وما يحوطها من الصعوبة إذ يحتاج إعمالها الكثير من الدقة، كونها تبدو للوهلة الأولى شروعا في الخروج على المشروعية لإنقاذ الإرادة من البطلان متى تخلفت الأركان والشروط اللازمة لصحة التصرفات القانونية، والإستفادة من هاته التصرفات بما يؤمن تحقيق غايات المتعاقدين وأهدافهم الإقتصادية والمصلحة الخاصة، دون إغفال المصلحة العامة.

على هذا الأساس فهي نظاما فاعلا في تطبيق سياسة إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان، وإن عدم وجود نص خاص لنظرية التحول في هذا التشريع أو ذلك لا يعني على الإطلاق غياب دورها أو عدم الإلتفات إليها، لأن التطبيقات التشريعية القضائية تؤكد وجود الأخذ بها بل أن المنطق القانوني والعملي لا يدع مجالا للشك بعدم الإستغناء عنها وعن حالاتها وآثارها.

وليس هذا دفاعا عن النظرية فمكانتها بين غيرها من النظريات القانونية بالإضافة إلى أهميتها العملية جعلها في غنى عن دفاع الأنصار، لكن رغم هذا لم تلق الإهتمام والمكانة التي تستحق في معظم التشريعات، فضلا عن أن الكتابات الفقهية القانونية لم تعطها مكانتها من البيان فهي درجت على معالجتها ضمن الآثار العرضية للعقد الباطل ولم تستفيض في توضيحها، ضف إلى ذلك ندرة الأحكام القضائية في التشريع الجزائري الخاصة بتطبيق آلية التحول ما وضح عدم الفهم الجيد والرصين للنظرية من قبل القضاء وهذا ما جسدهت القرارات القضائية المعدودة في هذا المجال.

رغم أن آلية التحول تساعد في سد النقص الحاصل في التشريعات القانونية بهدف تحقيق التكامل القانوني والقضائي، من خلال الآراء الفقهية في إطار القانون، وهكذا فإن آلية التحول تعتبر حلاً منطقيًا للكثير من المشاكل التي تثور على الساحة القضائية، ناهيك عن الإشكالات الكثيرة المطروحة بخصوص سلطة القاضي التقديرية في تحويل التصرف القانوني الباطل إلى تصرف صحيح.

على هذا الأساس وجدنا من الأهمية معالجة نظرية تحول التصرف القانوني كجزئية هامة ضمن سياسة إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان وجعلها أهلاً للبحث في أطروحة دكتوراه بغية تأصيلها وتحليل مفرداتها وشرائطها، إذ حاولنا التطرق إليها بالدراسة بقدر ما توفر لنا من إمكانيات بسيطة عسى أن نصل إلى ما نصبوا إليه ونعطي الموضوع حقه.

3- أهداف الموضوع:

يهدف هذا الموضوع لتسليط الضوء على نظرية التحول من خلال عرض نظامها القانوني، والوقوف على مواطن النقص والغموض التشريعي والتي نرى لزاماً أن يعالجها المشرع، وسوف نوجه الدعوة لتدخله كلما عانا لنا قصور أو غموض في التنظيم التشريعي، وكذا إزالة اللبس الذي آثاره بعض القانونيين المحدثين حول معرفة الفقه الإسلامي لنظرية التحول.

والإجتهاد لإيجاد الحلول القانونية لمشكلة الدراسة من خلال الوقوف على مختلف الآراء الفقهية والنظريات التي بحثت في الموضوع، ومن ثم التحليل القانوني المنطقي لمبررات كل نظرية بالإضافة إلى الإنتقادات التي وجهت إليها، لنتمكن من الموازنة بين تلك النظريات آملين الوصول إلى التأصيل القانوني الملائم للنظرية.

كما تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على أهمية وظيفة القاضي وحقيقة الدور الذي يجب أن يقوم به في سبيل تحقيق توازن العلاقة العقدية، ومنع الضرر بأحد أطرافها، وكذا تحديد مدى سلطته وحدوده في تحويل التصرف القانوني، وإستنتاج الأساس الذي يستند إليه القاضي في ممارسته هاته، وعلاقة كل هذا بمبدأ سلطان الإرادة، بالإضافة إلى عرض أهم

التطبيقات العملية لآلية التحول، نهايك عن عرض بعض التطبيقات المختلفة في العديد من القوانين المقارنة بغية التحقق من ناجعة هاته الآلية بالنسبة لنا.

4- نطاق الموضوع:

إن الخوض في نظام التحول يوجب علينا ومن أجل تغطية الموضوع بشكل يمكننا من خلاله فهم الموقف القانوني للتشريع الجزائري، كون نظرية تحول التصرف القانوني من السعة والتشعب بحيث لا تحيط أو تقي بها أطروحة دكتوراه واحدة لوجود عدة تطبيقات لها في كل فروع القانون سواء القانون الخاص أو القانون العام، لذلك آثارنا الإقتصار على معالجتها من أكثر جوانبها أهمية من وجهة نظرنا فألزمنا أنفسنا بدراسة تاريخية شاملة، تبدأ من القانون الروماني وتنتهي إلى قانوننا الحالي، ومقارنة النظرية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

كما إستلزم الموضوع كشرط أولي توضيح نظرية التحول، وهو ما نحاول الوصول إليه حتى يتحقق من هذا الوضوح دقة الإستقصاء التاريخي، بتحديد معنى التحول وتمييزه عما يشتهه من الأنظمة القانونية، وكذلك بيان شروطه وإثباته وأهم التطبيقات العملية للنظرية، والإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي متى إقتضى الأمر ذلك.

ونبين موقف القضاء من نظرية التحول وهل كان متطابقا مع موقف المشرع الجزائري أم لا، هذا الأخير الذي تبنى النظرية بموجب نص صريح، وعليه لم نخض إلا في أهم المعاملات المدنية ذات العلاقة بالتحول ضاربين صفحا عن سائر التصرفات القانونية الأخرى إلا الإشارة إلى بعضها إن ألزم الأمر.

5- صعوبات الموضوع:

تبرز صعوبة هذا الموضوع فضلا عن دقته وعمقه وغموض عناصره في ندرة مراجعه سواء على الصعيد الفقهي أو القضائي بالإضافة إلى إفتقار المكتبات للمراجع المتخصصة، حيث عزف الباحثون من الفقه العربي عامة والجزائري خاصة عن تناول هذا الموضوع في مساحات تليق بأهميته فظل بمنأى عن إهتمام رجال الفقه وشراح القانون.

كما خلت المدونات المخصصة لنشر الأحكام القضائية والتعليق عليها خاصة بالنسبة للمشرع الجزائري من السوابق أو الإشارات المنهجية التي تشكل علامات بارزة تعين الباحث على تلمس عناصر الموضوع وتطوره وجداوه، فنجد عدد محتشم من القرارات القضائية المطبقة للنظرية، ولا نعتبر أنفسنا بالغنا إذا قلنا أن أغلبها تحول بموجب القانون دون تدخل إرادة الاطراف.

ومما زاد من صعوبة الأمر إفتقار التشريع الجزائري لمذكرة إيضاحية في القانون المدني خلافا للمشرع المصري والمشرع الكويتي وغيرها من الأنظمة القانونية المقارنة لتكون قاعدة يعتمد عليها الباحث في تأصيل النظرية وإبراز أهميتها والفائدة العملية من تطبيقها، وإستيعاب نية المشرع من وضع هذا النص القانوني.

إضافة إلى أن أغلب الدراسات في هذا الموضوع كانت دراسات عامة أو خاصة لتشريعات مقارنة، ولكن رغم ذلك نجدها تتكلم عن ذات الفكرة ولا تستفيض فيها بالتحليل والشرح وهذا ما يصعب من مهمة إعطاء الموضوع حقه والإطلاع على مختلف الآراء الفقهية بالتفصيل، و يؤثر عليه سلبا.

ناهيك عن تشعبه حيث نجده يمس بمواضيع عديدة منها: «**تكييف العقد، تفسير العقد، نظرية البطلان، مبدأ سلطان الإرادة، تصرفات المريض مرض الموت،....**»، فكل موضوع من هاته المواضيع يصلح أن يكون محور بحث مستقل، إضافة إلى كثرة آراء الفقهاء في المسألة الواحدة مما يصعب علينا إيرادها جميعها بأدلتها ومناقشة هاته الأدلة فالترجيح، هذا ما دفعنا إلى إجتنب المقارنة التجزيئية لأفكار الموضوع لأنها تشتت مباحثه بشكل يذهب البحث عن أهدافه وموضوعه الأساسي، ويستغرق في المناقشات والموازنات الجزئية.

6- إشكالية الموضوع:

يقودنا نقاش هاته النظرية إلى طرح إشكالية أساسية وجوهرية نعتبرها مدخلا لبسط أرضية النقاش العلمي حول نظرية تحول التصرف القانوني فنطرح الإشكال الآتي:

هل حقق المشرع الجزائري ما كان يصبوا إليه من وراء النص صراحة على نظرية التحول؟، وإلى أي مدى يمكن تطبيق نظرية التحول على التصرفات القانونية؟.

- الأسئلة الفرعية:

على قدر بساطة الإشكالية المطروحة على قدر تعقدها في المعالجة والإجابة عليها، وهذا يوصلنا إلى ممر زاهر بأسئلة فرعية لها إرتباط بالإشكالية الأصلية نذكرها:

- إلى أي مدى يمكن تطبيق نظرية التحول على التصرفات القانونية سواء العقدية أم بالإرادة المنفردة أم أنها تبقى حكرا على العقود فقط ؟ .
- وهل وفق المشرع الجزائري في الصياغة القانونية لنص التحول بحيث يعتبر كافيا في سبيل الوصول إلى تحقيق الأهداف المرجوة من إقراره ؟.
- ما هي الأسباب التي دفعت المشرع الجزائري إلى إقرار نظرية تحول العقد ؟.
- هل نظرية التحول تعتبر من الآثار العرضية للتصرف الباطل أم تصحيا له؟.
- ماهي الشروط القانونية لتحول العقد في القانون المدني الجزائري ؟.
- ما مدى سلطة القاضي في تقرير التحول، وهل تختلف هذه السلطة في ما إذا كان المشرع تبنى نظرية التحول أم إكتفى بذكر تطبيقات عملية لها ؟.
- ما الدور الذي يمارسه القاضي عند تدخله في العقد بهدف إنقاذه من البطلان؟.

7- المناهج المتبعة:

لأن طبيعة الموضوع هي من يحدد المنهج المتبع وكون الدراسة تشمل موضوع تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري ومن أجل الإلمام بجميع جوانب الموضوع إتبعنا بعض المناهج قصد الوصول إلى ما نبتغيه من هاته الدراسة فإستعنا بالمناهج الآتية:

المنهج التاريخي: يعد التاريخ عنصرا لا غنى عنه في العلوم الإنسانية أو غير الإنسانية، ولا يمكن فهم الظاهرة بمعزل عن جذورها التاريخية، والمنهج التاريخي لا يكتفي بسرد الوقائع وتكديسها، ولكنه يقدم تصورا للظروف التي تحكم ميلاد الظواهر وإنتشارها،

ويحاول أن يصل إلى إيجاد القوانين التي تحكمت في ذلك، وبالتالي يساعد على فهم الحاضر إستنادا إلى التجارب التاريخية التي مرت بها القوانين والنظريات.

كما يساعد في الإلمام بالموضوع من خلال البحث عن ماضيه وتحري الظروف التي لآبست نشأته، لكي نحظى بفرصة لتوقع ماله ومستقبله، لأن الإمام بالموضوع في الحاضر يتطلب الخوض في ماضيه، ويساعد هذا المنهج في فهم تطور مختلف المفاهيم الواردة في الموضوع وهو أمر مهم في المنهج العلمي، وهو ما ساعدنا على معالجة نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه التقليدي والفقه الحديث مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي منها.

منهج تحليل المضمون: يعتبر من أدق المناهج المستخدمة في تحليل البيانات لذا إعتدناه من أجل تحليل مضمون متغيرات الموضوع بطريقة إستنباطية مستعنين في ذلك بجملة من القرارات القضائية والآراء الفقهية التي أشارت إلى نظرية التحول والدراسات السابقة، بالإضافة إلى القواعد القانونية التي تحكم نظرية التحول في التشريع الجزائري وبالأخص في القانون المدني، وكذا التشريعات المقارنة نظرا لما يربطهم من قواسم مشتركة تجاه نظرية تحول التصرف القانوني قصد الإجابة على إشكالية الموضوع.

المنهج الوصفي: الذي يعتبر من أنسب المناهج إستخداما في العلوم الإنسانية وطريقة من طرق التحليل والتفسير بشكل علمي منظم، بغية الوصول إلى أهداف محددة لوضعية أو مشكلة إجتماعية للوقوف على دلالتها في ظل وجود معرفة مسبقة تجسدت في الدراسات السابقة التي تمكننا من تحديد مشكلة الدراسة، فقد تم الإعتماد عليه في إعداد هاته الأطروحة لكونه يقوم على تنظيم البيانات وتحليلها وإستنباط الإستنتاجات ذات الدلالة والمغزى بالبيئة للمشكلة المطروحة للوصول إلى نتائج تمتاز بالعمق والواقعية.

المنهج المقارن: يستخدم هذا المنهج في نطاق واسع في الدراسات الأكاديمية، وقد تم الإستعانة به في هذا الموضوع لإجراء مقاربات بين النصوص القانونية المقارنة المتعلقة بالنظرية في مختلف الدول العربية والغربية، وبين الأحكام التي أوردها الفقه الإسلامي،

ولإثراء الموضوع وربطه بالواقع فقد تطرقنا لبعض الإجتهاادات القضائية حتى لا تبقى مجرد دراسة نظرية، حيث أشرنا إلى موقف الفقه الألماني والقانون الألماني، القانون الفرنسي، وجملة من القوانين العربية على رأسها القانون المدني المصري والقانون الكويتي والقانون العراقي وغيرها من القوانين المقارنة.

8- تقسيم الموضوع:

نزولا عند مقتضيات البحث العملي والرغبة في إقتصار الموضوع على أكثر جوانبه أهمية ومراعاة لطبيعته، ولأجل التحليل الدقيق للموضوع والإجابة عن الإشكالية المطروحة، عمدنا إلى تقسيم موضوع الدراسة إلى بابين خصصنا الباب الأول للتعرف على ماهية نظرية تحول التصرف القانوني، والتي تفرض علينا التطرق إلى التطور التاريخي للنظرية تحول التصرف القانوني في فصل أول، ثم أعقبنا هذا الكلام ببيان المنطلقات المفاهيمية والنظرية لنظرية تحول التصرف القانوني في فصل ثان، وخصصنا الباب الثاني للدور التشريعي لتطبيق نظرية تحول التصرف القانوني، حيث عرضنا في الفصل الأول حلول المشرع محل الأطراف عند تشكيل التصرف القانوني، أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه لأهم حالات وصور نظرية تحول التصرف القانوني.

الباب الأول:

ماهية نظرية تحول التصرف القانوني

تحظى العلاقة العقدية بإهتمام المشرع من خلال سعيه لإنشائها على أسس صحيحة والحرص على إستمرار هاته العلاقة وإنقاذها من الإنحلال أو البطلان، ولما كان البطلان هو إنعدام العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة للغير تبعاً لذلك تعد نظرية تحول التصرف القانوني المخرج الأنسب لتفادي خطورة النتائج التي قد تترتب على البطلان والتي قد تمس بالوضعيات القانونية والإقتصادية للأطراف المتعاقدة وتساعد على إستمرار العلاقة العقدية، هاته النظرية التي نشأت وبنائها فقه القانون الخاص، وترعرعت في نطاق التصرفات العقدية، لتطبق في نطاق التصرفات غير العقدية ومن ثم في القانون العام.

وحتى نتمكن من معرفة النظرية وإستجلاء حقيقتها، فإن الأمر يقتضي البحث في تاريخ نشأتها في ظل الشرائع القديمة وفي فقه الشريعة الإسلامية، وكذلك الحال في القوانين الوضعية الحديثة، كما يستلزم منا الأمر الوقوف على مفهوم نظرية تحول التصرف القانوني والطبيعة القانونية له، وماهي الشروط اللازمة لإعمال التحول، ثم إن هناك الكثير من الأنظمة القانونية التي قد تشتهه بنظام التحول الذي يثير علاقة جدلية بينه وبين هاته الأوضاع مما يؤدي إلى عدم فهمه بشكل دقيق، وبغية توضيح هاته الوسائل المهمة إرتأينا تقسيم الباب الأولى إلى فصلين، نعرض التطور التاريخي لنظرية تحول التصرف القانوني (فصل أول)، المنطلقات المفاهيمية والنظرية لنظرية تحول التصرف القانوني (فصل ثان).

الفصل الأول:

التطور التاريخي لنظرية تحول التصرف القانوني.

لا يمكن فهم أي نظرية فهما جيدا إلا من خلال الإطلاع على الدراسات التاريخية لمعرفة الجذور الأساسية لنشأتها، فدراسة التطور التاريخي مهم كون بعض الأنظمة لا يمكن فهمها إلا في ضوء دراسة تطورها التاريخي، ولذا قيل إن أية مشكلة إذا قررنا معالجتها بطريقة علمية يجب أن نبحث كيف نشأت وكيف تطورت وماذا أصبحت، أي أن موضوع بغير فحص تاريخيه لا يمكن وضع نظريته، وبغير نظرية لا يمكن فهم الفكرة وإبراز أهميتها وتحديد نطاقها، فيمد ذلك بساط البحث عرضا وعمقا.

وواقع الأمر أنه عند البحث التاريخي لنشأة نظرية تحول التصرف القانوني نجدها قد مرت بمراحل متعددة في نشأتها وتكوينها وتطويرها لذلك كان لابد لنا من محاولة معرفة أهم المراحل التي عرفتها النظرية، ثم الوقوف على التطورات التي مرت بها والتعديلات المختلفة التي أصابها خلال الفترات المتعاقبة، دون أن ننكر دور الدين في تحول التصرفات القانونية وتطورها، لذا نعرض في هذا الفصل تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الشرائع القديمة (مبحث أول)، تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الشرائع الحديثة (مبحث ثان).

المبحث الأول:

تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الشرائع القديمة.

لقد أجمعت الآراء الفقهية على أن النظم القانونية الحالية ما هي إلا تهذيب لنظم سابقة، وعلى أن الكثير من النظم والقواعد القانونية الوضعية قد نشأت منذ أقدم مراحل التاريخ، حيث تمثل التشريعات القديمة الأصل التاريخي للكثير من الأنظمة القانونية

المعروفة والمطبقة اليوم في تشريعاتنا الحديثة، من هنا فلا يمكن فهم النظم المعاصرة إلا بالرجوع إلى أصولها التاريخية وتطورها عبر العصور المتعاقبة.

الأمر الذي يفرض على الباحث القانوني دراسة هذه التشريعات من أجل معرفة كيفية نشوءها وتطورها وما إستقرت عليه حالياً، فهذه التشريعات عرفت التصرف القانوني الباطل وحاولت الإستفادة منه وإستثماره وعدم إهماله بهدف التقليل من حالات البطلان إذ رتبت على التصرف القانوني الباطل بعض الآثار القانونية لهذا الأخير، ويعتبر القانون الروماني والقانون الألماني من أهم التشريعات القديمة التي عرفت تحول التصرف القانوني ونظمتها وفقاً لمنظومتها القانونية، لذا نعرض تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني (مطلب أول)، تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الألماني (مطلب ثان).

المطلب الأول:

تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني.

لم تأت نظرية تحول التصرف القانوني هكذا طفرة، ولم تولد هكذا عملاقة بل هي نظرية إختمرت في ضمير العالم القانوني تداولتها الأجيال بحثاً وتجربة وتطويراً، حيث عرف الرومان تحول التصرف القانوني معرفة تعكس حسهم القانوني، فيعد القانون الروماني نموذجاً يحتذى للبحث والدراسة في النظم القانونية التي نشأت لتحكم العلاقة بين أهل روما بادئ الأمر¹.

(1) تظهر أهمية دراسة تاريخ الأنظمة القانونية من الناحية العملية في أنه أساسي في تكوين العقلية القانونية وتنمية الملكة القانونية فهو يعطينا صورة صادقة عن تطور النظم القانونية في الماضي وأسباب ذلك التطور وبذلك نستطيع معرفة مدى أصالة بعض النظم والتكهن بما سيكون عليه مصيرها في المستقبل، فضلاً عن أن دراسة هذا التطور يمكننا من الاستفادة من التجارب التي تمت في الماضي، ومن ثم تحدد السبيل الذي يجب أن يسلكه المشرع في تطوير النظم القانونية المعاصرة بعدما أصبح عبء تطوير القانون يقع في المقام الأول على عاتق المشرع في العصر الحديث وغاية القانون كما نعلم هي الحفاظ على إستقرار المجتمع مع ضمان تقدمه، ودراسة تاريخ النظم القانونية هي التي تمكننا من التوافق بين الحفاظ عليها الرغبة في إستقرار المجتمع والحاجة الملحة إلى التجديد رغبة في التقدم، وفي =النهاية فإن تاريخ النظم

ثم ما لبثت أن إنشرت بإتساع الإمبراطورية الرومانية لتطبق على رعاياها، بالإضافة إلى ما خلفه الرومان من تراث قانوني علمي ما زال أساسا للدراسات القانونية المعاصرة، فالقانون الروماني هو المصدر الأول للقانون الألماني ولجميع القوانين التي تأثرت به فهو الأصل التاريخي لنظام القانون اللاتيني¹، وهو الذي كون الفكر والتراث القانوني العالمي ويعد مصدرا تاريخيا للقانون الخاص، مازالت كتابات الفقهاء الرومان مرجعا علميا أساسيا للشرائع التي نشأت مستقلة عن القانون الروماني، فأصبح هذا الأخير عماد الدراسات القانونية في أوروبا بل في العالم المتمدين الحديث كله، وظل بعد الإنجيل من عمد الحضارة الأوروبية وثقافتها المعاصرة.

من هنا كانت له مكانة خاصة رغم أن القانون عندهم تسيطر عليه الطريقة الإستقرائية التي تهتم بوضع الحكم القانوني للحالات الفردية دون الإهتمام بوضع مبدأ عام أو نظريات عامة يطبق على هذه الحالات وهو ما ينطبق على تحول التصرف القانوني عندهم، والذي نتولى توضيحه من خلال التطرق لنشأة نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني (فرع أول)، وأهم تطبيقات نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني (فرع ثان).

=القانونية هي أمر لازم للمشتغلين بالقانون، حتى يتفهموا الأحداث التي قصد المشرع معالجتها والإعتبارات والأصول التي يقوم عليها هذا التشريع أو ذلك، صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جمهورية مصر العربية، د د ن، 2007، ص 12، صالح فرкос، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، عناية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001، ص 8.

(1) عكاشة محمد عبد العال، طارق مجدوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 12.

الفرع الأول:

نشأة نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني.

في العصور الرومانية الأولى غرقت التصرفات القانونية في خضم الشكلية زمنًا طويلًا، حيث تلازمت العقود والقوالب الشكلية التي تصب فيها¹، ثم بدأ دور الإرادة يظهر شيئًا فشيئًا حتى أخذ دوره في إبرام العقود²، وظهر ما يعرف بالعقود الرضائية مثل عقد البيع والإيجار والشركة، وفي تسميتها الدليل على دور الإرادة والتراضي في إنعقادها، وإن كان دور الإرادة قد إقتصر في ذلك الوقت على مجرد إختيار نموذج من النماذج التي يوفر لها القانون حمايته.

لقد مثلت هذه المرحلة خطوة هامة في سبيل الإعتراف للإرادة بدورها كمصدر للإلتزام، وذلك بصرف النظر عن الشكليات التي لم يعد القاضي يلتزم بحرفية الإتفاق بل يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وظهر المبدأ الذي لا يزال يحكم علاقتنا التعاقدية القاضي بأن: «العقد شريعة المتعاقدين»³.

(1) من المبادئ التي كانت سائدة عند الرومان والمتفرعة عن التمسك بالشكليات والرسميات ضرورة الوقوف عند حرفية النص والتقيد بما يفيد دون الالتفات لما اتجهت إليه نية المتعاقدين، وقد ترتب على ذلك وقوع نتائج ضارة وظالمة في اطار العلاقات القانونية بين الأفراد وقد عبر الفلاسفة والفقهاء الرومان عن ذلك المضمار، بقولهم: «إن إفراط القانون في التضييق اغراق في الظلم، ولذا ظهر إتجاه يدعو لضرورة التجاوز عن حرفية النص وإنما السير غورنية الأطراف عند تفسير النصوص مراعاة للعدالة وتحقيقا للمصلحة العامة، فتطبيق القانون إنما يكون بروحه لا بنصه وذلك لأن المشقة تجلب التيسير وأن المناطق في التصرفات بالمقصد والمعنى لا باللفظ والمبنى، وعند الشك يؤخذ بالأقل لأن المغالاة في الحق منتهى الظلم»، عكاشة محمد عبد العال، طارق مجذوب، المرجع السابق، ص ص 682،683.

(2) يجب ألا نندهش إذا لم نعثر على تعريف للعقد في كتاباتهم إلا في القرن السادس ميلادي، وأول تعريف للعقد في المصادر الرومانية نجده في حاشية (توفيل) بمناسبة تعليقه على نصوص كتاب النظم لجستيان، حيث عرف العقد بأنه: «اتفاق شخصين أو أكثر على أمر معين بقصد إنشاء التزام وجعل احدهما مدينا للآخر»، رأفت الدسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، د س ن، ص 27.

(3) وقفت التقنيات الحديثة من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا، فلا هي إن تقصت منه إلى الحد الذي يجعله ينفي سلطان المشرع وسلطان القاضي، إذ لا يزال الاصل إن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة والى مقتضيات

كما صاغ أحد الفقهاء القاعدة الأصولية القائلة بأن: «الإرادة هي الأم التي تلد العقد»¹، وإنسجاماً مع تعاضد دور الإرادة طرأ تطور آخر عرفه القانون الروماني وهو عيوب الرضا كما هي معروفة الآن في القوانين الحديثة التي نقلت عن مجموعة نابليون المستمدة من القانون الروماني، وتتمثل في الغلط والتدليس والإكراه، وعرف الحالات التي تصبح فيها الإرادة منعدمة والتصرف باطلاً .

هذا الإقرار لدور الإرادة في الإلتزام والوقوف على العيوب التي تلحقها ومعرفة البطلان وحالاته²، والإنعدام وأسبابه ونتائجه أصبحت الظروف مهياً لتطور آخر في مثل هذا النظام القانوني الدائم التطور، تطور يعلن عن معرفة هؤلاء الفقهاء لنظام التحول بإعتباره من موجبات الحاجات العلمية.

إن كان لم ينظر إليه بإعتباره نظرية عامة بل بإعتباره قاعدة تطبق بشأن الحالات الفردية، فقضى ذلك القانون بأنه: «إذا إنصرفت إرادة المدين إلى الإلتزام بمبلغ أو قدر أقل من ذلك الذي إنصرفت إليه إرادة الدائن فيبطل العقد لعدم توافق الإرادتين، أما إذا إنصرفت إرادة المدين إلى الإلتزام بمبلغ أو قدر أكبر من ذلك الذي إنصرفت إرادة الدائن صح العقد وإلتزم المدين بالوفاء بالمبلغ أو القدر الأقل، فإذا باع البائع عينا بثمن قدره 100 سترس وأعتقد المشتري أن الثمن هو 120 سترس صح البيع في حدود 100 سترس، أما إذا إنصرفت إرادة المشتري إلى الشراء بثمن 80 سترس بطل العقد لعدم توافق الإرادتين»³.

=العدالة، وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ حرية التعاقد، ونص عليه من خلال المادة 106 من القانون المدني التي جاء فيها: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي تقررها القانون»، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011، ص 78.

(1) فتحي المرصفاوي، شريعة الرومان، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1985، ص 7.

(2) عرف الرومان البطلان المطلق، وذلك عندما يبطل التصرف القانوني دون حاجة إلى الإلتجاء للقضاء، وفي حالة عدم النص كان البريتور يلجأ إلى شل التصرف إذا رأى أنه يناهض القانون، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 8.

(3) صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 433، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 28.

الفرع الثاني:

أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني.

عرف القانون الروماني آلية تحول التصرف القانوني ويمكن القول بأن الفضل يرجع إليه في وضع حجر الأساس لهذه الآلية، وإن لم يكن بالوضوح الذي هو عليه اليوم ولكن بالرغم من ذلك يمكن تلمس مبادئه الأساسية وبعض صورته المهمة في هذا القانون، ومن أهم صور تحول التصرف القانوني في القانون الروماني نذكر:

أولاً: تحول الإشتراط إلى تعهد بدفع دين.

من أهم مميزات القانون الروماني هو اعتماد مبدأ الشكلية في التصرفات القانونية كافة ولا سيما العقود¹، إذ لم يكن العقد ينعقد صحيحاً ما لم تتبع فيه الشكلية المطلوبة والتي عادة ما تكون بإتخاذ أوضاع معينة يرافقها ممارسة حركات وإشارات محددة وبألفاظ محددة أيضاً، وقد كانت العلاقات العقدية لدى الرومان تتم من خلال طريقتين رئيسيتين أولهما:

(1) لم يعرف القانون الروماني في عصوره الأولى (عصر القانون القديم) فيما قبل منتصف القرن الثاني قبل الميلاد سوى الشكلية التامة سواء في مجال الاموال أو الالتزام أو الأشخاص، ولم يكن يترتب على الإرادة أي أثر قانوني، بل تترتب الآثار القانونية على الالفاظ والطقوس والإجراءات التي يحددها القانون، وكانت التصرفات القانونية واردة في القانون على سبيل الحصر، كانت تأخذ في مجال الالتزام صورة عقد قرض قديم، والعقد الكتابي، والاشترط الشفهي، وهي عقود شكلية حرفية التنفيذ تدخل في عداد القانون الضيق، فلو باع الطرف الاول عبدا للطرف الثاني فإن هذا الأخير يلتزم بمقتضى هذا العقد بدفع الثمن، ويمكن للبائع إن يلجأ إلى التعهد الرسمي (الاشترط الرسمي) ليكون دائماً بموجب عقد من عقود القانون الضيق، بدلا من إعتبره بائعاً في عقد البيع الذي يعتبر فيه الالتزام من التزامات حسن النية إلا إن ذلك قد يكون من المتعسر إذا لم يكن الطرفان في مكان واحد كما يشترط التعهد الرسمي، وهنا يتعين الالتجاء إلى الكتابة في الدفاتر كأحدى وسائل العقد الكتابي، ورغم صورية الدفع إلا إن ه يرتب عليه إن قضاء الدين وبراءة ذمة الطرف الثاني (المشتري) من هذا الدين، وأن تترتب عليه نشوء التزام آخر نتيجة الكتابة في الدفتر يحل محل الالتزام القديم، عبد الحميد محمود الحنفاوي، تاريخ نظام التجديد في القانون الروماني، العدد الاول والثاني، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، السنة الرابعة عشر، 1929، ص 22، على كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، الطبعة الاولى، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص 25.

ما يعرف بعقد القرض القديم¹، أما الطريق الثاني فهو الإشتراط الشفهي الذي يعتبر واحداً من أهم الأعمال الشكلية اللفظية بل يعد أهم العقود الشكلية عند الرومان²، ويتم بتوجيه سؤال من المشتري إلى المدين يطلب منه الإلتزام بعمل معين أو الإمتناع عن عمل معين، وأن يجيب المدين بالموافقة إجابة صريحة في صياغة محددة، والعقد الذي يتم بالصورة المتقدمة ينتج عنه دعويان هما دعوى الإعطاء وذلك في حالة إذا كان محل العقد قد يتم تعيينه بشكل واضح، والثانية هي دعوى موجب الإستبعاد وتطلق على العقد الذي يتم تعيين محله.

قد سمي هذا النوع من العقود بالتعهد الرسمي، كون صيغته تتم بموجب تعهد من قبل المدين بالقيام بالعمل الذي يطلبه منه الدائن المشتري، وعادة ما يتم بنفس الصيغة التي يستخدمها الدائن كأن يقول هل تجيبني إلى كذا أو هل تعدي بكذا فيجيب المدين أعدك أو أجيبك وهكذا، حيث يجب أن تكون العبارات متطابقة وإلا عد الإشتراط الشفهي باطلاً، لذلك لا يمكن أن ينعقد الإشتراط الشفهي إذا كان أحد طرفيه أبكم أو أصم، ويثور التساؤل في حالة إذا ما جاء قبول المتعهد (المدين) بإيماءة تفيد الموافقة «هل يجوز تحول الإشتراط إلى تعهد بدفع دين سابق»³ ؟.

التعهد بدفع دين سابق هو إتفاق يتعهد بمقتضاه شخص هو الملتزم دون إستعمال عبارات معينة بأن يدفع ديناً سابقاً سواء دينه هو نفسه أو دين شخص ثالث، وربما كان التحول في هذه الحالة ممتنعاً في ظل مبدأ الشكلية الذي ساد قبل العصر العلمي⁴، إلا أنه

(1) عقد القرض القديم من العقود القديمة جداً التي إن فرضت مبكراً وهو يتم بإجراءات شكلية تتطلب وجود السبب والميزان، وبمقتضاه كان يمكن للدائن إن يتصرف بالمدين كما يشاء، على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص24.

(2) عبد الحميد محمد الحنفاوي، المرجع السابق، ص22، فتحي المرصفاوي، المرجع السابق، ص62.

(3) شفيق شحاته، نظرية الإلتزامات في القانون الروماني، جمهورية مصر العربية، 1956، ص67.

(4) يبدأ العصر العلمي في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد وينتهي مع نهايات القرن الثالث قبل الميلاد، ويعتبر من أزهى وأرقى عصور القانون الروماني، حيث ظهرت أفكار القانون الطبيعي والعدالة والاعتداد بالإرادة الحقيقية، كما تعددت مصادر القانون زالت آثار الديانة عن القانون، وتم الإعتراف للأجانب ببعض الحقوق في ظل حماية قانون الشعوب، عبد الحميد محمد الحنفاوي، المرجع السابق، ص22، على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص25.

بظهور الرضائية في مجال العقود، وتطور دور الإرادة وإندثار حدة الشكالية، أصبح القاضي غير ملزم بنص الإتفاق قدر إلتزامه بالبحث عن النية الحقيقية لطرفي العقد، وحيث تقررت صحة إنعقاد الإشتراط بأية عبارة يستفاد منها رضاء المتعاقدين، وذلك بمقتضى قانون أصدره الامبراطور (ليون).

لقد أخذ الامبراطور جستينيان بهذا القانون الذي قضى بتغليب المعاني على الألفاظ بوجود إتفاق بين الطرفين يدل على ترضيهما أياً كانت العبارات المستعملة حيث ظهر ما يعرف بنقل الأداء الذي يتضمن إحداث تغيير لا في شخص المتعاقدين القانونية، فيتحول إلى إلتزام كتابي إلتزام كان موجوداً من قبل وإن كان ذا طبيعة أخرى، فالتعهد الرسمي وإن كان هو مصدر الإلتزام الجديد، غير أن هذا الإلتزام يرتبط من حيث مضمونه بالإلتزام سابق، والعلاقة بين الإلتزامين وثيقة لدرجة أن مضمونها متماثل في شطره الأكبر، ومختلف في شطره الأصغر¹.

يتحقق التحول في الإشتراط الشفهي إذا كان العنصر الجديد عبارة عن إضافة وصف من أوصاف الإلتزام القديم أو حذفه مثل الشرط أو الأجل أو إضافة كفالة أو حذفها، كما قد يأخذ شكل إستبدال شخص المدين أو الدائن، فتعهد طرف ثالث من خارج العقد بنفس الدين أمام الدائن بناء على إتفاق مع المدين الأول، أو دون موافقة هذا المدين، ورغم ذلك تبرأ ذمته فيما يسمى بالتعهد بإستبدال المدين، كما نشير إلى ما عرف بالتعهد الأكويلي وفيه يستبدل أحد جميع الديون التي عليه أياً كان نوعها بالقيمة النقدية لها²، ومن يدقق في هذا الأمر يلاحظ بأنه يمكن له تلمس ملامح نظرية تحول التصرف القانوني ولو بشكل مبسط.

ثانياً: تحول الوصية الباطلة إلى وصية الجندي.

عرف القانون الروماني الوصية منذ بداياته، حيث كان من حق الشخص أن يوصي بأمواله لمن شاء، وعادة ما كان الجنود في الجيش الروماني يقومون بالإيصاء بممتلكاتهم

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص30.

(2) نفس المرجع، ص31.

إلى ذويهم نتيجة لكثرة الحروب التي كانت آنذاك إيبان الإمبراطورية الرومانية، ونتيجة لشيوع الشكلية لدى الرومان، حيث لم يكن العقد ليتم دون إتباع المراسيم والألفاظ الشكلية المحددة، وكانت الوصية وبالذات بالنسبة للجنود لا بد أن تتم وفقا لقالب لفظي محدد لا تصح دونه وتتمتع بامتيازات خاصة¹، أضفى عليها القانون نوعا من الحماية توفرها الشروط التي تستوجب صحتها، فلا بد وأن تفرغ في شكل خاص، ولا تكون صحيحة إلا في حالة وفاة الجندي أثناء الخدمة أو في السنة التالية لتسريحه منها.

لكن إذا مات الجندي قبل إتمامها طبقا للشريعة العامة فإنها تعتبر وصية باطلة، ومع ذلك تتحول إلى ما عرف بوصية الجندي إذا لم تكن هناك إرادة عكسية تقف حائلا دون ذلك، حيث أصدر الامبراطور تراجان (tarjan) أمرا وجهه إلى إستاتليوس سيفر نص على أن: «الإمتياز المخول لرجال الجندية يجعل من حقهم أن يوصوا بأي طريق كانت وتكون وصيتهم صحيحة»².

يبدو أن هذا النص حالة تحول حقيقي بالمعنى الفني الحديث، فالوصية الصادرة من الجندي طبقا للشريعة العامة ووفاته قبل إنهاء الإجراءات هي الشرط الأول لإعمال التحول، بالإضافة إلى أن آثار وصية الجندي هي نفس آثار الوصية طبقا للشريعة العامة، يترتب على كل منهما نقل ملكية مؤجل لما بعد الموت، وذلك هو الشرط الثاني من شروط التحول، بالإضافة إلى إتجاه الإرادة إلى نقل الملكية بعد الموت، وهذا هو الشرط الثالث.

من هذه الشروط يتبين أن الإرادة ليست إرادة حقيقية بل إرادة افتراضية، يكشف عنها إسم التصرف وشكله ومضمونه، أي أن الغرض أو النتيجة الإقتصادية التي يراها الفقه والفقهاء معيارا وضابطا للتحول، أن ما يتحقق بأي من الصورتين السابقتين للوصية، سواء في ذلك الوصية الباطلة أو تلك التي تحولت إليها.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص26.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص، 34، 33.

في تطور آخر شهده القانون الروماني إعتبرت بموجبه وصية الجندي الروماني الذي يتم أسرهم بمثابة وصية صحيحة ومرتبة لأثارها، معتبرين الجندي الذي يتم أسرهم وكأنه متوفى قبل الأسر، بينما قبل هذا التطور كان الجندي الأسير يعد بمثابة الرقيق وبالتالي فليس من حقه أن يوصى، إلا أنه بموجب قانون (كورنيليا) أعتبر الجندي الأسير بحكم المتوفى وعليه تتحول وصيته الباطلة إلى وصية صحيحة¹.

من أهم صور تحول الوصية التي تشبه إلى حد بعيد تحول التصرف القانوني الباطل الذي تناولته التشريعات المدنية اليوم هي تحول الوصية إلى الحاق²، حيث أن الوصية الباطلة لعدم إستيفاء الشكل المقرر أن ذلك يمكن أن تتحول إلى وصية صحيحة إذا ما أقرت بوصية لاحقة أو سابقة عليها في التصرف.

على أنه يجب ملاحظة أن تحول الوصية إلى الحاق بهذه الصورة، وعلى الرغم من دوره الكبير في إرساء نظام التحول إلا أن ثمة إختلاف يبدو للعيان بين هذا التحول وبين تحول التصرف القانوني الباطل المعروف اليوم، حيث أن آثار التحول على الرغم من قيامها لم تكن تتم إلا بتوافر إرادة صريحة من قبل الطرفين بتنظيم حالة البطلان التي يتوقعانها سلفاً.

ثالثاً: تحول الملكية الكاملة إلى حق إنتفاع.

تتحقق هذه الصورة في حالة ما إذا إشتراط الدائن بأن يكون محل التعهد الرسمي هو نقل حق الملكية إليه ثم بعد ذلك يقوم الدائن بإشتراط حق الإنتفاع على نفس المدين في تعهد آخر، بمعنى أن يقوم بإبرام العقدين على ذات الشيء، ولكن في كل مرة بطبيعة مختلفة، فالعقد الأول يتضمن نقل الملكية في حين العقد الثاني يتضمن فقط حق الإنتفاع دون ملكية، في هذه الحالة إذا أقام الدائن دعوى ضد المدين للمطالبة بنقل الملكية إليه، فإن هذه الدعوى

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص27.

(2) الإلحاق محرر يتم دون إستعمال الصيغ الشكلية وفي غياب الشهود، ومن الممكن أيضاً أن يتم بشكل شفهي أي من دون محرر كتابي بأن يتضمن الإيضاء ببعض الاموال إلى أشخاص محددين، ويشترط لصحته إن يتقرر في وصية لاحقة أو في وصية سابقة لإجرائه، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص27.

ترد كون العقد باطلاً لأنه أعقب بعقد ثاني والذي يخص عقد الإنتفاع وبالتالي لا يحق له أن يطالب بأكثر من المستحق، إضافة إلى ذلك فإن الدائن لم يكن بمقدوره أن يكسب الحق بموجب دعوى الملكية نظراً لإبرامه عقدين على ذات الشيء.

كان الرومان يشترطون لإنقضاء العقد أو للعدول عنه أن يتم وفقاً لنظام المباراة¹، والذي يرد حصراً على العقود اللفظية وحيث أن التعهد الخاص بنقل الملكية يمثل التزاماً ناشئاً عن عقد عيني لدى الرومان لذا تعد المباراة التي يقوم بها الدائن باطلة وغير منتجة لآثارها.

إلا أن الرومان ونتيجة إحساسهم بضرورة الحفاظ على العقود أجازوا تحول المباراة الباطلة إلى دفع بالإتفاق بعدم المطالبة أو ما يعرف أيضاً بالتراضي العكسي الذي على أساسه يعتبر العقد الأول كأنه لم يكن ويتحول إلى العقد الثاني والذي يتضمن حق الانتفاع فقط، فإذا كان محل التعهد الرسمي قطعة أرض ثم قبل من أبرم التعهد تحويلها إلى حق إن تفاع جاز تحول العقد، لأن الإنتفاع يعتبر حقا عينيا ويتعين على من ينشئ مباراة أن يجعلها ترد على ما هو محل التعهد الرسمي كله أو جزء منه.

حق الإنتفاع يعتبر حقا من نفس طبيعة حق الملكية، ومثل ذلك إذا إشتراط شخص منزلاً وإعترف عن طريق المباراة اللفظية قبوله قطع من الحجارة أو نوافذ أو خلاف ذلك، لأن أجزاء الملكية يمكن إعتبارها حقوقاً عينية ذات مضمون أقل، ولأنه يمكن إجراء التحول في حالة الإنتفاع من الأكثر إلى الأقل فإن المدين بالملكية يحصل على إبراء جزئي عندما

(1) المباراة هي طريقة إنقضاء الإلتزام الناشئ عن العقد الشفوي وذلك من خلال عبارات شكلية معينة حددها القانون، ثم امتد استعماله في العصر العلمي للتعبير عن طريقة إنقضاء الإلتزام الكتابي، وذلك مشروط بأن يكتب الدائن في دفتره عبارة مدفوع منه، وفي المباراة ينطق المدين بعبارة: هل تتسلم ما وعدك؟ فيرد الدائن قائلاً "تسلمته" بمعنى أن الدائن يحل المدين من دينه، وهي تصرف شكلي ولا ترد إلا على الإلتزام اللفظي، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 32، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 28.

يقوم بإنشاء حق الإنتفاع لمصلحة الدائن، أو عندما يحصل منه على إبراء موضوعه حق الإنتفاع¹.

رابعاً: تحول الزواج الباطل إلى خطبة.

إن الزواج لدى الرومان يعد من مصادر السلطة الأبوية، فهي ثمرة الزواج الشرعي لديهم²، ويمثل الزواج الرباط الذي يعيش بمقتضاه الأزواج في منزلة إجتماعية واحدة ولكي ينعقد الزواج صحيحاً لدى الرومان لابد أن تتوفر شروط محددة لا يمكن تجاوزها وإلا عد الزواج باطلاً، ومن أهم هذه الشروط هو الرضا، كما ويشترط لصحة الزواج كذلك أن يكون الأزواج من المواطنين الرومان الأصلاء.

أما الشرط الثالث فهو ضرورة بلوغ سن الزواج ولم يكن في بادئ الأمر ثمة سن محدد للزواج وإنما يعتمد ذلك على القدرة الجسمانية والتي تخضع لتقدير رب الأسرة، ثم بعد ذلك تم تحديد سن الزواج ببلوغ الشخص سن الثانية عشر من العمر، فإذا بلغ الشخص هذا العمر كان يحق له الزواج حيث يعد عقده صحيحاً مرتباً لآثاره³.

أما إذا أبرم العقد قبل هذا السن فيقضي القول أن العقد يكون باطلاً لتخلف أحد أركانه الأساسية⁴، إلا أنه بالإستناد إلى آلية تحول التصرف القانوني وإنقاذ هذا العقد من البطلان من خلال تحوله من عقد زواج إلى خطبة في حال تحقق شرط السن المطلوب لصحة

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 33، 32.

(2) ينقسم الزواج في القانون الروماني إلى قسمين أساسيين هما الزواج بسيادة والزواج دون سيادة، ونعني بالزواج مع السيادة بأنه الزواج الذي تنتقل فيه الزوجة إلى بيت زوجها فتخضع بموجبه إلى سيادة زوجها بشكل تام، ويعرف بالاتفاق المنشئ للسيادة، إما الزواج دون سيادة فلا تدخل فيه الزوجة تحت سلطة الزوج كما ولا تنتقل للعيش في البيت الزوجية، ولكنه يتميز عن المعاشرة غير المشروعة كونه تعقبه إجراءات احتفالية دينية كدليل على قيام الزواج، توفيق فرج، القانون الروماني، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتبة القانونية، دار الجامعية للنشر والتوزيع، 195، ص ص 195، 200.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 24.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، 1996، ص 162.

الخطبة وهو سبع سنوات، وهكذا يتحول الزواج الباطل إلى خطبة وإن كان الرومان قد قيدوا هذا الأمر بشرط عدم ذهاب المرأة إلى بيت زوجها وإلا إمتنع الأمر¹.

خامسا: تحول الإشهاد إلى بيع صوري.

كان الإشهاد في بادئ الأمر عبارة عن وسيلة لتملك مال نفيس « الأموال اللازمة للإستغلال الزراعي»، مملوك للغير مقابل دفع الثمن أي كان بيعا حقيقيا، وقد ورد النص على الإشهاد في قانون الألواح الأثني عشر²، لكن مع مرور الزمن ومنذ القرن الثالث قبل الميلاد أصبح دفع الثمن صوريا بذلك تحول الإشهاد إلى بيع صوري.

أصبح يقوم بوظيفة نقل ملكية الأموال النفسية أي كان سبب إنتقالها، وبذلك تحول الإشهاد إلى عمل مجرد عن سبب، ومن ثم إستخدم في أغراض عديدة غير الأغراض التي إنشئ من أجلها فاستعمله الرومان لنقل ملكية المال دون مقابل كالهبة و تنفيذ الوصية أو لتبرير ضمان عيني كالرهن الحيازي، أو لإنشاء عقود جديدة كالوديعة والعارية.....إلخ. لم يقتصر على ذلك بل أمكن عن طريق تغيير عبارات الإشهاد وإستعماله في نقل السلطة التي يعترف بها القانون لشخص على أجر إلى ثالث، لذلك إستخدم لتحقيق الزواج بالسيادة وإستخدم في التبني وفي تحرير الإبن من السلطة الأبوية...إلخ³.

(1) عكاشة محمد عبد العال، طارق مجدوب، المرجع السابق، ص181.

(2) صدرت مدونة الألواح الأثني عشر في مدينة روما عام 451 ق م طبقا للرأي الراجح بين شراح القانون الروماني هي مدونة رسمية، ولم يحفظ التاريخ الألواح التي أنيت عليها هذه المدونة لأنها فقدت وتحطمت عندما غزت قبائل الغال فرنسا" روما ودمرتها عام 390 ق م، ولكن شراح القانون الروماني استطاعوا تجميع نصوص هذه المدونة من ثنايا كتابات المؤرخين والفقهاء والنحاة، وبعض هذه النصوص كان منقولا حرفيا عن النص الأصلي في قانون الألواح ذاته وبعضها الآخر كان مكتوبا بأسلوب كان متضمنا نفس المعنى الذي كانت تتضمنه النصوص الأصلية، وتهدف هذه النصوص إلى تحقيق المساواة بين طبقات المجتمع الروماني، ونشر القواعد القانونية ومن ثم وضع حد لاحتكار الأقلية للعلم بالقانون وتفسيره وتطبيقه تطبيقا طائفا، إذ كان الإشراف وخاصة بعد قيام النظام الجمهوري عام 509 ق م يحتكرون السلطة والثروة والعلم والقانون وتطبيقه، وقد ظل الرومان يعتبرون قانون الألواح الأثني عشر أساسا لقانونهم حتى وضع مجموعات جستيان في القرن السادس الميلادي، إذا اقتصررت القوانين اللاحقة عليه على التوسع فيما جاء به من مبادئ وتكملت دون إن يعمد إلى إلغائه، صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 142، عكاشة محمد عبد العال، طارق مجدوب، المرجع السابق، ص303، صالح فركوس، المرجع السابق، ص33.

(3) صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 205.

تحول المولود من الرق إلى الحرية، كل ولد يولد من أمة يكون عبدا حتى وإن كان أبوه حرا، وذلك لأنه كان لا يعترف بزواج الأمة وأن الأولاد يولدون من زواج غير شرعي يتبعون حالة الأم¹.

كانت العبرة بحالة الأم عند الميلاد لا وقت الحمل، ولكن تغير الحال بعد ذلك نزولا عند إعتبرات إنسانية حيث صار الجنين يعتبر مولودا حرا متى كان له مصلحة في ذلك، وصار يعتبر حرا متى كانت أمه تتمتع بالحرية وقت الميلاد أو قبل ذلك في أي فترة من فترات الحمل حتى ولو صارت رقيقة عند الميلاد تبعا لقاعدة إعتبر الحمل مولودا إذا كانت له في ذلك فائدة تحول الأمر إلى إعتبر المولود حرا بمجرد كون أمه قد إعتبرتها حالة حرية ولو كانت قصيرة أثناء الحمل².

هكذا يتبين من خلال الصور التي عرضناها معرفة الرومان لنظرية تحول التصرف القانوني وإن كانت بدرجات متفاوتة الوضوح يغلب عليها طابع البساطة والبعد عن التعقيدات التي تمتاز بها التصرفات القانونية الحديثة، وعليه فالفضل يعود لهم بالدرجة الأساس في إرساء قواعد هذه النظرية وتطورها ومنه إنتقلت النظرية إلى التشريعات الحديثة وفي مقدمتها بالتأكيد القانون المدني الألماني الذي يعد القانون الروماني من أهم مراجعه الأساسية.

المطلب الثاني:

تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الألماني.

بفضل دراسة القانون الروماني تمكن الفقهاء ورجال القانون الألماني للقول بتحول التصرف القانوني، كون النصوص الرومانية تمثل المصدر الوحيد لفقهاء الشريعة العامة الألمانية في مجال تحول التصرف القانوني بإعتبر الألمان ورثة الرومان: « فالأمة الألمانية

(1) عكاشة محمد عبدالعال، طارق مجذوب، المرجع السابق، ص304.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 164.

ليست إلا إستمرارا للدولة الرومانية القديمة... وأن أباطرة الألمان هم خلفاء أباطرة الرومان»¹.

يضاف إلى ذلك القانون الكنسي الذي حرر العلاقات القانونية من قيود الشكلية التي عرفت بها عقد الرومان²، قد أولى التحول إهتماما واسعا ظهر من خلال تطبيقاته على التصرفات القانونية حيث أولى الإرادة دورا كبيرا، وعرفت فيه آثار تحول عن طريق إستبقاء التصرف على أحسن وجه ممكن.

وقد ظهر التبني الفقهي لتحول التصرف القانوني في حركة التدوين الجرمانية في القرن 19 م، ومع تدوين المجلة المدنية الألمانية سنة 1896 وقع تخصيص نص التحول حيث نصت المادة 140 منها على الآتي: «إذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملا على شروط تصرف قانوني آخر كان هذا التصرف الآخر قائما وصحيحا، إذ أثبت أنه لو علم الطرفان ببطلان التصرف الأول لأرادا هذا التصرف الأخير»، ويعتبر هذا النص أول تنظيم قانوني لتحول التصرف القانوني، كان منهلا لغيره من التشريعات التي إستقت منه ونقلت عنه³.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص12.

(2) ظهر القانون الكنسي في البداية لتنظيم العلاقات بين أتباع الكنيسة فيما كانت المسيحية محل اضطهاد روما، وهو من وضع رجال الدين المسيحي، وكانت أهم مصادر مبادئ القانون الطبيعي والعدالة فضلا عن قرارات المجامع الدينية، وحينما أصبح الدين المسيحي دينا رسميا للدولة الرومانية منذ أواخر القرن الرابع ميلادي، اعترف الاباطرة بسلطان الكنيسة والقانون الكنسي، هذا الأخير ساهم بدور كبير في تطوير القانون الروماني، حيث خفف من حدة الشكلية الرومانية، فالوصية يجب الإبقاء عليها في حالة بطلانها في كل صورة أخرى صحيحة، وان كان تحول التصرف القانوني يقع نتيجة إرادة حقيقية، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص39، صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص178.

(3) لم يكن هذا السبق خبط عشواء بل كان له من العوامل والأسباب ما أدى إلى تميز هذه المجموعة دون غيرها بهذه الوضعية المنفردة، ومن ذلك تقبل الألمان فقها وقضاء للأفكار الرومانية باعتبارهم خلفاء الرومان واستمرار لدولتهم القديمة بالإضافة إلى إعتبار القانون الروماني هو القانون الأول الواجب التطبيق أمام المحاكم الألمانية التي كانت تتشكل من دراسي القانون والعالمين به، وأهم مصادر قانونهم كان يتمثل في القانون الروماني والقانون الكنسي، كما تمتعت الولايات الألمانية بحرية واسعة في مجال التشريع والإرادة مما أتاح لها امكانية النقل عن النظم القانونية المعروفة عن الولايات أو الدول الأخرى والغالبية منها أخذت عن الرومان النظم القانونية، وقد عرفت تقنيات الدول الألمانية نظرية تحول التصرف القانوني وان لم تولها ما حظيت به من اهتمام بعد ذلك نذكر منها على سبيل المثال مجموعة

هاته النظرية تدور حول وجود تصرف قانوني باطل يستوي في ذلك أن يكون هذا التصرف عقدا أو قرارا إداريا، فهو أصلا يتفرع عنه القرار الإداري في مجال القانون العام والعقد في مجال القانون الخاص، إلا أنه يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح، شريطة أن تكون الإرادة الافتراضية وقت إبرام التصرف الأول يمكن أن تتجه إلى التصرف الجديد الذي تحول إليه التصرف الباطل لو علمت ببطلان تصرفها الأصلي. يعتبر هذا النص أكثر نضجا وإكتمالا من النصوص التي سبقته، نذكر منها نص المادة 111 من المشروع الأول التي جاء فيها: «إذا وافق التصرف الأصلي الباطل جميع عناصر تصرف آخر إستبقى هذا الأخير إذا كان مطابقا لإرادة المتعاقدين التي يكشف عنها عند إبرام التصرف الباطل»، هذا النص كان يتطلب إرادة احتياطية على الأقل تقوم وتظهر إلى الوجود عند إبرام التصرف الأول الباطل.

هذا يتضمن في طياته إرادة صريحة بإستبعاد التحول، فتم تعديل نص هذه المادة كالآتي: «إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر، يصح هذا الأخير إذا تبين أن إرادة الطرفين كانت تتصرف إليه عند العلم بالبطلان»، ولم تكن هذه النظرية محل إتفاق كامل من القائلين بها، فقد إنقسموا إلى فريقين الفريق الأول هو أنصار الإرادة الباطنة نعرضه في (فرع أول)، أنصار الإرادة الظاهرة (فرع ثان)، أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الألماني (فرع ثالث).

=القانون المدني لمملكة سكسونيا الصادرة سنة 1863 التي تعالج نظرية تحول التصرف القانوني كمبدأ عام في المادة 103 منها التي تقرر الاعتراف بالجزء الصحيح من التصرف الباطل باعتباره تصرفا صحيحا قائما بذاته، وكذلك نص مشروع مجموعة القانون المدني لمملكة بافاريا على إن ه إذا تضمن التصرف الباطل الذي قصدته الطرفان أصلا جميع عناصر تصرف آخر فإنه يستبقى إذا كان مطابقا لإرادة المتعاقدين، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص40.

الفرع الأول:

أنصار الإرادة الباطنة.

ذهب أنصار هذا الفريق إلى القول بأنه يتعين لكي يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح أن تتصرف إرادة الطرفين إحتياطيا إلى هذا التحول عند تحقق هذا الإحتمال، والإرادة الإحتياطية هي كما نرى إرادة داخلية حقيقية تشير إلى هذا العقد، ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفا باطلا في الأصل وأرادا تصرفا صحيحا على سبيل الإحتياط، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا إرادة محتملة.

مثل هذا المذهب من شأنه أن يجعل تحول التصرف الباطل مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فيه أي شذوذ¹، لكن هذا الفريق إنقسم من داخله إلى فريقين البعض يتساهل في إجراء التحول بأن يستغني عن هذه الإرادة الإحتياطية إذا كانت آثار التصرف الأصلي الباطل هي نفس آثار التصرف الجديد².

البعض الآخر من الفقه ذهب إلى الإستغناء عن إثبات وجود هذه الإرادة الإحتياطية بأن شبه مهمة القاضي في الكشف عنها بمهمته في الكشف عن إرادة المشرع عند الإفتقار للنص، فالقاضي يقوم بالبحث عن النية المحتملة بالوقوف على رأس المشرع لو كان قد تصدى لهذه المسألة التي تنظم تشريعيا.

كذلك يكون الوضع بالنسبة للتحول التعاقد³، فالقاضي سيبحث عن النية الإحتياطية التي كانت ستحرك المتعاقدين لو أنهما علما بهذا البطلان ماذا سيكون فعلهما عندئذ؟ هل كانا سيكتفيان بالبطلان والوقوف عند هذا الحد، أم أنهما سيتجهان إلى التصرف المراد توليده؟.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص638.

(2) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المجلد الأول الجزء الأول، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، 2003، ص 645.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص638، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص646.

لا شك أن أنصار الإرادة الباطنة قد أعاقوا النظرية وانتشارها¹، وعطل مسيرتها كثيرا بل جعلها تختلط في الأذهان بنظرية التفسير، وبما يمارسه القاضي في التفسير المكمل فبدت الفكرة تكرارا لغيرها من الأفكار²، وأنها غير ذات فائدة ولا طائل من ورائها عند تقييدهم للتحول بضرورة توافر الإرادة الإحتياطية لدى طرفي العقد تتجه للتصرف الذي يتحول إليه العقد الأصلي الباطل.

الفرع الثاني:

أنصار الإرادة الظاهرة.

أنصار نظرية الإرادة الظاهرة أو التعبير عن الإرادة أو النظرية الموضوعية فهم على عكس أنصار الإرادة الباطنة أو النظرية الشخصية³، فهم يرون إمكان التحول دون حاجة إلى البحث عن نية الطرفين فالتحول لا يتطلب البحث لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة وهل اتجهت الإرادة إلى التحول فعلا أم لا؟ بل يكفي إنعدام الإرادة العكسية، فيتحول التصرف القانوني ما لم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى استبعاد

(1) الإرادة الباطنة في الفقه الإسلامي هي التي لا يطع عليها، وحدها لا تقوم الأفعال والانشاءات، فلا ينعقد العقد بمجرد نية عقد ولو تصادق الطرفان على وجود نيتها، ولكن للنية تأثيرا توجيهيا معتبرا شرعا في وصف ما تصاحبه، فإذا صاحبت فعلا أو تركا صبغته وأكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني مخصوص في نظر الشريعة، مثال ذلك إن نية التملك في احراز المباحات تجعل الاحراز مكسبا للملكية، وعلى هذا فإن السكوت قول، وإذا كانت العقود تبرم باللفظ والعبارة الدالة على ذلك إلا أن الفقهاء صححوا التعاقد دون ما لفظ بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهري أو قرينة تقوم مقام اللفظ كما في بيع التعاطي مثلا، إن عام عرفات حمدان، تطبيقات تحول العقد في المصارف، الطبعة الأولى، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، 2014، ص 90.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 41، 40.

(3) الإرادة الظاهرة فهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه، وهي التي تعبر عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقد المختار، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية، ما دامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل بنفيها، فتبقى الإرادة الظاهرة دليلا كافيا على وجود الإرادة الحقيقية، وتثبت أحكام العقد بهذه الإرادة الظاهرة التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل إن عقاد العقد، وفي تحديد حدوده وقبوده الالتزامية، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، مطبعة الجمالية، 1910، ص 133.

هذا التحول¹، بمعنى أنهم يفترضون قصد التحول حتى يقوم الدليل الصريح على العكس، فأنصار المذهب الشخصي يرون أن لا تحول إلا إذا وجدت إرادة لكن أنصار المذهب الموضوعي يرون أن تحول التصرف القانوني قائم إلا إذا وجدت إرادة عدم تحول التصرف.

وعليه يتضح مما تقدم يبدو أن القانون الألماني لا يتطلب ثبوت توافر إرادة الطرفين عند تحول التصرف القانوني بالفعل كما ذهب بعض أنصار الإرادة الباطنة، ولكن إكتفى بإحتمال وجود هذه الإرادة لو علم الطرفان بالبطان أخذاً برأي الجانب الآخر من أنصار هذه النظرية الشخصية، وهو الأخذ بالإرادة المحتملة أو المفترضة.

ومنه يمكن القول أن الإرادة الحقيقية للطرفين لم تتصرف في واقع الأمر إلى العقد الباطل، ولكن القاضي يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد فإنه يكفي منه أن يرى احتمال هذا التراضي، فإن لم يقع العقد الجديد على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه فإنه يقوم على أساس إرادتهما الاحتمالية، أي تلك التي يرى القاضي أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون، ويتبين من ذلك أن القانون الألماني توسط فأخذ بالإرادة المحتملة أو المفترضة، ولم يأخذ بالإرادة الاحتياطية ولا بإنعدام الإرادة العكسية.

الفرع الثالث:

أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الألماني.

من أهم التطبيقات الواردة في القانون المدني الألماني الخاصة بتحول التصرف

القانوني نذكر:

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 503.

أولاً: تحول عقد التوريث إلى عقد إتفاق بين الورثة.

تنص المادة 312 من القانون المدني الألماني على الآتي: « يكون العقد باطلا إذا ورد على تركة شخص ثالث لا يزال على قيد الحياة، أو على الجزء المحجوز منها قانونا أو على الوصية ببعض المال من تركة شخص ثالث ما زال على قيد الحياة، ولا تسري هذه الأحكام على العقد المبرم بين الورثة الشرعيين المقبلين على النصيب القانوني أو على الجزء المحجوز قانونا لأحد هؤلاء الورثة »¹.

إن العقد الذي تناولته هاته المادة هو عقد توريث باطل لمخالفته نصها، حيث يرد على تركة شخص ثالث ما زال على قيد الحياة، وهو رغم بطلانه يتضمن عناصر عقد إتفاق بين الورثة الشرعيين المقبلين في مفهوم هذه المادة، وليس هناك ما يقطع بعدم توافر النية الإفتراضية لهؤلاء على هذا الإتفاق في حالة بطلان عقدهم الأصلي².

ثانياً: تحول عقد الإيجار الطويل المدة إلى عقد إيجار غير محدد المدة.

نصت المادة 566 من القانون الألماني على ما الآتي: « يستبقى عقد الإيجار الطويل المدة الباطل بسبب عيب شكلي مثل عدم إثبات تاريخه، فإنه يتحول إلى عقد إيجار غير محدد المدة لتوافق عناصر العقدين، ولأنه لا يمكن القطع بإتجاه الإرادة الإفتراضية إلى خلاف ذلك»، نجد هاته المادة تهدف إلى الإبقاء على عقد الإيجار وعدم إهداره بتحويله من عقد محدد المدة إلى عقد إيجار غير محدد المدة حفاظا على إستقرار المعاملات، وكذا مصلحة الأطراف.

ثالثاً: تحول إستبعاد وصاية الأم على الإبن إلى إقامة مجلس وصاية.

جاء في معنى المادة 205 من قانون الإصدار الألماني، إذا كان الأب قبل نفاذ القانون الألماني قد استبعد الأم من الوصية على الإبن على أساس القانون المطبق في ذلك الوقت، أو أقام مجلسا للوصاية إلى جانبها فيعتبر تقرير الأب من تاريخ نفاذ القانون المدني تقريراً

(1) قانون ألمانيا لسنة 1896.

(2) صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 119.

بإقامة مجلس الوصاية بجانب الأم، فإستبعاد الأم للوصاية على الإبن أو إقامة مجلس للوصاية إلى جانبها في ظل القانون المدني السابق يتحول إلى إقامة مجلس وصاية بجانب الأم في ظل القانون الحالي¹.

يلاحظ أن الحالتين الثانية والثالثة تمثلان تنظيماً تشريعياً لحالات فردية أراد المشرع أن يؤكد تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني الباطل بشأنها، وذلك لأهميتها أو لكونها حالات إستثنائية خشي من تضارب التطبيق بشأنها.

المبحث الثاني:

تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الشرائع الحديثة.

لم تقف التشريعات الحديثة مكتوبة الأيدي في مواجهة حالات البطلان المتزايدة نتيجة لإتساع دائرة العلاقات العقدية في التعامل، بل عملت وبكل جهودها مسخرة بذلك الآليات المتمثلة بعصارة أفكار فقهاء القانون والمشرعين للحد أو التقليل من حالات البطلان، لذا فقد عمدت إلى إيجاد عدة وسائل للقيام بهذه المهمة فأخذت تارة بنظام التصحيح وأخرى بنظام التأييد، وهذا لتحقيق أفضل النتائج التي تسهم في تحقيق الإستقرار العقدي، ومن الوسائل التي عرفتتها التشريعات الحديثة أيضاً لمواجهة حالات البطلان هو نظرية تحول التصرف القانوني الباطل، والتي ترجع في الأصل إلى القانون الروماني والقانون الألماني كما بينا سابقاً.

قد تباينت التشريعات فيما بينها تجاه نظرية التحول، فمنها من إعتمدها كنظام قانوني وأفردت لها نصوصاً خاصة بين ثناياها، ومنها من لم يتطرق للنظرية بشكل واضح ومحدد ولم ينص عليها أساساً، وإنما ضمنت تشريعاته بعض النصوص التي يمكن إعتبارها تطبيقاً عملياً لهاته النظرية²، وللوقوف على مكانة نظرية التحول في التشريعات المعاصرة، نعرض

(1) صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 200.

(2) نص القانون المدني الإيطالي الصادر عام في 1942 في المادة 1442 على الآتي: «العقد الباطل يمكن أن ينتج آثار عقد آخر يتضمن أركانه من حيث المضمون والشكل إذا كان مع مراعاة الغرض الذي قصده المتعاقدان يتعين افتراض أنهما كانا يريدانه أو كانا علماً بالبطلان».

عددا من هاته التشريعات من خلال ثلاث مطالب مستقلة، نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الفرنسي (مطلب أول)، نظرية تحول التصرف القانوني في القانون المصري (مطلب ثان)، ونظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي (مطلب ثالث).

المطلب الأول:

تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الفرنسي.

من يراجع التقنين المدني الفرنسي يجده لم يتضمن نصا مماثلا للنص الألماني يعالج فيه تحول التصرف القانوني، غير أن هذا القول لا يعني بالتأكيد عدم معرفة التشريعات الفرنسية لهذا النظام لكنها إكتفت بتطبيق القواعد العامة عن طريق الإعراف بصحة بعض التصرفات القانونية التي لم تستوف أركانها القانونية، لكن أصبحت تحمل وصفا آخر غير الذي تبنته الأطراف المتعاقدة¹.

يضاف إلى ذلك أن الفقه الفرنسي إستوحى حكم النص بغير سند تشريعي بالإستناد إلى دور الإرادة في إنشاء التصرف والإلتزام²، حيث تناولها سالي في كتابه إعلان الإرادة (déclaration de volonté) سنة 1901، كما عرضها إيمار (Hémar)، بمناسبة تعليق له على كتاب للعالم الإيطالي (ساتا) في موضوع تحول التصرفات القانونية، ثم جابيو (japiot) في كتابه البطلان في مادة التصرفات القانونية، بورا (perrin) في رسالته التحول بإنقاص التصرفات والأشخاص القانونية³.

Article 1442: «Un contrat nul peut produire les effets d'un autre contrat qui comprend ses éléments en termes de contenu et de forme si, compte tenu de la finalité visée par les parties contractantes, il doit être présumé qu'elles le voulaient ou qu'elles étaient conscientes de la nullité».

عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، جمهورية مصر العربية، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019، ص 111.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 54.

(2) نفس المرجع، ص 53، عكاشة محمد عبد العال، طارق مجذوب، المرجع السابق، ص 261.

(3) كما قننت مجموعة القانون المجري التحول في المادة 1401، بينما أقرت المادة 1424 من مجموعة القانون المدني الإيطالي تحول التصرفات الباطلة فقط، حيث رفض الكتاب الإيطاليون التحول في التصرفات القابلة للإبطال والتي لم يتم

كما تأثر القانون المدني الفرنسي بالقانون الروماني حيث إنتقلت أحكام القانون الروماني إلى المجموعة المدنية الفرنسية عن طريق شرح الفقيه الفرنسي بوتتييه (pothier) في سنة 1804، وعن هذه المجموعة إنتقلت إلى تشريعات كثير من الدول¹، كذلك كان للقانون الروماني أثر مباشر في القوانين الجرمانية، كما له الصدى في أنظمة البلاد الأنجلوسكسونية.

وإذا كانت المادة 18 من المشروع التمهيدي للقانون الفرنسي الذي وضعه الأستاذ (هوان) قد نصت على الآتي: «إذا وافق تصرف قانوني شروط تصرف قانوني آخر، يصح هذا الأخير إذا أمكن إعتبار أن الطرفين ما كانا يعقدان هذا التصرف لو أنهما علما بالبطلان»، ثم عدلت لتكون صياغتها كالآتي: «إذا كان التصرف باطلا فيمكن إضفاء وصف تصرف آخر صحيح عليه إذا كان هذا الوصف مطابقا لإرادة الطرفين المعلنة».

علق الفقه أن النص سواء في صياغته هاته أو تلك لا يقصد تحول التصرف القانوني لا من قريب ولا من بعيد، بل هو تفسير لإرادة المتعاقدين الحقيقية المتجهة إلى التصرف

=إبطالها بعد، ويسود نفس الموقف في الفقه والقضاء المجريين، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 19، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 645.

(¹) نجد مثلا إن القانون الانجليزي لم ينص على نظرية التحول صراحة الا إن الكتاب الانجليزي أشاروا إلى موضوع التحول بشكل واضح حيث يسوق لنا الفقه الانجليزي على لسان الأستاذ Treitel القضية التالية: «اقتضت قاصرة مبلغا من النقود من مؤسسة بناء اجتماعية لشراء قطعة أرض، وقد دفعت المبلغ فعلا إلى البائع بينما ارتهنت الارض لدى المؤسسة الإجتماعية المذكورة مقابل الارض، إن الرهن المذكور وفقا للقانون الانجليزي يعتبر باطلا، الا إن المؤسسة المقرضة خولت بأن تنوب عن البائع في حقها بالحجز على قطعة الارض التي لم تدفع قيمتها بعد من قبل المشتري، يلاحظ في القضية المذكورة بأن الرهن كان باطلا والاصل عدم ترتب أي أثر على العقد الباطل، الا إن الرهن الباطل تحول إلى تصرف صحيح أصبح بموجبه للمرتهن أي المؤسسة الإجتماعية الحق في حجز المال المرهون ليس على أساس حق الرهن وانما على أساس جديد ألا وهو حلول المرتهن محل البائع للارض التي لم تدفع قيمتها بعد من قبل المشتري القاصر، إن هذا المثال يعتبر غاية في الاهمية في ميدان تحول التصرف القانوني في القانون والفقه الانجليزيين. Mostaph mohamed el gammel-l'adaptayion du contrat aux circonstances economiques, librairie de droit et jurisprudence, Paris, 1967, p.211.

الصحيح، وهذا مجاله التفسير، أو هو تصحيح التكيف الخاطئ الذي أضفى على التصرف سواء قصد إلى ذلك طرفا العقد أم كان يجهلانه، أو تصحيح للتسمية الغلط¹.
ولإيضاح إختلاف الفقه في هذه المسألة فإن هذا المطلب سيتم توزيعه على فرعين، حيث نعرض موقف الفقه الفرنسي من نظرية تحول التصرف القانوني (فرع أول)، أهم تطبيقات القانون الفرنسي لنظرية تحول التصرف القانوني (فرع ثان).

الفرع الأول:

موقف الفقه الفرنسي من نظرية تحول التصرف القانوني.

كان مشروع مجموعة القانون المدني الفرنسي الذي وضعه الأستاذ (هوان) الذي تضمن نصا خاصا بالتحول، والذي علق عليه أنه نص موجود في كثير من التقنيات، محط إختلاف وإنقسام الفقه في مسألة التحول، حيث إنقسم الفقه إلى رأيين نعرضهما كالآتي:
أولا: أنصار النظرية التقليدية.

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بوجود اتفاق المتعاقدين لا على الغرض العملي الذي يراد الوصول إليه فحسب بل أيضا على الوسيلة القانونية التي تتخذ طريقا للوصول إلى هذا الغرض، وبالتالي فإن الغلط في نوع العقد يؤدي إلى إنعدامه إستنادا إلى دور الإرادة في خلق العقد والإلتزام الذي يترتب عليه².

والاتفاق على الغرض العقدي لا يعد كافيا لوحده لصحة العقد بل لا بد وأن يشمل كذلك الإتفاق على الآليات القانونية التي يمكن من خلالها تحقيق هذا الغرض، فالإرادة الحقيقية هي منشأ العقد وهي منشأ الإلتزامات المتولدة عنه، ويرتبون على ذلك أن العقد يعتبر منعدما بسبب الغلط في نوع العقد إذا لم يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد ما داما

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص47، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص19، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 1998، ص 639.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص22.

متفقين على الأغراض العملية التي يتلمسانها من وراء هذا العقد، ويرفضون بالتالي نظرية تحول التصرف القانوني¹.

ثانياً: أنصار النظرية الحديثة.

يرى أنصار هاته النظرية إمكان تحول التصرف القانوني ولو لم تتصرف الإرادة فعلاً إلى هذا التحول، فالإرادة هي خالقة العقد والالتزامات الناشئة عنه، فالإلتزام لا يتوقف على إرادة الطرفين فهو ينشأ ولو لم تتجه الإرادة إليه، فبمقتضى هذا النظام لا تتجه الإرادة الحقيقية إلا إلى العقد الباطل، إما العقد الصحيح يتم بالإستناد إلى الإرادة الإفتراضية²، كما يشترط أن تتحدد طبيعة العقد بإرادة الطرفين فالعقد نفسه إرادة، ولا يمكن أن تكون الإرادة ذاتها محلاً للإرادة، فهم يقولون أن لكل تصرف جانبان إقتصادي وآخر قانوني. الجانب الأول هو الذي تتصرف إليه الإرادة فعلاً إما الجانب الثاني فلا يهتم به الأفراد لإنشغال القانون به، فإذا اهتموا به فليس له أثر في إنعقاد العقد³، فيذهب هؤلاء الخارجون على النظرية التقليدية ومنهم الفقيه ديره (dereux) إلى القول أنه ليس صحيحاً إن الغلط في نوع العقد يؤدي إلى إنعدامه⁴، إن التناقض بين إرادتي الطرفين بشأن الجانب القانوني (كطبيعة العقد) لا يمنع من إنعقاد العقد في ثوب جديد، لأن الأفراد لا يركزون عادة على النظام القانوني الذي ينظم العقد قدر إهتمامهم بالهدف الإقتصادي الذي يسعون إلى تحقيقه.

(1) صالح فركوس، المرجع السابق، ص 15.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 54.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 638.

(4) (perrin (xavier) la conversion par réduction des actes et personnes juridique, thèse pour le doctorat Besançon imprimerie J ; Millot et C.1911,p 116.

لكن هذا الإمتناع يتحقق إذا أثبت المتعاقد أنه لم يقصد هذا الغرض الإقتصادي الذي يمكن التحول إليه¹، كأن يثبت أنه لم يقصد تأجير العين محل التعاقد، بل نقل ملكيتها وقبض الثمن دفعة واحدة، فيكفي لإنعقاد العقد حدوث التراضي على إلغائه (الغرض الإقتصادي المنشود في العقد) ولا تهم الوسيلة التي يتحقق بها هذا الغرض، سواء كان هذا العقد بنوعه أو عقد آخر، فالغلط لا يعدم العقد إلا إذا كانت الوسيلة مقصودة لذاتها بإتفاق الطرفين، عندئذ تصبح الوسيلة جزءا من الغاية الاقتصادية.

يذهب هؤلاء المحدثون إلى قيام العقد لكنه قابل للإبطال، فالغلط في نوع العقد لا يعدمه ولكن يجعله قابل للإبطال فإذا لم يتمسك به أمكن أن يرتب أثره في صورة جديدة، ومن هنا دخل هذا الفقه إلى نظرية تحول التصرف القانوني²، وهو نفس أساس النص التشريعي الألماني وذلك بالخروج على الأساس التقليدي للعقد وآثاره. يبدو أن هذا الجانب من الفقه مد نظرية تحول التصرف القانوني إلى فرنسا قد ذهب إلى الإعتماد على تحليل الإرادة لإسباغ الشرعية على نظرية تحول التصرف القانوني.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذا التجاهل وعدم أخذ المشرع الفرنسي بنظرية تحول التصرف القانوني جاء بسبب فهم خاطئ للنظرية والخط بينه وبين الغلط في التكيف، وبالذات في ما يعرف بالغلط في التكيف أو الغلط في التسمية، والتي تعني ببساطة أن العقد الذي قد يشوبه البطلان فإن هذا لا يؤدي بكل الأحوال إلى نتيجة البطلان الطبيعية، وهي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد³.

(¹) (Hemard, Nouvelle Revue Historique, 1907, p 720 ; Piedelivre, effets, produits par les actes nulls, Paris, 1911, p 112 .

(²) عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 649.

(³) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 700.

إذ يمكن في بعض الحالات تفادي هذه النتيجة السلبية للبطلان من خلال إستخدام وسيلة مهمة وهي إعادة تكييف العقد بشكل يمكن من خلاله إزالة هذا البطلان، بإعتبار أن المتعاقدين وقعا في غلط في تسمية العقد الأول، لذا فبدلا من الحكم ببطلانه يتم تصحيح التكييف من جديد بصورة عقد آخر¹.

يرد جانب من الفقه على هذا الرأي بالقول: « حيث أن عملية التكييف تتم من خلال إستناد القاضي على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وليس هناك أي حاجة تدفع القاضي للركون إلى الإرادة الافتراضية، يضاف إلى ذلك أن تحقق العلم بالبطلان التام لدى القاضي الذي يفصل في النزاع يفرض عليه الحكم بالبطلان طالما ليس بالإمكان تصحيحه، لذا فليس هناك مجال للقول بأن القاضي ينفذ العقد من خلال إعادة تكييفه².

كما إعتبرت اللجنة أن تحول التصرف القانوني هو مجرد غلط في التكييف ويستشهد في ذلك برأي (هوان) واضع المشروع التمهيدي عن البطلان والتصرفات القانونية³، ولا جرم أن تصحيح القاضي للعقد ومنحه التسمية القانونية الصحيحة أمر لا يحتاج إلى نية إفتراضية بل يرتكز على النية الحقيقية لطرفي العقد وذلك على خلاف التحول⁴، حيث لا يمكن أن يكون التصرف الصحيح محل إرادة حقيقية أو إرادة إحتياطية.

إنما يعالج ماذا كانا الطرفان يريدان لوعلما بالبطلان وهذا معناه أن الأمر يدور حول إرادة مفترضة لم تقم في الحقيقة ولم تظهر للوجود القانوني، بالإضافة إلى أن مجرد التسمية غير الصحيحة لا تؤدي إلى بطلان التصرف بل يبقى التصرف كما هو وإن كان تحت إسم آخر⁵، وعلى ذلك إذ أبرم المتعاقدان تصرفا قانونيا وسمياه عن جهل بغير إسمه

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 42.

(2) على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 56.

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 46.

(4) محمد عمار تركمانية غزال، الاشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، دراسة مقارنة، الحقوق الحقوق، جامعة قطر، دولة قطر، ص 64.

(5) ما يمكن الإشارة إليه بالنسبة لهذه النظرية إن أكاديمية الحقوقيين الاوروبيين المختصين بالقانون الخاص قدمت مقترحات إلى مشروع القانون الاوروبي للعقود، فقد أوصى هؤلاء الحقوقيين بتبني نظرية تحول التصرف القانوني، وجاء

القانوني فإن القاضي يصحح إسم العقد ويعطيه التسمية القانونية التي تتفق مع ما ذهب إليه النية الحقيقية للمتعاقدین مستلهما هذه النية، ولا يلجأ إلى إفتراض نية لا توجد عندهما في الواقع.

تلك هي خلاصة موقف الفقه الفرنسي من نظرية تحول التصرف القانوني، وعلى الرغم من أن المجموعة المدنية الفرنسية لم تشر من قريب أو من بعيد للتحول كنظرية عامة، رغم أنها نقلت في مجموعة نابليون أحكام القانون الروماني وإستقت منه عن طريق شروح الفقه الفرنسي سنة 1804، ومع ذلك لا يمكن إلا أن نقر التحول رغم هذا الجفاء الفرنسي أو فنقل رغم عدم الفهم الفرنسي قد حظي ببعض التطبيقات المتفرقة في القانون الفرنسي.

هذا ينعكس على سلطة القاضي في الأنظمة التي لم تتبن نظرية تحول التصرف القانوني، وإقتصرت على التطبيقات القضائية دون النص على المبدأ صراحة على غرار المشرع الفرنسي، لا يمكنه تحويل التصرف إلا في الحالات التي نص عليها القانون، وفيما سواها فليس أمامه إلا الحكم ببطلان التصرف الباطل.

عليه لا توجد أية ضمانات لإلزام القاضي العمل وفق المبدأ، ومن هنا تظهر الفائدة القانونية من تبني نظرية تحول التصرف القانوني كأصل عام، وليس كمجرد تطبيقات خاصة، فالفرق بين النص صراحة على النظرية وعدم النص عليها، هو نفس الفرق بين الأصل والإستثناء رغم أن وجود حالات تطبيقية لتحول التصرف القانوني تعتبر إعترافا ضمنيا بالنظرية.

=النص عليها في مشروع قانون العقود الأوروبي بالمادة 145 تحت عنوان تحول العقد الباطل، ونص المادة كالاتي: «إن العقد الباطل ينتج اثار لعقد آخر صحيح تختلف، إذا كان الآخر يحتوي على العناصر الموضوعية والشكلية التي تسمح بطريقة منطقية بأدراك الهدف المقصود من قبل الاطراف، إن القاعدة المشار إليها بالفقرة الأولى من تلك المادة تنطبق أيضا على الشرط البسيط للعقد»، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 64.

الفرع الثاني:

أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الفرنسي.

على الرغم من عدم إيراد المشرع الفرنسي نصا خاصا لتحول التصرف القانوني، إلا أن من يدقق في نصوص القانون المدني الفرنسي يمكن أن يجد بعض التطبيقات لهذه النظرية، كما يمكن تلمس بعض التطبيقات لها في التشريعات الأخرى ذات العلاقة، ومن أهم هذه التطبيقات نذكر الآتي:

أولا: تحول الزواج الباطل إلى زواج صحيح.

يقصد بالزواج الباطل ذلك الزواج الظني الذي يكون سبب البطلان دون علم الزوجين¹، اللذان يظنان أن زواجهما صحيح أو يعتقد أحدهما ذلك، والأصل أن هذا البطلان ينسحب على الماضي فيعتبر الأولاد غير شرعيين، وتبطل الشركة بين أموال الزوجين فيسترد كل منهما أمواله وتعود للزوجة جنيستها السابقة على الزواج.

لكن القانون الكنسي رأى إستثناء للزواج الظني من هذا المبدأ وتبعه القانون الفرنسي حيث نص في المادة 210 من القانون المدني الفرنسي على الآتي: «إذا تقرر البطلان للزواج، فإن العقد يرتب مع ذلك آثاره المدنية، بالنسبة للزوجين والأولاد، إذا كان قد عقد بحسن النية، فإذا كان كل من الزوجين حسن النية فلا يكون لهذا البطلان أثر رجعي، ولا يزول العقد إلا من وقت أن يتقرر بطلانه، أما قبل ذلك فيبقى العقد حافظا لآثاره كما لو كان صحيحا».

(1) الزواج الظني هو زواج باطل اعتقد الزوجان أو أحدهما إن ه صحيح واطمأنا إلى ذلك، وهذا الزواج قد ينتج بعض الآثار العرضية باعتباره واقعة مادية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وسقوط الحد، ولكن لم يشترط لوجود هذه الآثار حسن نية الزوجين، إما أن نفرض أن الزوجين أو أحدهما يظن إن الزواج صحيح، فهذا الزواج الظني لا يقتصر على إنتاج آثار عرضية، بل يجاوز ذلك إلى إنتاج آثار جوهرية بالرغم من بطلانه حماية لحسن النية، ووقاية للعلاقات الزوجية من التزعزع وعدم الاستقرار، وفي القانون الفرنسي إذا تبين بطلان الزواج الظني وكان كل من الزوجين حسن النية، فلا يكون لهذا البطلان أثر رجعي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 641.

لكن إذا كان أحد الزوجين حسن النية دون الآخر فلا يستفيد من هذه القاعدة إلا هو وحده، كما أن البطلان لا يحرم الأولاد من حق إثبات بنوتهم بالوسائل التي كان لهم أن يلتجئوا إليها لو كان الزواج صحيحا، إذ يمكن إثبات بنوتهم الطبيعية بشهادة الميلاد دون حاجة إلى قرار ذلك، متى ثبت أن أحد الزوجين أو كليهما كان حسن النية ويعتبر الزواج بالنسبة لهم صحيحا حتى بعد أن يتقرر البطلان.

رغم أن المادة 219 من القانون المدني الفرنسي لا تسمح بمثل هذا الإجراء إلا للأولاد الشرعيين فهناك أمر واقع هو الأولاد على ضوء زواج واقعي كان يعتقد أنه صحيحا ولا يمكن لقاعدة الرجعية أن تزيل هذه الآثار التي وقعت فعلا، ويترتب على ما تقدم أن عقد الزواج رغم بطلانه يترتب آثار قانونية في حق الزوجة والأولاد.

ثانيا: تحول القسمة النهائية إلى قسمة مهياة.

نصت المادة 840 من القانون المدني الفرنسي¹، التي أعتبرت أنه إذا إتفق الشركاء على القسمة النهائية، وكان ضمن هؤلاء الشركاء المتقاسمين ناقص أهلية فإنها تعتبر قسمة مهياة، وتعرض هذه المادة حالة القسمة النهائية في حال لو كانت باطلة بسبب نقص أهلية أحد الشركاء ولم تستوف بالنسبة له الإجراءات اللازمة فبدلا من الحكم بإبطالها فإنها تتحول إلى قسمة مؤقتة أي قسمة مهياة²، وأن القسمة النهائية جاءت باطلة الأمر الذي تتحقق معه شروط تحول التصرف القانوني³.

(1) Art_ 840 : «le partage est en justice lorsque l'un des indivisaires refuse de consentir procéder ou de le terminer ou lorsque le partage amiable n'a pas été autorisé ou approuvé dans l'un des cas prévus aux articles 837 et 838» .

(2) قسمة المهياة أو كما تسمى قسمة الانتفاع هي عقد يتفق فيه على اقتسام منافع الشيء المشترك مع الإبقاء على الملكية الشائعة، وهي زمانية أو مكانية وتعد من أعمال الإدارة في حين القسمة النهائية تهدف إلى إفراز الأعيان، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 721، عبد الزراق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 638.

(3) مثال ذلك المادة 1424 مدني ايطالي، فمجموعة القانون المدني الايطالي عرفت تحول التصرفات الباطلة فقط، حيث رفض الكتاب الايطاليون التحول في التصرفات القابلة للإبطال والتي لم يتم إبطالها، في حين نجد مجموعة القانون المجري قننت التحول في المادة 140، والتقتين المدني الصيني، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 19.

كما نصت المادة 466 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والمتعلقة بنظام الميراث أنه للحصول على الآثار العقدية بالنسبة للقاصر تجاه البالغين، فإن القسمة يجب أن تكون أمام القضاء، ومع ذلك يستطيع مجلس العائلة أن يجيز القسمة لم يسمى كاتب العدل وعدم إحترام الشكلية تعتبر القسمة مؤقتة، والفقرة الثالثة من المادة 507 من القانون المدني الفرنسي من إنعدم إحترام قواعد القسمة في الميراث يحولها من قسمة نهائية إلى قسمة مؤقتة.

ثالثا: تحول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية.

بالنسبة للمادة 1318 من القانون المدني الفرنسي¹، والخاصة بتحول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عادية، حيث أن عدم إستيفاء الورقة الرسمية للإجراءات الرسمية لا يجعلها باطلة وإنما يمكن أن تتحول إلى ورقة عادية فيما لو كانت موقعة من قبل الطرفين المتعاقدين².

رابعا: تحول الوصية السرية إلى وصية بخط اليد.

نصت المادة 979 من القانون المدني الفرنسي من أنه إذا كانت الوصية السرية لم يراع فيها الشكليات القانونية فإنها تكون باطلة كوصية سرية ولكنها مع ذلك تتحول إلى وصية بخط اليد، إذا كانت كل الشروط المطلوبة من أجل صحة تلك الوصية متوافرة حتى ولو كانت الأطراف المتعاقدة أطلقت على تصرفهم وصف الوصية السرية.

مما تقدم ومن خلال أهم التطبيقات التي أوردناها يتبين بوضوح معرفة القانون المدني الفرنسي لنظرية تحول التصرف القانوني على الرغم من عدم إيراد نص خاص به، والخلط الحاصل في فرنسا بين تحول التصرف القانوني وتكييف التصرف القانوني.

(1) Art_ 1318:« L'acte qui n'est point la latter de change nulle comme telle vaut comme simple promesse, si celles des mentions qui lui font ne sont pas essentielles pour la validité des obligations en général».

(2) Ahmed Zeki el chiati-essai sur la qualification des contrats-le ciar le scribe egyptien s.a.e scribe house, 26 rue galal, 1944,P 121.

المطلب الثاني:

تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون المصري.

يعد القانون المدني المصري في طليعة التشريعات العربية التي أخذت بنظرية تحول التصرف القانوني عن التشريع الألماني وإن كان القانون المصري القديم الملغى لم يرد نص على الأخذ بنظرية تحول التصرف القانوني كمبدأ عام¹، لكن يمكن أن نلتمس تحول التصرف القانوني في بعض النصوص²، الأمر الذي يؤكد معرفة المشرع المصري للتحول حتى قبل النص عليه بنص خاص في القانون المدني الجديد.

كما يدل على هذا الأمر الإجتهدات القضائية التي أخذت بتحول التصرف القانوني بشكل صريح³، وهو ما يؤكد أن القضاء المصري قد طبق نظرية تحول التصرف القانوني قبل النص عليها بشكل خاص بالإستناد إلى التطبيقات المتناثرة في القانون المدني الملغى⁴. إلا أن المشرع المصري ونتيجة إحساسه بضرورة إيجاد نص خاص يعالج بمقتضاه الحالات المتزايدة للبطلان الأمر الذي دفعه في التقنين الجديد الصادر في 12 يوليو سنة 1984 برقم 131 أن يسجل إعتماده نظرية تحول التصرف القانوني بصفة عامة مقتدي بالتقنين المدني الألماني.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 20.

(2) من هذه النصوص نجد المواد 108، 133، 135 من القانون التجاري المصري، والمواد 254، 320، 321 من القانون المدني المصري القديم، والتي تسمح للمحاكم بتطبيق النظرية على بعض الحالات التي توافرت فيها الشرائط، فالأصل في عقد البيع في القانون المدني المصري القديم إن يلتزم المشتري بدفع الثمن على إن عدم دفع الثمن لا يترتب عليه بطلان البيع، بل كان من الجائز إن يتحول البيع بثمن مؤجل إلى عقد قرض عند حلول الاجل المتفق عليه، وكذا عقد القسمة عقدا صحيحا لا يجوز الطعن به حتى ولو لم تتم كتابته، بالرغم من إن الكتابة شرط من الشروط الشكلية التي نص عليها القانون، والتي يمكن الاستناد اليها للمطالبة بابطال العقد، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 20، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص ص 40، 41 .

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 64.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 41.

فنص عليها في الكتاب الخاص بالالتزام بوجه عام بعد مناقشات طويلة حيث تقررت هذه النظرية في المادة 144 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد». كون النظرية تعتبر تطوراً هاماً في مجال الحد أو التقليل من حالات البطلان، وهذا ما سنباحول توضيحه بالتفصيل إذ سنناقش نظرية تحول التصرف القانوني في المذكرة الإيضاحية (فرع أول)، ثم نعرض أهم تطبيقات نظرية تحول التصرف القانوني في التشريع المصري (فرع ثان).

الفرع الأول:

مناقشة نظرية تحول التصرف القانوني وفقاً للمذكرة الإيضاحية.

جاءت المادة 144 من القانون المدني المصري بعد مناقشات مستفيضة للوصول إلى النص الأمثل حتى خرج النص بالصورة التي هو عليها اليوم في القانون المدني¹، وقد أوضحت المذكرة التمهيدية للقانون نظرية تحول التصرف القانوني بشكل دقيق لا سيما فيما يتعلق بدور القضاء في أعمال هذا النظام وطبيعة الصلاحيات التي يجب أن يتمتع بها.

(1) ورد نص المادة 144 من القانون المدني بالمشروع تحت رقم 203 على الوجه الآتي: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه لو إن هما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول»، وفي مجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول العبارة الأخيرة من النص وقيل في الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن تضع للقاضي معياراً لتحقيق العدالة، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين، ولكننا نطالبه إن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد، وهذا التكييف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض، على إن يكون مفهوماً إن القاضي يبحث عن النية التي كان مفروغاً قيامها قبل النزاع، ثم حذفت عبارة «لو أنهما كان يعلمان ببطلان العقد الأول»، لأنها تزيد لا محل له ولأن المسألة نيط أمرها بالنية ولا محل للتقييد بعد ذلك بالعلم أو بأي ظرف آخر ما دام الأمر سيرجع في النهاية إلى تقدير القاضي، وأصبح رقم المادة 144 ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 644، عبد الرزاق أحمد النسهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ص 497، 498.

كذلك الأمر بالنسبة لطبيعة الإرادة اللازمة لإعمال التحول مؤشرة بذلك للشروط الأساسية التي تجسد الطريق الواضح لتحقيق تحول التصرف القانوني من عدمه¹، حيث ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يلي: «... إن فكرة تحويل العقد وإقلابه أدق من فكرة الإنتقاص»²، فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد التفسير لإرادة المتعاقدين بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلها ويبدلها من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما. ويشترط لإعمال أحكام نظرية تحول التصرف القانوني أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره، ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعها في العقد الأصلي الذي قام به سبب من أسباب البطلان، ولا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتبس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي أو إدخال متعاقد جديد، ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان³.

نستخلص من ذلك أن سلطة القاضي في نطاق تحول التصرف القانوني ليست سلطة تحكيمية، فإن كان القاضي يتولى عن المتعاقدين إعادة إنشاء العقد إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات، وليست الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها سوى قيود قصد بها المشرع أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن من نية المتعاقدين المفترضة ونيتها الحقيقية⁴، والمذكرة الإيضاحية أشارت إلى نظرية تحول التصرف القانوني لكن توجد بعض الملاحظات على هذه الأخيرة نذكرها:

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 42.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 639.

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 48.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 42.

أولاً: تدل المذكرة الإيضاحية على مدى الفهم الواضح للفارق بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية إنقاص العقد التي وردت في نص المادة 143 من ذات القانون، كما تشير في وضوح للفارق بين التفسير وتحول التصرف القانوني وفي هذا وذاك خير كبير.

ثانياً: سردت لنا المذكرة الإيضاحية شرائط وأركان التحول المتفق عليها فقها وقضاء في ألمانيا أو في مصر، وذلك فيما يتعلق ببطلان العقد الأصلي، وتوافقه مع عناصر عقد آخر صحيح، وإنصراف النية الإفتراضية للطرفين إلى الارتباط بالعقد الصحيح.

هنا أيضاً أصابت المذكرة الإيضاحية وأبانت بما لا يقبل الشك أن الإرادة المتجهة للارتباط بالعقد الجديد هي إرادة إفتراضية كما تستوجب نظرية تحول التصرف القانوني، وليست إرادة إحتياطية كما تصورها وصورها الفقهاء، وليست كذلك إرادة حقيقية إذ لا يمكن إلا لإرادة حقيقية واحدة تقصد العقد الأصلي¹.

ثالثاً: كادت المذكرة الإيضاحية أن تحيد بالفكرة عن جادتها، ولم يغفر لها في ذلك إلا ذكرها لشروط التحول تفصيلاً، حيث أوردت: «إن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد.... وأنه يحل نفسه محلها ويبدلها من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما.....»²، فدور القاضي أقل بكثير مما كانت المذكرة تنقله إلى أفهامنا، ولا يتعدى إستخلاص النية الإفتراضية للمتعاقدين عند إبرام العقد الأصلي الباطل، والتأكد من إتجاهها إلى الارتباط بالعقد الجديد³.

(1) الإرادة الحقيقية الوحيدة في المادة 144 هي الإرادة التي اتجهت إلى التصرف الباطل، إما الإرادة التي تتطلبها المادة لقيام التحول فهي الإرادة التي يقوم الدليل على إن ها كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبين لصاحبها ما بالعقد الاصيل من بطلان، وتختلف الإرادة الافتراضية عن الإرادة الاحتياطية، حيث إن هذه الأخيرة تستوجب علم أطراف التصرف بالبطلان وقت التعاقد، ومنطق الفكرة يستبعد هذا العلم وهذه الإرادة الاحتياطية، فالقول بأن الإرادة التي تحدثت عنها المادة هي إرادة احتياطية تعني إن المتعاقدين كانا يعلمان بالبطلان ففكرا في إرادة احتياطية، إذ يفترض التحول إلا إن يثبت إن الطرفين قد أادا العقد الأخير وإلا كان هذا مجرد تفسير، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص49.

(2) وزارة العدل الحكومة المصرية القانون المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، الالتزامات، مصادر الالتزام، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة دار الكتاب العربي، د س ن، ص ص263،264.

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص49، 50.

لم يعرف الفقه سرا لهذا التناقض الذي ورد بالمذكرة حول دور القاضي في أعمال التحول، فبعد إن أوردت شروط التحول أردفت قائلة إن المقصود بشروط التحول وضع قيود على سلطة القاضي بحيث لا تكون سلطة تحكمية، فرغم صراحة العبارة محاولة وضع قيود على سلطة القاضي نجد المذكرة قد عادت توسع من دور القاضي وتمكنه من الحلول مكان المتعاقدين في إنشاء العقد الجديد، والذي كان يجب أن تتركه المذكرة¹.

هو أنه بمجرد إستخلاص النية الإفتراضية للمتعاقدين والتيقن من إتجاهها للإرتباط بالعقد الجديد، والتحقق من توافر الشروط الأخرى للتحول، فإن التحول يقع بقطع النظر على إرادة المتعاقدين، وعن إرادة القاضي الذي لا يملك حينئذ إلا أن يحكم بوقوع التحول الذي يتم بحكم القانون وليس بإرادة القاضي، وإذا كان القاضي مطالب بإستخلاص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد... فإن هذا الكلام صريح في أن وقت كشف الإرادة الإفتراضية هو وقت إبرام العقد الباطل، وأن كان القول بأن المقصود هو النية التي قامت قبل النزاع تعبير دقيق وقد يؤدي إلى اللبس.

الفرع الثاني:

أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون المصري.

يعتبر التشريع المصري من أبرز التشريعات التي أخذت بنظرية تحول العقد، تجسد ذلك من خلال التطبيقات المختلفة لشتى فروع القانون نذكر أهمهما:

أولاً: تحول الوقف الباطل إلى وصية.

إذا كان الوقف باطلا لتخلف أحد الشروط المنصوص عليها في القانون فإن هذا الأخير يتحول إلى وصية وهذا ما أكدته محكمة النقض إذا جاء في قرارها ما يلي: « إذا كان الثابت في الدعوى أنه لم يصدر بالوقف إشهار رسمي من المورث إلى أن توفي وكانت الأوراق المقدمة من الطاعن للتدليل على تحول الوقف إلى وصية ليس فيها العبارة

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 50.

المنشئة للوقف، وإذا كانت محكمة الإستئناف في حدود سلطتها الموضوعية في تقدير الدليل وتفسير المستندات إنتهت إلى أن الأوراق المقدمة لا تتوافر فيها عناصر الوصية، فإن النعي على الحكم بمخالفة القانون المصري والقصور في التسبب يكون على غير أساس»¹.

ثانياً: تحول التنبيه الباطل إلى تنبيه صحيح.

تنبيه بالإخلاء أرسله المؤجر إلى المستأجر بعد الميعاد، ونفرض أن ميعاد التنبيه هو خمسة عشر يوماً قبل إنتهاء الشهر، وإلا إمتد الإيجار شهراً فشهرًا، فإذا نبه المؤجر في عشرين من شهر مارس مثلاً المستأجر بالإخلاء، فهذا التنبيه باطل بإعتباره تنبيهاً ينهى الإيجار في آخر شهر مارس، فيمتد الإيجار إلى آخر شهر أبريل، ويجوز أن يتحول هذا التنبيه الباطل إلى تنبيه صحيح صدر لإنهاء الإيجار في آخر شهر أبريل، فيعتبر تنبيهه بالإخلاء لم يتأخر صدوره عن خمسة عشر من شهر أبريل.

المطلب الثالث:

نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي.

بعد أن تعرفنا على موقف القانون الفرنسي وكذا القانون المصري من نظرية تحول التصرف القانوني وكيفية معالجته لهذا الموضوع، حيث تبين لنا معرفة هذان القانونان لنظرية تحول التصرف القانوني وتطبيقهما لها، فإنه ومن أجل تغطية الموضوع من ناحية التطور التاريخي وكيفية وصوله إلينا على ما هو عليه الآن لا بد لنا من معرفة موقف الفقه الإسلامي من هذه النظرية وكيفية تطبيقها بإعتبار أن الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي يتميزان بعمقها ودقتها.

فالفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته، ونظرته للحياة مختلفة بدرجة كبيرة عن نظرة الحضارات التي سبقته، وتقضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه، ولا يعيننا

(1) نقض مدني 6 فبراير 1972 مجموعة أحكام النقض المصرية، ص ص، 22، 130، 208.

أن يكون الفقه الإسلامي قريبا من الفقه الغربي، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة بل لعله يبتعد عن جانب الحياة والإبداع وهو جانب للفقه الإسلامي فيه حظ عظيم¹.
 قد إنكر جانب من الفقه القانوني معرفة الفقه الإسلامي لنظرية تحول التصرف القانوني ويأتي على رأسهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري الذي يقول في هذا الصدد: «قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الموجود في الفقه الجرمانى، ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض التطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول، ويشير إلى بعض هذه التطبيقات».

والواقع أن الفقه الإسلامي لم نجده يعالج موضوع تحول التصرف القانوني على النحو الذي بسطناه في القوانين الوضعية، كون هذا الفقه لا يقوم أصلا على فكرة النظريات بالمفهوم المعاصر، وإنما على القواعد الكلية وجزئياتها فنجده عرف نظرية تحول التصرف القانوني في صور كثيرة ومتعددة وبإسم مغاير عن باقي القوانين، وهو ما سنوضحه، فنعرض تعريف إنقلاب العقد (فرع أول)، آثار نظرية تحول التصرف القانوني وأهم تطبيقاتها في الفقه الإسلامي (فرع ثان).

الفرع الأول:

تعريف إنقلاب العقد.

عرف الفقه الإسلامي نظرية تحول التصرف القانوني وطبقه في صور كثيرة ولكن بمسميات مختلفة عما هو عليه اليوم منها إنقلاب العقد²، ويمثل إنقلاب العقد تطورا هاما في

(1) عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقد في الفقه والقانون، دراسة مقارنة وموازنة بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول (31 ماي إلى 03 جوان)، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2009، ص 198.

(2) لفظ الانقلاب والتحول معانيهما في اللغة متقاربة وتدور حول التبدل والتغيير والنقل، ويدلان على تبدل ذات بأخرى، كما يستعمل في تبدل المعنى، ويتبين من كلام الفقهاء إن هم استعملوا هذه الالفاظ التحول، التحويل، الانقلاب في نفس المعاني المستخدمة مثال: حينما ذكروا تحول العين وانقلابها كالعلاقة إذا تحولت إلى المضغة تطهر، والعصير إذا تحول خمرا ينجس، وبعض الفقهاء عبر بلفظ الانقلاب ومن ذلك قولهم: الخمر إذا إن قلبت خلا تطهر بالتخليل، فالعلاقة بين

مجال سياسة إنقاذ العقود من البطلان والتي تعرف اليوم بإسم نظرية تحول التصرف القانوني¹، وقد إعتبرت آنذاك أثرا إستثنائيا للتصرف الباطل كون الفقهاء المسلمين إهتموا بضرورة إستثمار التصرف القانوني والإستفادة منه في الحدود التي لا تخالف أحكام الشرع ولا تخل بميزان العدل والحق².

ولم يقف الأمر عند الفقهاء المسلمين حد إقرار النظرية من خلال تطبيقاتها بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك عندما أقاموا التحول على أساس موضوعي بدلا من الأساس الذاتي الذي إعتده القانون الوضعي. إلا أن هذه القاعدة لم تجر على إطلاقها وإنما لذلك كله وضعوا جملة من القواعد التي يمكن أن يسترشد بها القاضي في تفسيره للتصرف القانوني وإنقلابه. كما أن حالات تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي تحكها أصول الصناعة الفقهية، وقد إعتدوا في ذلك على مجموعة من القواعد الفقهية أبرزها قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»، ولكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»، ومعنى هذه القاعدة أن الكلام يجب حمله على معنى كلما كان ذلك ممكنا، ولكن إذا لم يمكن إعمال الكلام فإنه يهمل.

= هذه الألفاظ التحول، والانقلاب ظاهرة في إن ها مشتركة من باب الاشتراك المعنوي، إن عام عرفات حمدان، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 21.

(1) البطلان في الفقه الإسلامي لا يعني اضمحلال وضياح العقد بشكل نهائي فهو وان لم يكن له وجود شرعي فإنه بالتأكيد له وجود فعلي فهو عقد قائم لا يمكن الغاء اعتباره كليا، وبهذا الصدد يقول الكاساني: "ولا حكم لهذا البيع الباطل أصلا، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة...."، وعلى هذا الأساس نجد أن الفقهاء المسلمين قد إهتموا بالعقد الباطل بشكل كبير من أجل الإستفادة قدر المستطاع منه، وعدم اهماله بشكل نهائي طالما أمكن ذلك مستفيدين من وجوده الفعلي، وبهذا نراهم قد عملوا جاهدين على التقليل من حالات البطلان، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 30، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 305، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 13.

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

القاعدة الأخرى « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، ومعناها أن الأحكام الشرعية إنما تترتب على ما قصد المتعاقدان إيجاده من التصرف القانوني، لا على مطلق المعاني التي تفيد الألفاظ التي إستعملها في التصرف¹. يقصد بها أيضا اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حملة على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم وحملة على معنى آخر يترتب عليه الحكم فالواجب حملة على المعنى المفيد لحكم جديد، لأن خلافه وإهماله وإلغائه وأن كلام العقلاء يسان عن الإلغاء ما أمكن.

أيضا يتفرع على هذه القاعدة، قاعدة أخرى: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»، لأن المجاز عندئذ يتعين طريقا لإعمال الكلام²، بمعنى إذا تعذرت الحقيقة في الكلام يصار إلى المجاز، وقاعدة: «إذا يغتفر في الوسائل ما لا يغتفره في المقاصد»، وقاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع».

هاته القواعد الفقهية تشير إلى أن آثار التصرف الشرعي تترتب بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة حتى ولو كانت الألفاظ المستخدمة تخالف القصد من التصرف، فلا عبرة للتسمية مقابلة القصد، وعلى الرغم من أن القاعدة الثانية: «العبرة للمعاني لا للمباني» يثيرها شراح الفقه الإسلامي بشكل رئيس بصدد تحويل التصرف القانوني.

إلا أنه لا يخفى على القانونيين ما لهذه القاعدة من صلة بنظرية تحول التصرف القانوني، إذ تشير بوضوح إلى دور الإرادة في تحديد المقصود من التصرف³، كذلك

(1) نصت على هذه القاعدة المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية وتقول في شرحها: «ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء»، ويفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر على الألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل أن ما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ حين العقد لان المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، ولا للفاظ أو قوالب المعاني، تجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية هي تقنين لأحكام المذهب الحنفي، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 14، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 14، 13.

(2) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 200.

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 64.

قاعدة « حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة »¹، حيث من خلال المساحة الواسعة التي عرفت هذه القواعد صار بإمكان الفقهاء إستنباط الأحكام المناسبة لمعالجة البطلان الذي قد يصيب التصرفات القانونية بهدف وضع الحلول المناسبة².

ونجد من أهم الأدلة الثابتة على معرفة الفقهاء المسلمين لنظرية تحول التصرف القانوني وخاصة العقود منها وتطبيقهم لها في العلاقات العقدية الباطلة ما جاء في حديث الصحابي الجليل جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «أَنَّكَ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَغْيَا، فَأَرَادَ أَنْ يُسَيِّبَهُ، قَالَ: فَلَحِقَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لِي، وَضَرَبَهُ، فَسَارَ سَيْرًا لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ، قَالَ: بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ، قُلْتُ: لَا، ثُمَّ قَالَ: بِعْنِيهِ، فَبِعْتُهُ بِوَقِيَّةٍ وَاسْتَثَبْتُ عَلَيْهِ حَمَلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، لَمَا بَلَغْتَ بِالْجَمَلِ فَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ ثُمَّ رَجَعْتُ أُرْسِلُ فِي أَثْرِي فَقَالَ أَتْرَانِي مَا كَسْتُكَ³، لِأَخْذِ جَمَلِكَ، خُذْ جَمَلَكَ وَدِرَاهِمَكَ فَهَذَا لَكَ».

قال الخطابي في معرض تعليقه على هذا الحديث أن قصة جابر هذه إذا تأملتها علمت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستوف فيها أحكام البيوع من القبض والتسليم وغيرها، وإنما أراد أن ينفعه ويطلب له فاتخذ بيع الجمل ذريعة إلى ذلك، ومن أجل ذلك جرى الأمر

(1) الاصل في صيغة العقد الجلاء والوضوح، فيجب إن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل على نوع العقد المقصود للعاقدين، ففي لفظ مبادلة المال يجب إن يستعمل لفظ (البيع) أو ما يؤدي معناه من تملك الاعيان بعوض، وفي المبادلة يجب إن يستعمل لفظ (الاجارة) أو ما يفيد معناها من تملك المنفعة بعوض، ولكن قد يعتري ألفاظ العقد ما يخرجها عن موضوعه أو عن حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، كما لو أطبقنا على العقد اسم السلم وكان المحل حالا وكذلك الثمن فيكون باطلا كبيع السلم وصحيفا كعقد بيع عادي، نفس المرجع، ص 64، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 14.

(2) تجدر الإشارة إلى أقسام العقود في الفقه الإسلامي من حيث الصحة و البطلان، فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول إن العقد إما صحيح أو غير صحيح، والعقد غير الصحيح قسم واحد يطلق عليه العقد الباطل، على حين اختص الاحناف باستحداث قسم بين القسمين الصحيح والباطل، أطلقوا عليه اسم العقد الفاسد، وللقوف على الاسباب التي يؤدي إلى الفساد والبطلان في العقود وعرض الحالات الواقعية المذكورة في أمهات الكتب الفقهية، إن عام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص 24.

(3) مكس: المكس إن نقاص الثمن في البياعة، ومنه اشتقاق (المكاس) لأنه يستنقصه قال: وفي كل أسواق العراق أتاوة وفي كل ما باع مكس درهم، أي نقصان درهم بعد وجوب الثمن، ورجل مكاس يمكس الناس، عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، الطبعة الاولى، جمهورية ايران الاسلامية، دار الهجرة، 1984، ص 317.

فيها على المساهلة أي ترى إن ه دفع إليه الثمن الذي سماه ورد الجمل إليه يدل على صحة ذلك في قوله: « خذ جملك ودراهمك جميعًا، أتراني ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك ودراهمك»¹.

من تدقيق الحديث الذي أورده الصحابي الجليل جابر بن عبد الله رضى الله عنه ومقارنته بالشروط اللازمة لإعمال تحول التصرف القانوني المعروفة اليوم نرى أنها منطقية في هذا الأمر بشكل واضح.

فالشرط الأول لإعمال التحول هو بطلان العقد متحقق في هذا الحديث، فلو رجعنا إلى البيع الذي أجراه الرسول صلى الله عليه وسلم لوجدناه باطلاً وذلك لإجماع العوضين في ملك أحد المتعاقدين مما يبطل العقد معه.

لكن هناك رأي فقهي يرى أنه خلافاً للقانون الوضعي في نظريته لتحول العقد لا يشترط بإطلاق أن التحول في الفقه الإسلامي يوجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بل قد يكون صحيحاً، ولكنه يصير ويتحول إلى تصرف آخر في رسمه ووصفه إذا استجمع شرائطه الشرعية في الفقه الإسلامي فلا يشترط بطلان العقد الأصلي فالبطلان والعدم سواء، ونقصد بالشرط هنا معناه ما يترتب على وجوده الوجود ولا يترتب على عدمه العدم².

الشرط الثاني للتحول هو إحتواء العقد الباطل في حيثياته على أركان عقد آخر صحيح، وهو أمر متحقق في هذا المثال حيث أن عقد البيع الباطل قد تضمن في حيثياته عقد آخر هو عقد الهبة الذي تحول إليه العقد الباطل خصوصاً وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قام برد الجمل إلى جابر في هذا المثال.

(1) على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 32.

(2) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 204.

أما الشرط الثالث للتحول فهو الإرادة الإحتمالية على رأي بعض الفقهاء¹، وقد تحققت هنا حيث أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يروم الخير للموهوب له في هذا التعاقد²، بمعنى أن إرادته الإحتمالية قد توجهت لتحقيق منفعة الموهوب له.

بهذا تكون الشروط اللازمة لإعمال التحول متحققة بالكامل، غير أن الفرق هو في التسمية فقط حيث كان يسمى التحول آنذاك بإنقلاب العقد، والذي عدوه كما أسلفنا أثرا إستثنائيا للعقد الباطل على أساس أن العقد الذي يعد باطلا في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا تتنافى مع غرض المتعاقدين، فينتقل إليه وإن إعتبر باطلا في موضوعه.

يمكن من خلال التمعن في هذا الحديث أن نتبين معرفة الفقه الإسلامي لنظرية تحول التصرف القانوني وتطبيقه له وبالتالي يمكن الرد على القائلين بأن الفقه الإسلامي لم يعرف هذه النظرية³، بأن الفقه الإسلامي قد عرف هذه النظرية وطبقها بالفعل بل أكثر من ذلك جعلها أساسها موضوعي على خلاف الفقه القانوني الذي كان يعتمد الأساس الذاتي في النظرية.

(1) في هذا الصدد يمكن الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي تميز بنزعة موضوعية حيث يظهر أثرها الأبرز في الوقوف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، ولما كانت الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجي، فاللفظ هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة، واللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر، فإذا كان هذا المعنى واضحا فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو الإرادة الباطنة، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 269، إن عام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص 91.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 33.

(3) بل أكثر من ذلك جمع الفقه الإسلامي بين نظرية تحول العقد ونظرية الظروف الطارئة، لكون كلا النظريتين تخفف الضرر عن المتعاقدين، لأن المشقة تجلب التيسير وان كان فسخ العقد بالعدر يؤدي إلى الإخلال بمبدأ العقد، إلا أن المقصد أسمى من العمل على مبدأ لزوم العقد، فالمبدأ موجود، والنكول عنه بمثابة ذنب كبير وخصلة من النفاق، لكن أحكام الحوادث الطارئة تطبق جنبا إلى جنب مع هذا المبدأ، لانقاذ من توقعه ظروفه فيما يجاوز طاقته وسعة تحمله، إنعام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص 89.

أولاً: حكم تحول العقود في الفقه الإسلامي.

القلب في العقود نوع من التصرفات، الأصل فيه الجواز إذا كان صادر ممن هو أهل للتصرف، فيما يجوز له التصرف فيه إلا فيما يخالف الشرع، وقد يطرأ على هذا الحكم ما يجعل الفقهاء يختلفون فيه بين الجواز والمنع والوجوب.

والإنقلاب من العوارض الطارئة على العقد المالي، فهو كغيره من الطوارئ كتلف المعقود عليه ووجود العيب فيه، والشيوخ والفساد والتخيير وغير ذلك، والأصل في العقد عدم الإنقلاب، فإذا حصل عد إستثناء على المبدأ العام¹.

لذا فإن مبدأ الإنقلاب والتحول في الأحكام والأعيان أمر قد جر في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فهو أمر لا شيء فيه، وعليه يمكن أن يتحول الحكم من الحرمة إلى الجواز، أو من الجواز إلى الحرمة، أو يتحول الشيء من حال إلى حال أخرى.

يستأنس على حكم هذا الأصل بما رود في حديث اللحم المتصدق به: فعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم تصدق به على بريرة رضى الله عنها، فقال: «هولها صدقة، ولنا هديئة»، وقال البخاري: «باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه، لأنها ودیعة عنده»²، وما ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة»³، قال الشوكاني: «وفي حديث الباب دليل على أن قرض الشيء مرتين يقوم مقام التصدق به مرة»³.

(1) نلاحظ أن فقهاء الحنفية ومنهم السرخسي من أكثر الفقهاء تصريحاً بموضوع الإنقلاب في العقود، حيث يستشف من كلامه أن الإنقلاب من الطوارئ التي ترد على العقود، ولما كان الإنقلاب من العوارض الطارئة فالأصل في هذا العارض الجواز والصحة إذا وقع في عقد مصرفي، فهو مصطلح معاصر لكنه واقع في العقود المسماة والعقود غير المسماة والأصل في مثل هذه المصطلحات الجواز إذا طرأت وعرضت على العقود المالية، نفس المرجع، ص 60.

(2) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيروت، جمهورية لبنان، دار ابن كثير، 2007، ص 126.

(3) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، شرح منتقي الأخيار، الجزء الخامس، بيروت، جمهورية لبنان، دار الجليل، 1973، ص 347.

ثانيا: أسباب تحول العقود في الفقه الإسلامي.

بإستقراء الأسباب التي تؤدي إلى تحول العقد في الشريعة الإسلامية يلاحظ أن هناك أسبابا شرعية، وأخرى جعلية ويمكن القول أنها أسباب جبرية أو قهرية، وأسباب إختيارية التي ترجع إلى إختيار المتعاقدين أو أحدهما¹، أما الأسباب القهرية ما لا يدخل تحت إرادة أحد المتعاقدين، كما أن التحول في العقد ربما يشمل على سببين من أسباب التحول.

1- الأسباب الراجعة لأحد المتعاقدين.

هذه الأسباب التي ترجع للمتعاقد قد تكون مقصودة لتحول العقد، وقد تكون غير مقصودة، وإنما جاء التحول تبعا لوجود هذا السبب الذي لم يكن مقصودا للمتعاقد. وقد يكون أحد المتعاقدين ومن في حكمهما له مصلحة في تحول العقد المتفق عليه ليصبح عقدا آخر، ومن أسباب ذلك نذكر الآتي:

- مناسبة العقد المتحول إليه لأحوال أكثر من العقد المتحول منه، فخصائص العقد الثاني وطبيعته وآثاره تؤدي إلى غرضه الذي يريده بأفضل الطرق بخلاف العقد الأول².
- رغبة أحد المتعاقدين تصحيح العقد الفاسد المتفق على عقده، فقد يكون العقد فاسدا بتخلف شرط من شروط الصحة مثلا، فيريد المتعاقد تصحيحه بإستدراك هذا الشرط المغفل، وقد يدخل في هذا التحايل على تصحيح العقد إذا كانت النتيجة لا تؤدي إلى مخالفة الضوابط الشرعية للتحول، وعليه فإن التحايل على العقد بقلبه إلى عقد آخر للوصول إلى أمر محرم لا يدخل في الأسباب المرادة³.

(1) تجدر الإشارة إلى أن البحث في الأسباب مقصور على الأسباب المباحة التي تؤدي إلى أمر جائز مباح، إما الأسباب التي تؤدي إلى أمر محرم فهي أسباب محرمة، لأن الوسيلة لهما حكم الغاية، ولا حاجة لدراستها لعدم علاقتها بالتحول المشروع، إنعام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص 61.

(2) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 347.

(3) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 205.

- إيراد أحد المتعاقدين في العقد شيئاً من الشروط الجعلية، تخرج العقد عن معناه، إلى حقيقة عقد آخر يناسب ذلك الإيراد، فعقد الهبة إذا كانت بشرط العوض، فإنها تنقلب عقد بيع¹.

2- الأسباب الراجعة لذات العقد.

يقع التحول في العقود لأسباب ترجع إلى ذات العقد المتفق عليه، ومن أبرز هذه الأسباب نذكر:

- عدم استكمال العقد لشرائطه المتعلقة بالصحة فيؤدي ذلك إلى إنقلابه إلى عقد آخر موافقا لمعناه وشروطه، ومن أمثلة ذلك تحول عقد السلم إلى بيع مطلق، إذا كان المسلم فيه عينا، وتحول البيع إلى هبة فيما لو قال بعت بلا ثمن، وتحول عقد الإستصناع لعقد سلم إذا ضرب فيه لأجل.

- طبيعة العقد وخصائصه توافق عقداً آخر، ومن أمثلة تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب، وإنقلابها إلى شركة إن ربح المضارب، وذلك لأن طبيعة هذه العقد متشابهة، وإلحاقه بالعقد الثاني أولى لكونه أقرب شبيهاً بهذا العقد².

- زوال الشيء الذي كان سبباً لإنعقاد العقد فاسداً، كزوال الجهالة في مجلس العقد، فهو يصحح العقد بعد إنعقاده فاسداً إذا كان الفساد فيه ضعيفاً.

الفرع الثاني:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني وأهم تطبيقاتها في الفقه الإسلامي.

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإننا نجد نظرية تحول التصرف القانوني وتطبيقاتها بلغت أعلى درجات التنظيم، وهو ما لم تصل إليه الكثير من التشريعات المدنية الوضعية إلا حديثاً، فالأمثلة عليه مثبتة في كتب الفقهاء وبخاصة في كتب المعاملات، حيث نجد بطون الكتب الفقهية زاخرة بأمثلتها العملية.

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 65.

(2) إنعام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص ص 62، 63.

هذا إن دل فإنه يدل على حرص الشريعة الإسلامية على تصحيح التصرفات قدر المستطاع، ولا شك أن عرضنا لبعض النماذج والتطبيقات تكون دليلاً شاهداً له من بين الأدلة الكثيرة على شمولية هذه الشريعة ومواكبتها لكل زمان ومكان¹.

الملاحظ أن الفقه الإسلامي قد سبق العديد من الأنظمة والقوانين الوضعية في كثير من مجالات الحياة، ومنها مجال أعمال تحول التصرفات القانونية الباطلة مما يدحض حجة القائلين بأن الشريعة الإسلامية لا تواكب العصر الحديث.

أولاً: آثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي.

إن الشريعة الإسلامية تجعل للمتعاقدين الحرية في إنشاء التصرفات، فالأصل فيها تتبع رضا المتعاقدين حيث ترجع إلى مراد المتكلم وما قصده، فيكون المقصود هو المعقود عليه، وينظر إلى رضاه أي رضا المتعاقدين، فليزيم بما رضى به دون ما لم يرضى به بشرط ألا يخالف ذلك كتاب الله.

أما آثار التصرفات فإنها تكون من الشارع لا من المتعاقد، فهذا الأخير ينشئ التصرف فقط ولكن لا ينشئ الآثار²، وعلى ذلك تكون مقتضيات التصرفات كلها من الشارع لا من المتعاقد، وهذا يعني أن آثار التصرفات بشكل عام صحيحة أو باطلة لا تخضع لإرادة المتعاقدين في الشريعة الإسلامية بل تخضع لأحكام الشارع.

إذا كانت مخالفة لأحكام هذا الأخير فإنها تعد باطلة لا قيمة لها، لكن هذا المبدأ القائم في الشريعة الإسلامية لا يعني إهدار إرادة المتعاقدين وإهمال رضاهما بل العكس صحيح، إذ أن الرضا في التصرفات القانونية بصفة عامة وفي العقود بصفة خاصة له سلطان قوي

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 65.

(2) نجد هذا المبدأ القائم في الفقه الإسلامي موضح في كتب علماء الشريعة، ويقرر هذا المبدأ العلامة ابن تيمية بقوله: «فكما إن أفعالنا في الاعيان من الاخذ والزكاة فيها الحل، إن غير حكم ملك له، فكذلك أفعالنا في الاملاك والعقود ونحوها الاصل في الحل، وان غيرت حكم الملك له، وسبب ذلك إن الأحكام الثابتة بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا»، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 65، عبد الحميد محمود البعلبي، المرجع السابق، ص 14.

في أحكام العقود وآثارها إلا أن هذا السلطان مستمد من الشارع الحكيم الخبير بمصالح الناس¹.

إن تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي إنما يتم بحسب توافر شروطه وأحكامه الفقهية، ومراعاة مقصد أطرافه أيضا وبما أن آثار تحول التصرف القانوني ووفقا للمبدأ القائم في الفقه وهو أن آثار التصرفات مرهونة بعدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية ينبغي أن تخضع آثار التحول لأحكام الشريعة الإسلامية دون الرجوع إلى نية المتعاقدين أو إرادتهما تكون مآطورة بإطار موافقة وعدم المخالفة لأحكامها.

وهو ما يعرف في القانون الوضعي بالنظام العام علما بأن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في القوانين الوضعية، فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي.

فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية المتعاقد في حدود النظام العام إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق هذه الحرية، ويعني ذلك أن تسبب العقود لآثارها ليست بإعتبار ما إشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، لأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود، وقد يقول قائل أن العقود إختيارية رضائية، وأساس الإختيار والرضا أن يكون للمتعاقد إختيار حر لآثار العقد وأحكامه، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية

(1) فائدة البيع نقل الملكية من البائع إلى المشتري، واستحقاق البائع الثمن، وغير ذلك من الأحكام ليس من ذات الإيجاب والقبول وما ورائها من إرادة المتعاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط، ولكن لهذا ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقا لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام بأمرين: أولهما هو اذن عام من الشارع يجعل الرضا طريقا لإنشاء الحقوق والواجبات وانتقالها، وذلك في الاصل العام في قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، ثم أوجب بالعقود تنفيذ أحكامها في قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، ثانيهما: هو أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثرا له يثبت إذا توافرت أركانه وتحققت شروطه، وليس للمتعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه قبل العقد أو في أثناءه ما لم يرد اذن من الشارع بذلك وإقرار منه له، سواء أكان ذلك اذنا عاما شاملا أم اذنا خاصا بإقرار ذلك الشرط بعينه وكذلك ليس له إن يزيد على المقتضى إلا بإذن من الشارع، محمد أبي زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، 1939، ص ص، 201، 202.

آثار العقود من إختصاص الشارع لا من عمل العاقد كان في ذلك هدم لأصل الإختيار أو الرضا.

ثانيا: أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي.

إن تطبيقات إنقلاب العقد في الفقه الإسلامي كثيرة ومتنوعة لكن لا يسعنا في مقامنا هذا إلا التطرق للبعض منها نذكر:

1- تحول تصرفات الفضولي إلى إلتزام يقع على عاتق المالك.

كانت تصرفات الفضولي محلا للناقشات الفقهية بين العلماء المسلمين¹، نلتمس في ثناياها الروعة في التحليل والتأصيل في مذاهب المسلمين المختلفة، فهناك من يرى أن عقد الفضولي باطل لأنه لم يصدر عن ولاية أو إذن، وهذا العقد الباطل يبقى كذلك و إن وافق عليه صاحب الحق، لأن أصل العقد محرم وباطلا فلا يكون لأحد إجازة المحرم الباطل، إنما يجب لتصحيح عمل الفضولي أن يتراضى صاحب المال مع من تعاقد مع الفضولي، وأن يعقد معه عقدا جديدا كأن الأول لم يكن وعلى هذا الأساس فبيع الفضولي وشراؤه وسائر عقوده في ذمة غيره².

(1) الفضولي في الفقه الإسلامي فهو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم إن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة، وأهمية تصرفات الفضولي تظهر بصورة خاصة في حالتي البيع والشراء، هناك آراء مختلفة للفقهاء المسلمين في بيان المقصود بالفضالة بحيث يمثل هذا التعريف رأي بعض الفقهاء المسلمين فقط، إما الآراء الأخرى فإنها تلاحق هذه المسألة من جوانب آخر تصل إلى حد احتواء ما يسميه البعض بالمفهوم الغربي للفضالة، لكن هذا المفهوم ليس غربيا بل هو بالأصل مفهوم إسلامي يمثل صورة من صور الفضالة، كان للفقهاء المسلمين قصب السبق في إيرادها، وهو من بناء أفكارهم لذلك فإن الأخذ به يجب إن يعاد إلى مصدره الأصلي وهو الفقه الإسلامي، ولا يوجد مبرر لإضفاء هذه التسمية للمفهوم الغربي، لأن في ذلك طمسا لما جاء به السلف الصالح من مفاخر ومآثر، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص ص، 144، 137.

(2) قال الامام الشافعي إن تصرف الفضولي لا ينعقد فهو والعقد الباطل سواء لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، إذ الولاية تثبت للمالك أو بإذن المالك ولا إن عقاد إلا بالقدرة الشرعية، وجاء أيضا في المذهب الشافعي لا يجوز بيع ما لا يملكه من غير اذن مالكة لما روى حكيم ابن حزم إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا تبع ما ليس عندك، ولان ما لا يملكه لا يقدر تسليمه»، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، هامش رقم 1، ص 184.

لا شك بأن العقد الباطل هذا يمكن أن يتحول إلى عقد صحيح آخر طالما أن الفقهاء المسلمون قد أخذوا بنظرية تحول التصرف القانوني وأقاموا النظرية على أساس أو معيار موضوعي لا على أساس ذاتي، بغية المحافظة على مصالح الناس وحفظ أموالهم ودعم التآخي والتعاون في المجتمع الإسلامي.

وبذلك إبتعد الفقهاء المسلمون مرة أخرى عن المعيار الذاتي الذي يتجلى فقط في إشباع الحاجات الفردية دون النظر إلى المصلحة العامة، فبرهنوا من جديد على صواب نهجهم ودقته مقارنة بالقوانين الوضعية التي لا زالت موضع نقد ومحل نظر فيما يتعلق بموضوع التحول وإعتمدها المعيار الذاتي¹.

هناك نظرية ثانية في الفقه الإسلامي ترى بأن تصرفات الفضولي لا تعتبر باطلة أصلاً كما في النظرية الأولى، بل تعتبر متوقفة على رضا صاحب الحق أو على إجازته²، فإذا علم صاحب الحق التصرف الذي أجراه الفضولي وأجازه أي رضى به ووافق عليه صار هذا التصرف صحيحاً وناظاً، وإذا لم يجزه فسخ التصرف وإعتبر كأنه لم يكن لذا سمي عقد الفضولي موقوفاً³، لأن صحته وبطلانه موقوفاً على الإجازة أو عدمها.

(1) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص142، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص909.

(2) هذا العقد بمقتضى قواعد الفقه ما اعتراه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغريب مع الغبن، أو كان العاقد محجوزاً عليه فاقده الأهلية، ووقف العقد معناه عدم إفادة حكمه في الحال، إما حكم العقد الموقوف فهو للعاقد بعد زوال سبب الوقف إن ينقص العقد فيصبح باطلاً من المبدأ وله إن يجيزه فيصبح نافذاً من المبدأ بأثر رجعي، عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، بغداد، جمهورية العراق، المكتبة القانونية، 2007، ص44.

(3) العقد الموقوف نستطيع التعرف عليه من خلال الوقوف على المعنى اللغوي لكلمة الوقف حيث يقال: وقفت الدابة وقوفاً سكنت، ووقفت الدار وقفاً أي حبستها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أحزته حتى تضع. إما اصطلاحاً فهو العقد المشروع أصلاً ووصفاً لكن لا تترتب عليه آثاره إلا بالإجازة فهو عقد صحيح، وليس كما ادعى البعض بأن منه صحيح ومنه فاسد أو هو من قبيل العقد الفاسد، وهو من أقسام العقد الصحيح لتوفر ركن الرضا فيه، غايته ما في الأمر إن صدره ممن لا يملك إن قاده جعله موقوفاً لرفع الضرر الذي قد يلحق بصاحب الحق، فإن أجازه نفذ وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وتترتب عليه آثاره وإلا بطل العقد، وعرفه الشيخ الزرقاء: «العقد الذي لا ينتج حكمه منذ إن عقاده بل إن ه رغم إن عقاده صحيحاً تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائج الحقوقية متوقفة أي معلقة محجوزة لا تتحقق، ولا تسري لوجود مانع يمنع تحقيقها وسريانها

أما النظرية الثالثة فوفقا لها إذا كان عمل الفضولي فيه منفعة لصاحب المال بالمحافظة على ماله وبإحتراز له من الضياع، كان هذا العمل ملزما ولو لم يجزه، وموجبا عليه أن يعرض فاعله مما تكبده من المشقة، أو مما دفعه من النفقة وتعليل ذلك أن الناس يسهر بعضهم على بعض ويتآزرون في المحافظة والنصيحة والمعروف، هذا التآخي والتعاون الذي أوجدته الشريعة الإسلامية بما فيها من مزاج بين الدين والقضاء وبين العدل والإحسان هو من ضرورات الحياة الاجتماعية.

حيث قال ابن القيم رحمه الله: «لو علم المتصرف لحفظ مال أخيه إن نفقته تضيع، و أن إحسانه يذهب باطلا في حكم الشرع لما أقدم على ذلك، ولضاعت مصالح الناس ورجبوا عن حفظ أمواله بعضهم البعض، وتعطلت حقوق كثيرة وفسدت أموال عظيمة، ومعلوم أن شريعة من بهرت شريعته العقول، وفاقت كل شريعة وإشتملت على كل مصلحة وعطلت كل مفسدة تأبى كل الآباء ذلك».

وعليه إعتبرت تصرفات الفضولي ملزمة للمالك وتوجب التعويض، ويعتبر آخر تصرف الفضولي في حالة عدم إجازة المالك له يتحول إلى إلتزام يقع على عاتق المالك، مقتضاه الإلتزام بتصرفات الفضولي بالإضافة إلى تعويضه عما أنفقه وما تكبده من مشقة أي أن التحول هنا جاء عكسيا، أي ملزما للمالك وليس للفضولي - وهذا ما يؤكد إهتمام المسلمين دائما بإشاعة روح العدل بالإضافة إلى تحقيق التوازن التعاقدى بين أطراف العلاقة القانونية.

=شراعا»، ونظرية العقد الموقوف نظرية أخذ بها الفقه الإسلامي، وتأثر بها المشرع الجزائري، عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع الفقه والأصول، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، كلية الشريعة الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، د س ن، ص73، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 124.

2- تحول المعاوضة من دون بدل إلى هبة.

يتجسد ذلك كما في حالة عقد البيع وعقد الإيجار مع التصريح بنفي البدل، وذلك بأن يقول المتعاقد: «بعتك هذا الشيء دون ثمن أو أجرتك هذا البيت من غير أجر»، فيلاحظ أن هذه العقود قد تخلف أحد أركانها الأساسية وهو البدل بإعتبارها من عقود المعاوضة التي يشترط لصحتها توافر البدل، كونها تقوم على بدلين متقابلين، وبالتالي فإذا إنتفى الثمن أو الأجرة إنتفت حقيقة العقد في مثل هذين الفرضين المتقدمين وبالتالي يبطلان¹.

يجب ملاحظة مسألة هامة وهي حالة السكوت عن ذكر البدل في عقدي البيع أو الإيجار دون أن يكون هناك ما يدل بوضوح على نية نفي البدل، كما لو قال الشخص: «بعتك هذا الشيء أو أجرتك هذا الشيء»، وسكت دون ذكر الثمن أو الأجرة، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن القول ببطلان هذين العقدين بحجة عدم ذكر الثمن لا يساوي في الحكم التصريح بإبرام العقد دون بدل، بل يكون العقد في مثل هذه الحالات عقدا فاسدا².

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في حالة التصريح بعدم ذكر الثمن في العقد، هل يمكن إنقلاب العقد في هذه الحالة إلى عقد صحيح من طبيعة أخرى أم لا؟، فهل ينقلب البيع إلى هبة أو إلى إعارة في حالة ما لو كان العقد فيه توقيت مع نفي الثمن؟.

كما لو قال: «بعتك منفعة هذا الشيء شهرا بلا ثمن»، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الإيجار ينفي الأجرة صراحة فهل ينقلب إلى عقد إعارة أم لا؟. في الوقت الذي ذهب فيه جانب من الفقه الإسلامي إلى أن هذه العقود وإن كانت باطلة لإنتفاء البدل مما ينفي حقيقة العقد إلا أنها بذات الوقت قد تضمنت أركان عقد آخر صحيح، وبالتالي فهي تنقلب إليه وذلك على أساس أن العقد الصحيح الآخر هو من الآثار الإستثنائية للعقد الباطل، مؤسسين حكمهم هذا على القاعدة الفقهية: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»³.

(1) عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 75.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 34.

(3) المادة 03 من مجلة الأحكام العدلية، قال الامام ابن القيم رحمه الله في معنى هذه القاعدة: إن المقصود في العقود معتبرة دون الالفاظ المجردة التي لم يقصد بها معانيها وحقائقها، أو قصد غيرها إن صيغ العقود كتبت واشترت وتزوجت

من أهم الفقهاء المحدثين الذين قالوا بإمكانية تحول التصرف القانوني في مثل هذه الحالات السيد الخوئي وقد علل هذا الرأي على أساس قاعدة عدم الضمان في مثل هذه التصرفات حيث يقول: « إن مقتضى الضمان هي اليد والمانع عنه التسليط المجاني من قبل المالك وقاعدة عدم الإقدام العقدي كان على الضمان لا على عدم الضمان، وعليه فإننا نسلم في البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا أجره بعدم الضمان ونرى أنهما ليسا بيعا ولا إجارة بل هبة وعارية ولا ضمان فيهما ».

في نفس السياق يرى الدكتور مصطفى الزرقاء إمكانية إنقلاب العقد في مثل هذه الحالات، وذلك بالإستناد إلى القاعدة الفقهية: « إعمال الكلام أولى من إهماله »¹، والقاعدة الفقهية: « إذا إنعدمت الحقيقة يصار إلى المجاز »²، حيث يعد التعبير عن هذه العقود بالبيع أو الإيجار من باب المجاز.

والمجاز في العقود معهود ويبرر رأيه بالقول: « والنظر القانوني الحديث في الفقه الأجنبي يتجه إلى هذا فيسمونه نظرية تحول العقد، وهي نظرية حديثة في الفقه الألماني حتى أن أصحابها يتوسعون فيها فيقولون بإنقلاب البيع إلى هبة ولو كان الثمن المذكورا في العقد، إذا كان تافها يسيرا بالنسبة إلى المبيع بحيث يدل على قصد التبرع »³.

وأجرت إما اخبارات واما إن شاءت، أو إن ها متضمنة للامرين فهي اخبارات عما في النفس من المعاني التي تدل على العقود، وانشاءات لحصول العقود في الخارج ولفظها موجب لقيامها في الخارج وهي اخبار عما في النفس من تلك المعاني ولا بد في صحتها من مطابقة خبرها لمخبرها فاذا لم تكن تلك المعاني في النفس كانت خيرا كاذبا، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، د س ن، ج 1، ص 19 .

(1) المادة 60 من مجلة الأحكام العدلية، يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى والغاية أن يسان كلامه عن الالغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه المقتضى لتصحيح كلامه، فيرجح في الحمل على المجاز أو بغيره عند التمكن من ذلك، وبذلك يلغى أو يهمل، علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية مفهومها نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، الطبعة الثالثة، دمشق، الجمهورية العربية السورية، دار القلم، 1994، ص 393.

(2) المادة 61 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) فالبيع باطل في القانون المدني لتفاهة الثمن، ولكن هذا البيع الباطل يتضمن عناصر الهبة، ففيه الايجاب والقبول ونية التبرع الرسمية، لذلك يتحول البيع الباطل إلى هبة صحيحة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 635، مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الجمهورية العربية السورية، مطبعة جامعة دمشق، 1961، هامش رقم 1، ص 619.

يمكن أيضا أن يتحول عقد التبرع إلى عقد بعوض، فإذا إشتراط أحد في هبته دفع العوض كأن يقول: « وهبتك هذا الشيء بكذا، أو بشرط إن تعطيني كذا»، أخذ العقد أحكام البيع عند الحنفية والمالكية¹، لأنه أصبح في معنى البيع فيرد الموهوب بالعيب، ويأخذ أحكام البيع والمبيع في العقد وشروطه.

في حين ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى القول بعدم جواز إنقلاب العقد الأصلي كونه باطل وبالتالي فهو معدوم، ومن ثم غير ممكن القول بإنقلاب العقد المعدوم إلى عقد صحيح لأن لا وجود له من الأصل².

3- تحول عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى عقد بيع.

في الحقيقة إن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك من العقود المعاصرة وتحول عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى عقد بيع يعد تطبيقا حيا معاصرا لعملية تحول العقد، والصورة المشهورة لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك أن يتسلم أحد المتعاقدين عينا لآخر ينتفع بها بعوض على أقساط يتملكها بنهاية سداد الأقساط، فإذا عجز عن سداد بعض الأقساط إستحق المالك الأول الأقساط السابقة ويحق له إسترجاع العين المعقود عليها³.

وعليه يذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول أن هذا العقد بهذه الصورة عقد إيجار سائرا لعقد بيع وعقد رهن وتعتبر الأجرة ثمنا للبيع يدفع على أقساط محددة ويترتب على هذا إنتقال ملكية الشيء من المؤجر "البائع" إلى المستأجر "المشتري" بمجرد العقد لأن حكم العقد ثبت بحكم الشارع ولا دخل لإرادة المتعاقدين في تعديله فالعبرة في العقود للمعاني

(1) عند الشافعية الاصح كونه بيعا اعتبارا بالمعنى، أما الحنابلة ففي المسألة ثلاثة أقوال أنه بيع نظرا للمعنى، والثاني عقد هبة صحيح يسبب تصحيحهم الشرط العوضي بالهبة، إنه عقد فاسد، ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، مكة، المملكة العربية السعودية، مكتبة نزار، 1999، ص 55، إنعام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص ص 74، 75.

(2) علي حيدر، المرجع السابق، ص 19.

(3) ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 57.

لا الألفاظ والمباني فإذا كشفت نية المتعاقدين عن بيع بالتقسيط عدا العقد بيعا ولو سماه المتعاقدان إيجار¹.

ويبدو أن الرأي الذي إستقر عليه الفقهاء المسلمون في هذا الموضوع أن عقد الإيجار المنتهى بالتملك عقد غير جائز شرعا، لكن بناء على الرأي الأول فإن عقد الإيجار ينتهى بالتملك يتحول إلى عقد بيع بالتقسيط في القانون الوضعي.

4- تحول عقد المضاربة إلى عقد قرض.

إذ قال في عقد المضاربة رب المال خذ المال والربح كله لك²، وشرط عقد ذلك هل يتحول عقد المضاربة إلى عقد قرض؟. إختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاث أقوال:

- **القول الأول:** أنه لو شرط رب المال للمضارب كل الربح له كان المال قرضا فيتحول عقد المضاربة إلى عقد قرض وهو قول الحنفية والمالكية، لكن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري السنهوري يرى أن العقد يكون عقد بضاعة³.
- **القول الثاني:** أنه إذا شرط الربح لصاحب المال أخذ المال ليتجر به لمصلحة المالك كان العقد إستبضاعا.
- **القول الثالث:** لو شرط قدر محدد من الربح برب المال أو لعمل المضارب كان المضارب أجيرا وأمينا على المال فهو في يده كالوديعة ثم هو من جهة تصرفه فيه

(1) مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، 618.

(2) معنى المضاربة في اللغة اتجار الانسان بمال غيره، إما في الشريعة الإسلامية فهي نوع من الشركة يقدم فيها رأسمال من شخص والعمل من شخص آخر ، ويسمى الاول رب العمل والثاني مضاربا، وهي كسائر الشركات من العقود الدائرة بين النفع والضرر، محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، هامش رقم 2، ص 90.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 269، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 79.

وكيلا عن رب المال ويستحق أجر مثله، ولا يستحق الأجر المسمى لفساد التسمية بفساد العقد¹.

هناك تطبيقات أخرى عديدة لتحول التصرف القانوني عرفها الفقه الإسلامي يمكن تقريبها من نظرية تحول التصرف القانوني، منها ما يقرره الفقيه ابن رجب الحنبلي في قواعده: «إذا أعار شيئاً وإشترط عليه العوض صح وإنقلب العقد قرض فيملكه بالقبض إن كان مكيلا أو موزونا، وإذا أجره الأرض بثلت ما يخرج منها كانت إجارة باطلة وتحول العقد إلى مزارعة».

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي: «لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع...»، ثم ورد في تخريج للقاضي حسين: «إن إعتبرنا اللفظ لم يصح وأن إعتبرنا المعنى فإقالة، ذلك أن الأصل في مذهبي أبي حنيفة والشافعي أن بيع المشتري للمبيع قبل قبضه فاسد، وهنا باع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول فهو بيع فاسد لأنه وقع على المبيع قبل أن يقبض إذ يمكن أن يقال هنا أن البيع الفاسد قد إنطوى على إرادة احتمالية في فسخ البيع²، ولكنه مع ذلك يتحول إلى إقالة صحيحة إذ ينطوي العقد الثاني على جميع عناصر الإقالة»³.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 269، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل إجازة معهد القضاء، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، قسم السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، ص 138، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 90.

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 79.

(3) الإقالة مستمدة من كتاب الله وسنته لقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أقال مُسَلِّمًا ببيعته أقال الله عشرته» وقوله أيضا: «رجم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى»، وهي تؤدي إلى رفع العقد أي رد المبيع لبائعه، وذلك بتراضي الطرفين وتوافر عنصر الاختيار لكلا العاقدين في الرجوع عن العقد، وهي مندوب إليها، والأصل في الإقالة إن ها كإنشاء عقد بيع جديد يشترط فيها ما يشترط في عقود البيع ويفسدها، وتعرف أيضا في القانون بالتفاسخ أو التقابل ويقول البعض الإقالة سبب للتفاسخ العقد إلى جانب الفسخ والانفساخ، والتفاسخ هو اتفاق طرفي العقد من بعد إبرامه على إزالته لا يفسخ العقد الأصلي النحو الذي به إن عقد، وحيث إن إن عقاد العقد هو ثمرة اتفاق طرفيه فإن إن حاله باتفاقهما جائز، وكلمة التفاسخ تعني في اللغة وفي القانون الإزالة أي إزالة العقد قانونا ويكون ذلك باتفاق لاحق على إبرامه كما إذا باع

يعتبر بيع الوفاء الذي يبيع البائع سلعته إلى المشتري على أن لا يتصرف المشتري بها، ويحتفظ الطرفين بحق التراد في العوضين، أي أن يسترد البائع ما باع إذا أوفى المشتري بالثمن، فهذا البيع باطل ولذا أعده الفقهاء رهنا، ومن الواضح هنا أن عقد البيع باطل ولكنه إستجمع أركان الرهن فتحول من عقد باطل إلى آخر صحيح.

ومنها ما يخص عقد الكفالة فلو كفله الشخص في دين بشرط براءته فهو ليس عقد كفالة وإنما يتحول إلى عقد حوالة وبالعكس لو كان العقد حوالة بشرط عدم براءة المدين فإنه يتحول إلى عقد كفالة، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة¹.

مما تقدم يمكن أن نستنتج أن الشريعة الإسلامية رغم أنها لم تنص على نظرية عامة لتحول التصرف القانوني إلا أن كثرة التطبيقات العملية لهذه النظرية في الفقه الإسلامي لا تجعل من تلك النظرية إستثناء فضلا عن إستنادها إلى مبادئ وقواعد ثابتة في الفقه الإسلامي.

=شخص إلى آخر وأبرما العقد وفي تاريخ لاحق على إبرامه اتفاقا البائع والمشتري على إن يرد الاول للثمن ويتسلم الثاني من الاول العقار فقوم ذلك كما تبين من هذا المثال تراضي العاقدين على ازالة العقد بعد إبرامه، وهذا هو ما اصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالإقالة، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار حزم، 2008، ص 343، ابراهيم إن يس محمد يحي، الاقالة فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، دولة فلسطين المحتلة، كلية الدراسات العليا، 2010، ص2، جلال الدين السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتاب العربي، 2006، ص307.

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 79.

الفصل الثاني:

المنطلقات المفاهيمية والنظرية لنظرية تحول التصرف القانوني.

الثابت في الدراسات ككل سواء الدراسات العلمية الحقة أو الدراسات العملية الإجتماعية ذات الطبيعة النسبية، إن الغوص في مسألة ما بقصد الإحاطة بها وبمكوناتها والتعرف على حيثياتها، يمر أساسا بالتعريف بالمسألة وتميزها عن ما يشابهها قصد تحقيق الغاية المتلى وهي الإفهام الرصين والرزين الخالي من الخل واللبس والابهام، وبطبيعة الحال فإن منطلق تحقيق هذه الغاية في دراسة نظرية تحول التصرف القانوني، وهو ما إعتدناه في هذا الموضوع، حيث نعرض مفهوم نظرية تحول التصرف القانوني (مبحث أول)، ثم تحديد شروط وآثار نظرية تحول التصرف القانوني (مبحث ثان)، آثار نظرية تحول التصرف القانوني (مبحث ثالث).

المبحث الأول:

مفهوم نظرية تحول التصرف القانوني.

نشأت نظرية تحول التصرف القانوني وترعرعت في نطاق التصرفات العقدية، ومن المعلوم أن العقود من أهم مصادر الالتزامات، فإذا ما إنعقدت صحيحة فإنها تنتج آثارها القانونية تجاه أطرافها وتجاه الغير أحيانا، غير أن هذه التصرفات قد يعترها عيب يؤدي إلى بطلانها، مما يرتب آثارا بالغة الأهمية على أطراف التصرف والغير أيضا، الأمر الذي أوجب تطبيق نظرية التحول، من أجل ذلك لابد لنا من تحديد مفهوم هذه النظرية وذلك بإبراز تعريف وبيان قوامها، والتعرف على أساسها، وبيان الشروط اللازمة لإعمالها، وهذا يقودنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نشير إلى تعريف نظرية تحول التصرف القانوني (مطلب أول)، شروط نظرية تحول التصرف القانوني (مطلب ثان).

المطلب الأول:

تعريف نظرية تحول التصرف القانوني.

إن التطرق إلى تعريف نظرية تحول التصرف القانوني تقتضي تناول، تعريف التحول (فرع أول)، مفهوم التصرف القانوني (فرع ثان)، الطبيعة القانونية لنظرية تحول التصرف القانوني (فرع ثالث)، نطاق تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني (فرع رابع).

الفرع الأول:

تعريف التحول.

نعرض في هذا الفرع، تعريف التحول لغة، ثم تعريف التحول فقها على التوالي:

أولاً: تعريف التحول لغة.

التحول في اللغة مصدر تحول، تحول إلى، تحول عن يتحول تحولاً، فهو متحول، والمفعول متحول إليه¹، تحول فعل خماسي لازم متعد بحرف، تحولت، أتحول. التحول تدور معانيه على النقل، والتغيير والتبديل فيقال: تحول تنقل من موضع إلى آخر، ومعناه أيضاً الزوال، كما يقال تحول عن الشيء زال عنه²، وحول الشيء غيره أو نقله من مكان إلى آخر³، وكذلك التغيير والتبديل.

هو تغيير الحال من حال إلى أخرى، وحالت القوس وإستحالت بمعنى إنقلبت، وحال عليه العهد تحول أي إنقلب حال لونه من حال إلى حال⁴، حاول الشيء أراده وحوله

(¹) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مجلد 1، القاهرة، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، عالم الكتب، 2008، ص 424.

(²) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرزاي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، مطبعة بولاق، 1865، ص 244.

(³) ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، ج 11، بيروت، جمهورية لبنان، دار صادر، د س ن، ص 189.

(⁴) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص 208.

فتحول، وحال إلى مكان آخر يحول حولاً وتحول أي تحول من مكانه وانتقل عنه¹، وحولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع فتغير إما بالذات أو بالحكم أو بالقول، والحائل هو كل شيء يتحرك من مكانه²، وحولت الشيء نقلته إلى مكان آخر³، إنقلاب العقد وهو الأظهر في لغة الفقهاء قديماً.

ثانياً: تعريف تحول التصرف القانوني فقهاً.

لم يورد المشرع الجزائري في القانون المدني تعريف لتحول التصرف القانوني، مع العلم أن المشرع نص على تحول العقد دون تحول التصرف القانوني، وإكتفى بتقرير حكم التحول دون تحديد معناه، على غرار التشريعات المقارنة التي إقتصر على تبيان شروط التحول والأحكام اللازمة لتحقيقه، وكذلك الحال بالنسبة للإجتهادات القضائية حيث لم نجد فيها تعريفاً واضحاً لمعنى تحول العقد، لكن بالمقابل تعددت التعاريف الفقهية للنظرية واختلفت فيما بينها إلا أنها تصب في الأخير في ذات المعنى نذكرها أهمها:

(1) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج 7، ص ص 294، 295.

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

(3) أشار القرآن الكريم إلى التحول في قوله تعالى: «فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضَّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا»، أي لا يستطيعون بأنفسهم كشف الضر عنكم ولا نقله منكم إلى غيركم، ولا تبدليه بنوع آخر، فدلنا على إن التحويل يعني النقل أو التبديل بنوع آخر، فدلنا على إن التحويل يعني النقل أو التبديل بنوع آخر، ويقول الله تعالى: «سُنَّةَ مَنْ قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنْ رُسُلِنَا وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا»، فالسنة لله عزوجل، وأضيف للرسول عليهم السلام لأنها سنت لاجلهم، وبديل على ذلك قوله سبحانه: «وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا»، حيث أضاف السنة إليه تعالى، والتحويل التغيير أي لا تجد لما أجرينا به العادة تغييراً أي لا يغيره أحد، فدلنا على إن التحويل التغيير لما جرت به العادة، سورة الاسراء الآية 56، سورة الاسراء الآية 77، عبد الحميد محمود البعلي، تحول العقود واعدادتها وأثر العوارض الطارئة في ذلك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، ص ص 176، 177.

بناء على ما ورد عند فقهاء القانون يمكن تعريف تحول العقد حسب القاموس القانوني بأنه: «عبارة عن تبديل العقد بعقد آخر نتيجة لتغيير في وصفه من شأنه أن يرتب له جميع آثاره وفق ضوابط وشروط معينة سواء كان التحول في ذات العقد أو في حكمه»¹.
وعرف تحول العقد أيضا أنه تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي².

كما عرف تحول التصرف القانوني بأنه عملية ذهنية لإعادة الإعتبار للعقود الباطلة تتمثل في إخراج التصرف القانوني الصحيح من التصرف القانوني الباطل هو إستخراج عمل قانوني صحيح من عمل قانوني باطل يمكن إرجاعه إليه بإعطائه مفعولا إذا توافقت مفاعليه تماما مع نية الفريقين، كما عرف بأن تحول العقد الذي قصدته المتعاقدان إلى عقد آخر يختلف في أحد مقوماته عن العقد الأصلي.

أما الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري عرف تحول التصرف القانوني بـ: «نظرية تتلخص في أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصر وهو العقد الصحيح، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج آثاره قانونيا»³.

(1) ظهر تعبير التحول في اللغة القانونية لأول مرة في فقه الشريعة الألمانية العامة، وهي النظام الذي كان سائدا في الدول الألمانية قبل وضع مجموعة القانون المدني الألماني عام 1896 في أوائل القرن التاسع عشر، ويرجع أصله إلى نص ليوبليان الذي جاء فيه:

« vim prioris testamenti in causam fideicommissi et codicillorum convertisse testamentum in eam causam coversum»

صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 10.

(2) عبد الحميد محمود البعللي، المرجع السابق، ص 192.

(3) محمد البوسقساقي، نظرية تحول العقد في التشريع المدني المغربي والمقارن، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الاول، المملكة المغربية، ص 1.

أما الفقيه فيليب سيميليه فعرف تحول العقد بأنه: « ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توافر شروط صحة هذا الأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب من قبل أطرافه»، وعرف بعض الفقه التحول بالآتي: « تحول التصرف القانوني في الإصطلاح القانوني هو تصحيح العقد الأول الباطل أو القابل للإبطال بتسميته الراهنة إلى عقد صحيح لكن بتسمية أخرى يتولاها القاضي الناظر في النزاع»¹.

يقصد بتحول التصرف القانوني أيضا أنه إذا كان التصرف باطلا لعدم توافر أحد أركانه أو قابلا للإبطال لإنتفاء شروط صحته، ولكنه يحتوي رغم ذلك على العناصر الكافية لتكوين تصرف آخر صحيح، يحقق نفس الغاية التي يرمي إليها التصرف الأصلي فإنه يمكن أن يتحول التصرف المعيب إلى تصرف آخر صحيح متولد عن التصرف الأول في صورة كيان مستقل وصورة مغايرة للتصرف الأول²، أيضا يمكن تعريفه بأنه قيام القاضي بالكشف عن وجود عقد صحيح بين أنقاض عقد باطل إذا تبين له أنه نية المتعاقدين كانت ستجبه لقبوله لو علما ببطلان العقد الأصلي³.

يؤخذ على هذه التعريفات أنها افترضت وجود عقدين يتم إستبدال أحدهما مكان الآخر في حال ثبوت بطلانه، وهو أمر لا يتفق مع نظرية التحول التي تفترض إبتداء وجود عقد واحد، كما أنها لم تبين ماهية تحول العقد فعرفت بتحول العقد ذاته فكان الأولى به التعبير عن الإنتقال، ولو فعلت لكان التعريف أكثر وضوحا، كما أنه لم يشتمل على تحول العقد من حيث الصفة، ولكنه إحتوى فقط على تحول العقد من حيث الموضوع، لكن بالمقابل بينت

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 63.

(2) عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات الشرعية والقانون، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر، 1998، ص 105.

(3) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، أربيل، جمهورية العراق، منشورات جامعة جيهان الخاصة، 2011، ص 334، محمد أبو العثم النسور، نظرية تحول التصرفات وتطبيقها على بعض المعاملات التجارية في القانون الاردني، المجلد 46، عدد2، مجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المملكة الاردنية الهاشمية، 2019، ص 315.

الشروط اللازمة لعملية التحول التي يمكن استقراءها بأنها بطلان العقد الأول، وتوافر الشروط والعناصر الرئيسية لعقد آخر، وأخيرا النية المفترضة من توجه إرادة الأطراف للعقد الآخر.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للتعريف السابقة حاول الأستاذ علي كاظم الشباني وضع تعريف يبين المعنى الحقيقي لتحول العقد ويكون جامعا مانعا جاء فيه: «تحول العقد الباطل هو عملية قانونية تتم من قبل القضاء وتهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه أو عناصره في ذات العقد الباطل، دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر، مستتيرا في ذلك بالإرادة الافتراضية للمتعاقدين»¹.

في حين نجد جمهور الفقهاء المسلمين الأوائل لم يهتموا كثيرا بوضع تعريف خاص بتحول العقد، لأنه من المصطلحات التي ظهرت حديثا غير أن تحول العقد كان مطبقا عندهم، ويدل على ذلك كثرة تطبيقاته في باب المعاملات في الفقه الإسلامي²، إلا أن بعض الفقهاء المسلمين رغم هذا إجتهدوا لوضع تعريف لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح من منظور الفقه الإسلامي.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 80، 79، علي مخلف حماد، فكرة تحول عقود الادارة، المجلد التاسع، العدد الثاني، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، جمهورية العراق، 2019، ص 272.

(2) يرجع الأستاذ حسن علي الذنون ظهور نظرية تحول العقد إلى الفقه الاسلامي، ويرى إن الفقيه ابن رجب الحنبلي كان من المقررين لها في قواعده، وأورد أمثلة لذلك من بينهما إن ه إذا قال أحد لآخر، خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك كان هذا قرضا، وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ عبد المجيد الحكيم إن نظرية تحول العقد عرفها الفقه الإسلامي قبل الفقهاء الالمان بأكثر من اثني عشر قرنا، وقد تضمنتها القاعدة الفقهية: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني»، ذلك إن الالفاظ والمباني ما هي الا وسيلة ومنها أيضا قاعدة الهبة بشرط العوض ببيع»، محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، بن عكنون، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ص 374، حمد فخري حمد عزام، التحول في العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الاردني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه، المملكة الاردنية الهاشمية، الجامعة الاردنية، 2000، ص 7.

فجاء تعريف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء لإنقلاب العقد بأنه: «إنقلاب العقد يعني أن العقد الذي يعتبر باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض المتعاقدين، فينصرف إليه وإن اعتبر باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه»¹. عليه يقصد بالتحول إنقاذ ما يمكن من العمل القانوني، والإستفادة منه في شكل آخر أخذاً بالقاعدة الشرعية القائلة: «إعمال الكلام خير من إهماله»، فإذا كان العمل القانوني الباطل يصلح لأن يشكل عملاً قانونياً آخر، فلا مانع من الأخذ بهذا العمل²، فالمفروض أن التصرف الباطل لا يرتب أثراً ما.

لكن طبقاً لنظرية تحول التصرف القانوني فإنه يرتب أثراً عارضاً، وهو توليد تصرف آخر صحيح، أجمعت أركانه وشروط صحته في التصرف الأول المعيب، إنقاذاً لأكبر قدر ممكن من التصرف المعيب، عملاً بقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله وما لا يدرك كله لا يترك كله، فهذا التحول يعد ترتيباً لآثار مباشرة من التصرف المعيب الأول، ولكنها آثار ثانوية عرضية لم تكن مقصودة أصلاً من التصرف الباطل، فعناصر التصرف الجديد مغايرة للتصرف المعيب³.

(1) مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 677.

(2) تتميز العقود في الفقه الإسلامي، بقدرتها على الاستجابة لمطالبات المصلحة الشرعية العملية، وتعتبر عملية تحول العقود واقعة عملية تشهد لها التطبيقات المنتشرة في أبواب الفقه المختلفة، والتي لاقت قبولا عند جميع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، غير إن اصطلاحهم على مفهوم محدد لتحول العقد لم يظهر بصورة دقيقة إلا إن دراسة حالات تحول العقد تدل على استخدام الفقهاء المعاني اللغوية، كما أوردته الموسوعة الفقهية الكويتية، وجاء فيها إن للتحول أحكاماً تعترية، وهي تختلف باختلاف مواطنها مع الحرص على توافر العناصر الأساسية للعقد المتحول إليه، ويمكن القول إن الفقهاء يكثرون من استخدام لفظ إنقلاب، العقد تعبيراً عن تحوله، وقد يكون العقد المستبدل صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً بحسب ما أظهرته تطبيقات التحول في العقود عند الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجزء 10، دولة الكويت، دار السلاسل، ص ص 277، 278، إن عام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص ص 20، 21، حمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 312.

(3) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، وفقاً لحدث أحكام محكمة النقض، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص ص 644، 645.

الملاحظ أن المشرع الجزائري تبنى نظرية تحول العقد بالنص عليها صراحة في المادة 105 من القانون المدني¹، التي تقضي بجواز تحول العقد الباطل المستوفي لأركان عقد آخر صحيح إلى تصرف آخر، طالما ثبت أن النية المشتركة لطرفي التعاقد كانت تسمح بهذا التحول، لو فطنت إليه عند حدوث العيب المبطل للتصرف.

كما أن المشرع الجزائري قصر النظرية على العقد دون باقي التصرفات القانونية الأخرى كما سبق الإشارة إلى ذلك، باعتبار أن العقد صورة من أهم صور التصرف القانوني أو فرعاً رئيسياً من فروعها، فقد جاء هذا الإهتمام على حساب بناء نظرية عامة للتصرف القانوني.

يبدو أنه إذا نظرنا بشكل مدقق في التعريفات المقدمة لنظرية تحول التصرف القانوني نجدها جميعاً تتفق على إنبعاث التصرف الجديد من رحم التصرف الأصلي الباطل، عن طريق تفعيل نظرية تحول التصرف القانوني، حيث أن التصرف الأصلي الذي توجهت إرادتي الطرفين إلى إحداثه، لم يستطع تقويم نفسه بالشكل الذي يعلق عن وجوده كاملاً لا ناقصاً فإنتهت ذاته عن طريق إنتفاء ما يحقق قيامه وحضر ما يحقق قيام عقد آخر، ففعلت

(1) عالجت القوانين العربية نظرية تحول العقد في العديد من المواد، فنص عليها المشرع المصري في القانون المدني المصري رقم 131 سنة 1938 في المادة 144 من القانون المدني التي جاء فيها: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت أركانه، إذا كانت نية المتعاقدين تتصرف إلى إبرام هذا العقد»، إما المادة 167 من القانون المدني القطري فورد فيها: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين إن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد»، ونص عليها القانون العراقي رقم 40 سنة 1951 المعدل والمتمم يتطرق إلى تحول العقد في المادة 140 حيث تنص على الآتي: «إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين إن المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف إلى إبرام هذا العقد»، ونصت أيضاً على نظرية تحول العقد المادة 145 من القانون السوري، والمادة 144 من القانون الليبي، والمادة 123 من القانون البحريني، والمادة 127 عماني، 142 فلسطيني، والمادة 95 سوداني، المادة 205 يمني، المادة 322 موريتاني، سالار محمد رشيد، نظرية تحول العقد وتصحيح العقد الباطل في القانون المدني العراقي والفقهاء الاسلامي، السليمانية، جمهورية العراق، دائرة الادعاء العام في السليمانية، ص 6.

نظرية تحول التصرف القانوني من ذات التصرف الأصلي الباطل إلى ذات تصرف آخر توافرت سبل قيامه، وهذا شيء من القاعدة الفقهية القائلة: «مالا يدرك كله لا يترك جله».

الفرع الثاني:

مفهوم التصرف القانوني.

لم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصوصا تنظم النظرية العامة للتصرف القانوني، وإكتفى بتنظيم نوع واحد منها وهو العقد¹، فوجد المشرع الجزائري يحصر التصرفات القانونية في تصرفات بإرادة منفردة والعقود، وبذلك يحصر جميع العمليات الإقتصادية في هذين القالبين، وفي ظل غياب نص تشريعي يعرف التصرف القانوني، لا يبقى لنا سوى اللجوء إلى أعمال الفقه لتحديد ماهيته، وهو ما نعرضه كالاتي:

أولاً: تعريف التصرف القانوني.

يقصد بالتصرف القانوني تجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء الحق، أو تعديله أو إنهائه، فإذا عبر شخص عن إرادته بأنه يعد بمنح جائزة لمن يصل إلى تركيب مادة كيميائية معينة، فهو ينشئ تصرفاً قانونياً بإرادته المنفردة، متمثلاً في وعد بجائزة، وقد يبرم طرفان عقداً بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر فينشئان تصرفاً قانونياً².

(1) هو بذلك ساير المشرع الفرنسي في هذا النهج عكس التقنين المدني الألماني الذي خصص ما يزيد عن ثمانين مادة لنظرية التصرف القانوني (من المادة من 104 إلى 185) أو التقنين المدني الإيطالي الذي يشير بصراحة إلى إن أحكام العقد تطبق على التصرفات القانونية عامة في المادة 1325 منه، نسير رفيق، نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014، ص 24.

(2) يولد التصرف القانوني حقوق شخصية كانت أم عينية يمكن نقلها أو تعديلها أو إن قضائها، فعقد الزواج وهو تصرف قانوني يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانوني للأسرة، والعقد بوجه عام هو تصرف قانوني يولد الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات، وكذلك يولد الوعد بجائزة وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة حقاً شخصياً لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد، وكذلك يعتبر التصرف القانوني عموماً مصدراً مولداً أو مكسباً للحقوق العينية الأصلية،

عليه يستطيع المتعاقدان بإرادتهما أن يعدلا في هذا التصرف فيرتب آثارا قانونية مغايرة، كما يستطيعان الإتفاق على أنها التصرف بفسخه إتفاقيا، وهذا الإتفاق تصرف قانوني أيضا، وقد درج الفقه على تقسيم التصرف القانوني إلى نوعين:

تصرف من شخص واحد فقط، ويسمى عندئذ بالإرادة المنفردة، وتصرف من شخصين فأكثر ويسمى عقدا أو إتفاقا وهو الذي يتطلب توافق أكثر من إرادة على إحداث آثار قانونية معينة في محيط التعاقد¹.

لكن الملاحظ أن مصطلح التصرف القانوني كثير الإستعمال في الكتابات القانونية غير أن مدلوله يختلف من باحث لآخر، لكن جميع التصرفات القانونية ولو كانت غير عقدية فإنها تعد تصرفات قانونية تقوم على الإرادة وتخضع من حيث الأصل لأحكام تكوين التصرفات القانونية التي تسري على العقود²، مما يعني فتح الباب لتطبيق نظرية تحول التصرفات القانونية ونظرية تحول العقد أيضا وكل بشروطه.

وكذلك يعتبر العقد مصدرا لبعض الحقوق العينية وهي الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي، وكذلك يؤدي التصرف القانوني إلى نقل الحقوق وتعديلها وانقضائها، فالحقوق الشخصية أي حقوق الدائنيه يمكن نقلها عن طريق الحوالة، والحق الشخصي أو حق الدائنية ينقضي ويستبدل بالتجديد، وينقضي حق الدائنية كذلك بالابراء، والحق العيني ينقضي بنزول صاحبه عنه، وهو تصرف بارادة منفردة، وكذلك قد يرتب التصرف القانوني اثار أخرى فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلا وجعله باتا غير قابل للنقل، كقبول الموصى له الوصية، وقد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن طريق الاجازة ممن شرع الإبطال لمصلحته أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاه الغير كإقرار رب العمل تصرف الفضولي لما يحول الفضولي إلى وكيل، نسير رفيق، المرجع السابق، ص 26.

(1) عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 645.

(2) وهو ما أشارت له المادة 251 من القانون الاردني، محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 314.

1- تحديد تعريف التصرف القانوني عن طريق مقابله بالواقعة القانونية:

يقابل أغلب الباحثين التصرف القانوني بالواقعة القانونية والتي يقصد بها: « كل حادث مادي، يولد القانون على إثر حدوثه آثار قانونية دون الإعتداد بإرادة محدثه »¹، فيعرفون التصرف القانوني بأنه: « كل تعبير عن الإرادة يوجه لإحداث آثار قانونية ».

يقسم الفقه الكلاسيكي مصادر الإلتزام إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، فيرون في التصرف القانوني المصادر الإرادية وفي الواقعة القانونية المصادر غير الإرادية أي تلك التي يفرضها القانون على الشخص، غير أنه بامعان النظر والتفكير في هذا التمييز تظهر لنا صعوبته إذ نميز تعبيرات عن الإرادة في بعض الوقائع القانونية كالفضالة حيث يريد الفضولي القيام بخدمة لمصلحة الغير².

هذا ما جعل الفقه يتضارب في مسألة مدى كفاية وجود الإرادة للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، حيث يرى جانب من الفقه أن وجود الإرادة كاف للتمييز بين التصرفات القانونية والواقعة القانونية غير أن جانبا آخر يرى أن وجودها لا يكفي إلا بتوافر بعض الشروط فيها نذكرها:

أ- وجود الإرادة معيار كاف لتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية:

تعرف التصرفات القانونية على أنها كل الوقائع القانونية الإرادية المطابقة لإرادة منشئها، والمرتبة لآثار قانونية فيكفي وجود الإرادة لإلحاق وصف التصرف القانوني، فالإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، فيرتب القانون عليها هذا الأثر مثل ذلك العقد، فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية³.

(1) ROUJOU DE BOUBEE (E) : Essai sur l'acte juridique collectif..... , these precitee, p 10.

(2) نسير رفيق، المرجع السابق، ص 125.

(3) philippe silmer , p 13 .

ما يلاحظ بشأن هذا التعريف أنه يوسع من نطاق التصرفات القانونية على حساب الوقائع القانونية، إذ يجعل من كل واقعة إرادية تصرفاً قانونياً، مما يجعل من معيار التمييز بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية معيار غير دقيق، لأنه يدخل في زمرة التصرفات القانونية بعض الوقائع كالجرائم، وشبه الجرائم، والفضالة.

إن بحث هذا المعيار فيه مسائل نفسية لا يمكن إستقائها من وقائع الحال، جعله يفقد أهميته، كما بحث بباحثين آخرين إلى القول بأن وجود الإرادة لوحدها لا يكفي للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية¹، وذهب جانب من الفقه إلى اعتبار تحول التصرف الباطل إستثناءً على القاعدة العامة، وهذا الإستثناء يرتب أثراً إيجابياً على التصرف بحيث يتخذ التصرف صورة تصرف آخر تترتب عليه أحكام أخرى بشرائط معينة.

ذهب جانب آخر من الفقه الألماني إلى التوسع في تفسير نية أطراف التصرف من خلال ظروف التصرف بحيث لا ينشئ التحول تصرفاً جديداً بل يكشف عن تصرف آخر، وهذا ما أخذ به الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، حيث لا تؤسس النظرية على أنها إستثناء من الأصل بل تصف على كونها أصلاً آخر، وعلى عكس الأساس يأتي الإتجاه الآخر مطلقاً لإعمال هذه النظرية وفقاً لسلطة القاضي في تفسير التصرفات².

ب- وجود الإرادة شرط ضروري إلا أنه غير كاف للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية:

لتفادي عيوب الرأي السابق إشتراط بعض المفسرين أن تلعب الإرادة دوراً أكبر من مجرد تواجدها، فهناك من إشتراط أن تحدد آثار التصرف من قبل الإرادة وهناك من إشتراط ضرورة توافر نية إحداث الآثار القانونية.

(1) نسير رفيق، المرجع السابق، ص 126.

(2) محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 313.

• ضرورة تحديد الآثار القانونية من قبل الإرادة.

تم إقتراح هذا المعيار من قبل الأستاذ GOUNOT في أطروحته التي تحمل عنوان "مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، دراسة نقدية للمذاهب الفردية القانونية" ¹، فهو يرى أن وجود الإرادة شرط غير كاف لتكييف الواقعة على أساس أنها تصرف قانوني، فلا يكفي أن تلعب الإرادة دورا سلبيا، وإنما يجب أن تلعب دورا إيجابيا، وذلك بأن تحدد الإرادة مضمون الآثار التي ستنتج حتى نقول أن هناك تصرفا قانونيا، وبذلك يميز الأستاذ GOUNOT بين الآثار القانونية التي تكون الإرادة هي التي حددت مضمونها، وتلك التي يقتصر دور الإرادة في إحداثها على تفعيل آلية منظمة مسبقا من قبل القانون الوضعي ². يقلص تطبيق هذا المعيار من زمرة التصرفات القانونية إلى حد الإفراط، لأن هناك من التصرفات القانونية التي يحدد القانون جزء من آثارها، ويحدد القائم بها الجزء الآخر، فهل يجوز رفض منح تكييف التصرف القانوني لعقد البيع، مع العلم أن أحكامه منظمة إلى حد كبير من قبل المواد 351 وما يليها من القانون المدني، خصوصا ما تعلق منها بأحكام الضمان؟ وهل يجب أن ترفض تكييف التصرف القانوني لكل العقود المسماة بإعتبار أن القانون الوضعي هو الذي يحدد أحكامها لأن أغلب المتعاقدين يتفقون على مبدأ التعاقد ويتركون التفاصيل للنصوص؟.

يظهر أن مبدأ هذا المعيار ليس عملي، فهو يصنف نفس العملية القانونية تصنيفين مختلفين، فيكون عقد البيع مثلا تصرفا قانونيا إذا كانت أحكامه منظمة من قبل الأطراف، ويكون واقعة قانونية إذا تركوا مسألة تنظيم أحكامه للقانون الوضعي، بل أكثر من ذلك أنه معيار يوصلنا إلى نتائج صعب تقبلها، ففي عقد البيع هناك أحكام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ³، فهل تقبل فكرة أن البيع هو تصرف قانوني في الجزء الذي يجوز للأطراف

(1)GOUNOT : (E) : le principe de l'antonomie,.....,these precitee.p. 120.

(2) نسير و فيق، المرجع السابق، ص 127.

(3) المادة 377 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الإتفاق على مضمونه، وواقعة قانونية في الجزء الذي لا يجوز الإتفاق على مضمونه، أن عدم مطابقة نتائج هذا المعيار للواقع العملي حث الدراسات على إستبعاده¹.

• توقف نشأة الآثار القانونية على ضرورة توافر نية إحداثها:

لاحظ الأستاذ MARTIN DE LA MOUTTE إن تجاه إرادة الشخص إلى تغيير قواعد الإختصاص أو عدم إتجاهها إلى ذلك لا يؤثر على ترتيب هذا الأثر، هذا ما جعله يكيفها على أساس أنها واقعة قانونية²، فيجب أن تكون إرادة الشخص قد سعت إلى إنشاء الآثار القانونية حتى نكون أمام تصرف قانوني: « فنقول أن هناك تصرف قانوني في كل مرة تكون فيه نية إحداث الآثار القانونية ضرورية ولا غنى عنها لإنتاج هذه الأخيرة، وبالعكس نكون أمام واقعة قانونية إذا كانت نشأة هذه الآثار لا تتوقف على ضرورة كون المعبر عن إرادته قد أراد إحداثها أو لا³».

فأساس التصرف القانوني يبقى دائما نفسه وهو الإرادة غير أنه عوض أن نبحت فقط عما إذا كانت الآثار القانونية مرادة من طرف المعبر عن إرادته حتى نقول أننا أمام تصرف قانوني، يجب أن نبحت أيضا في ما إذا كانت نية إحداث هذه الآثار ضرورية لنشأتها⁴.
بغض النظر على بعض المناقشات، وموقف أنصار المدرسة الموضوعية الذين ينكرون دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، كان معظم فقهاء القانون الخاص يتفقون على هذا المعيار.

(1) نسير وفيق، المرجع السابق، ص127.

(2) MARTIN DE LA MOUTTEE (J) : l'acte juridique unilateral.... , these precitee. P. 27.

(3) ibidem.p. 26.« Nous dirons qu'il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de realiser les effets en presences d'un fait juridique lorsque les resultats produits intenvinrent sans qu'il soit necessaire que le declarant ait en la volonte de les voir se realiser».

(4) قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 ديسمبر 1958 إن العدول الفوري لا أثر له على إنعقاد العقد إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل، والاجل قد يعبر عنه صراحة، وقد يستشف من وقائع الحال، كما لو وجه الإيجاب لشخص معين،

FLOUR (J) et AUBERT (j-L),.....L'acte juridique ,op.cit.p 93.

2- الفرق بين الواقعة المادية والواقعة القانونية.

إن العديد من الكتابات الفقهية عند الحديث عن الطبيعة القانونية لنظرية تحول التصرف القانوني، تعتبرها أثر عرضي للتصرف الباطل، بإعتبارها واقعة قانونية وفي نفس السياق تعتبر كتابات أخرى أن الآثار التي تنتج عن التصرف الباطل إنما تنتج بإعتباره واقعة مادية؟ فهل الواقعة المادية هي نفسها الواقعة القانونية في القانون الوضعي؟ أم لكل منها مميزاتها؟.

عرف الفقه القانوني الواقعة المادية بكل فعل أو عمل مادي أو حدث يرتب عليه القانون أثرا قانونيا بمجرد وجوده في ذاته، قد يكون نشوء حق أو إنقضائه أو نقله أو تغييره أو زواله كليا دون إعتداد بإرادة الإنسان¹، وعرفت أيضا الواقعة القانونية بأنها كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ويترتب عليه أثر قانوني²، وعليه فالواقعة المادية هي كل فعل مادي³.

تنقسم الوقائع المادية إلى وقائع طبيعية والتي لا دخل للإرادة فيها، كالفيضانات والزلازل، ويلحق بالوقائع الطبيعية الوقائع التي تتصل بالإنسان كواقعة الميلاد إذ بها يتم إكتساب حقوق معينة، وكذلك واقعة الوفاة التي تنتج عنها إنتقال أملاك وأموال المتوفى إلى ورثته، وينشأ عنهم حقهم في الميراث بصفة قانونية.

(1) غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط 1، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 325.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 1، بن عكنون، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 5.

(3) يعبر عن الواقعة المادية في الفقه الإسلامي بالواقعة الشرعية أو الفقهية فهي كل سبب ينشئ علاقة شرعية أو يؤثر فيها، وهو أمر يجد فيحدث تعديلا في العلاقات البشرية القائمة قبل وجوده، كما عرفت بأنها الحدث والحال الطبيعي يستدعي حكما فقهيا كليا، وعليه فالواقعة المادية هي كل واقعة ينتج عنها أثر أو حدث يستدعي فيه حكما شرعيا، مصطفى أحمد الزرقاء، نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط1، دمشق، جمهورية سوريا العربية، دار القلم، 1999، ص 100، عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، توصيف الاقضية في الشريعة الاسلامية، ج 1، ط 1، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة الملك فهد الوطنية، 2008، ص 12.

وواقع إختيارية التي تحدث بإرادة الانسان ويرتب القانون على مجرد وجودها أثر ما كالفعل الضار كعدم التقيد بالسرعة القانونية فيترتب على واقعة صدم أحد المارة نتيجة السرعة الزائدة تعويض المضرور¹، وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 124 من القانون المدني²، والفعل النافع كالإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق الذي نص عليه المشرع في المادة 143 من القانون المدني³.

أما الواقعة القانونية فنجد بعض الفقه القانوني عرفها بأنها واقعة مادية يترتب القانون عليها أثر، هذا خلط بين الواقعة القانونية والواقعة المادية، الواقعة القانونية حدث مادي ينتج أثر قانونيا لا إراديا من قبل صاحبه، يصنفها المشرع ضمن مصادر الحقوق ويرتب عن تحققها جملة من الآثار الخاصة بها، أما الواقعة المادية فهي عبارة عن حدث مادي لا ينتمي لأي تصنيف مسبق من قبل المشرع، والسؤال هو إذا لم تكن الواقعة المادية صورة من صور الواقعة القانونية. فما هي؟.

بإيجاز الواقعة المادية تشبه إلى حد بعيد الواقعة القانونية مع حتمية الاختلاف عنها، فالتشابه بينهما موجود لكنه غير مطلق طالما أن الواقعة المادية لا تنشأ بطريقة مطابقة للقانون، فهي واقعة إنتقالية من اللاقانون إلى القانون، أما الواقعة القانونية فهي تلك التي تنتج عن نشأة علاقة أشخاص ببعضهم البعض، أو عن نشأة علاقة شخص بشيء معين على أسس قانونية يترتب عنها المشرع بطبيعة الحال آثارا قانونية خاصة.

(1) شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، ط 1، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2010، ص 549.

(2) المادة 124 من القانون المدني: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

(3) المادة 143 من القانون المدني: «كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده، غير إن لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم إن ه غير ملزم بما دفعه الا إن يكون ناقص الاهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء».

الواقعة القانونية هي الواقعة المادية في هيكلها نشأت تحت ما يسميه الفقيه savatier المعطف القانوني، فهي تفترض وقوع حدث مادي يأخذ شكلا قانونيا منذ النشأة الأولى، فمثلا حيازة العقار واقعة مادية يترتب عنها المشرع بعض الآثار القانونية¹. كما أنها تكسب الحقوق العينية كما هو الأمر في الحيازة والموت (الميراث) وقد تقضى الحقوق الشخصية كما في إتحاد الذمة، وقد تقضى الحقوق العينية كما في الترك (abandon).
 قد تحدث آثاراً قانونية أخرى كما في القرابة وهي مانع من موانع الزواج، وفي الجوار ويحد من استعمال حق الملكية، وفي نزع الحيازة ويترتب عليه قطع التقادم، وفي حالة القصر ويترتب عليها وقف التقادم، وفي إلحاق المنقول بالعقار لخدمته ويحول المنقول إلى عقار بالتخصيص، فالواقعة القانونية كالتصرف القانوني قد تنشئ الحقوق الشخصية وقد تكسب الحقوق العينية، وقد تقضيها جميعاً.

3- الفرق بين الواقعة المادية والتصرف القانوني:

إن أساس التفرقة بين الواقعة المادية والتصرف القانوني يتمثل في الآتي:
 إن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني ولا يمكن أن يوجد دونها لهذا جرى الفقه على تعريف التصرف القانوني بأنه مبدأ سلطة الإرادة، بينما الواقعة المادية لا توجد الإرادة أصلاً كما هو الحال بالنسبة للوقائع الطبيعية كالوفاة مثلاً وقد توجد كما هو الحال بالنسبة للوقائع الإختيارية²، إذا كانت الإرادة هي جوهر التصرف القانوني فإن دورها لا يقتصر على إنشائه بل يستند إلى تحديد آثاره، فالأثر القانوني المترتب على التصرف القانوني يقع لأن الإرادة هي التي إتجهت إليه.

(1) نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، مجمع الاطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، جمهورية تونس، 2015، ص 38، 39.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 592.

إذن فهو يتطلب إرادة العمل وإرادة النتيجة القانونية، بينما الواقعة المادية جوهرها العمل المادي، فالأثر القانوني المترتب عليها يقع بقوة القانون، سواء لم توجد الإرادة كما هو الحال في الوقائع الطبيعية أو وجدت كما هو الحال في الوقائع الإختيارية، وحتى في حالة وجودها القانون هو الذي يترتب أثر على الواقعة بغض النظر عن إرادة صاحبها¹. كما أطلق المشرع الجزائري قد أطلق من طرق إثبات الواقعة المادية بأنها يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، بينما التصرف القانوني لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا تجاوزت قيمته مقدرا معيناً.

ثانياً: أنواع التصرفات القانونية.

قد تتشارك وتتمايز التقنيات القانونية في عدة خصائص، غير أن التكييف المقبول عملياً هو فقط الذي يعتمد خاصية واحدة، هذا ما يبرر وجود عدة تصنيفات بعدد خصائص التي أخذت كمعيار للتصنيف، لقد كان تصنيف التصرفات القانونية ثنائياً (عقد وإرادة منفردة) قبل منتصف القرن العشرين، غير أنه بعد نشر أعمال الأستاذ (boujou de boube) أصبح التصنيف ثلاثياً وذلك لظهور التصرف الجماعي فأصبح هناك تصرف بإرادة منفردة، وعقود، وتصرفات جماعية.

1- التصرف بالإرادة المنفردة:

على الرغم من أن أول من نادى بوجود الإعراف بالتصرف بإرادة منفردة هما الأستاذان geny و worm في أطروحته التي ناقشها سنة 1891²، أعمال الأستاذ martin de la moutte هي التي يعود لها الفضل في بيان خصائص التصرف وإرساء أحكامه. لقد قام الأستاذ martin de la moutte بدراسة شاملة للتصرف بإرادة منفردة فقد عرفه على أنه: «تدخل إرادة واحدة تعبر عن مصلحة طرف واحد»³، ثم عمد إلى إرساء

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 593.

(2) WORMS (R) : De la vovonte unilateral..... These precitee.p, 78.

(3) نسير و فيق، المرجع السابق، ص 152.

النظام القانوني لعديد من التصرفات بإرادة منفردة، بعد أن قام بإحصائها ولن تتم معارضة أفكار الأستاذ martin de la mouette من أغلب المفسرين بل ذهب أحدهم وهو من أبرز المفسرين في عصره إلى حد القول بأنه: «من الطبيعي أكثر أن يريد الشخص لوحدته على أن يريد مع شخص ثان، ولا يمكن للقانون عدم ترتيب نتائج عن تصرف معروف بكثرة في الحياة، والمتمثل في عملية إتخاذ القرار»¹، وأنه من الخطأ تحديد إشكالية التصرف بإرادة منفردة في مسألة وجود علاقة قانونية تربط الدائن بالمدين.

كما أن أغلب التشريعات قد أخذت بالتصرف بإرادة منفردة، ومن بينها التشريع الجزائري حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 123 مكرر من القانون المدني على الآتي: «يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير».

2- العقد:

نجد المشرع الجزائري قد سلك في هذه المسألة مسلك التقنيات المقارنة في نصوصه لتعريف العقد، فعرفت المادة 54 من التقنين المدني الجزائري العقد بـ: «العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»².

يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري إستدرك بموجب قانون 05-10 العبارة الساقطة من الصياغة العربية للمادة السالفة الذكر في الأمر 75-58 فأدرجها

(1) CARBONNIER (J) :les obligation..... op.cit. p.54.

(2) بتصفح القانون المدني نجد المشرع الجزائري يستعمل مصطلح الطرف ومصطلح المتعاقد كمترادفين، وخير دليل على ذلك ما جاء في نص المادة 86 منه التي تنص: "يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"، تستعمل هذه المادة مصطلح "المتعاقد" ومصطلح "الطرف" كمترادفين على الرغم مما يوجد بينهما من اختلاف، فالشخص الذي ينظم إلى اتفاقية جماعية يعتبر طرفاً فيها، غير إن ه ليس متعاقد لأنه لم يشارك في المفاوضات، وهذا الخلط في استعمال المصطلحات لا يتقصر على المادة 86 من التقنين المدني فقط، بل على مواد كثيرة لا يسمح المجال لإحصائها في هذه الدراسة، نسير رفيق، المرجع السابق، ص156.

والعبارة هي « بموجبه شخص أو عدة أشخاص»¹، كما أن المشرع قد نقل حرفيا المادة 54 من المادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي².

بالتالي يؤخذ على هذه المادة أنها خلطت بين تعريف العقد وتعريف الإلتزام، ذلك أن العقد رابطة تقوم على إتفاق يثبت هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهيها، وتترتب على هذه الرابطة الإلتزامات سواء كان عملا أو إمتناعا عن عمل³، كما يميز بعض الفقهاء بين الإتفاق والعقد على أن الإتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو إلتزامات في جانب كل من البائع والمشتري، والإتفاق على نقل إلتزام مثله الحوالة تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر، والإتفاق على تعديل إلتزام مثله الإتفاق على إقتران أجل بالإلتزام أو إضافة شرط له والإتفاق على إنهاء إلتزام مثله الوفاء ينتهي به الدين⁴.

وعليه إعتبر العقد نوعا من الإتفاق أي جعل العقد نوعا والإتفاق جنسا، لهذا يرى الأستاذ Carbonnier أن للتمييز أهمية كبيرة تكمن في كون الغاية من العقد هو إنشاء إلتزامات فقط، بينما الغاية من الإتفاق تتعدى ذلك لتبلغ تحويلها أو إنهاؤها وبذلك يكون كل عقد اتفاق، غير أن ليس كل اتفاق عقد، وهناك من الفقه من يجمع على أن العقد والإتفاق إسمان بمسمى واحد.

(1) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل للامر رقم 75-58، ج ر عدد 15 الصادرة في 27 فيفري 2005 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) عرف القانون المدني الفرنسي العقد في المادة 1101 بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص اخرين باعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله، فالعقد ان بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاما، فهو نوع والاتفاق جنس له، وبلا حظ إن التعريف الذي أورد القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الإلتزام، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 137.

(3) عامر رحمون، التفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، جامعة وهران، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 155.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 137.

أما الفقه القانوني فيعرف العقد بأنه: «توافق إرادتين أو أكثر وتطابقهما تماما في لحظة زمنية معينة قصد إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر القانوني إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إعفائه» أو «العقد توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية»¹، يعرفه البعض الآخر بـ: «هو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو على نقله، ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون إتفاقا. أما الإتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشأ لإلتزام أو ناقلا له، فإذا كان يعدل الإلتزام أو ينهيه فهو ليس عقد».

كما إختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقد، فذهب تجاه من الفقه إلى القول أن العقد نوع من التصرفات القانونية بمعناه الضيق، يرى جانب آخر أن التصرف القانوني هو إرادة منفردة بصفة دائمة. ومنه عرف التصرف القانوني بـ: «تجاه إرادة أو أكثر إلى إحداث أثر قانوني معين».

بمعنى كل تصرف قد يكون عقدا أو إرادة منفردة، والعكس غير صحيح، وبهذا فإن العقد أخص من التصرف والتصرف أعم من العقد. كما وضع الفقه معيارا يحدد به التصرف عن العقد بقولهم: «إن نية من صدر منه التصرف هي المعيار الحقيقي الذي يمكن بمقتضاه تمييز التصرفات الصادرة من جانب واحد عن تلك الصادرة من جانبين»².

يذهب أصحاب الإتجاه الثاني إلى أن العقد نوع من التصرفات القانونية بمعناه الواسع، إلا أن التصرف القانوني يشمل كافة التصرفات القولية وجميع التصرفات الفعلية أي الوقائع المادية، أي كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل ويرتب عليه الشارع أثرا معيناً

(1) إن المتتبع لأقوال الفقهاء عند كلامهم عن العقود يجد إن مدلول العقد في إصطلاح الفقهاء لا يعد عن معناه اللغوي، فهو يدور عندهم حول معنيين أحدهما عام والآخر خاص، فأما المعنى العام فيقصد به كل التزم منشأ عن ارتباط ارادي كالبيع والشراء والنكاح أو ما ينشأ بارادة منفردة كالهبة والوصية والطلاق والنذر، فيصدق عليه مسمى العقد، وهذا الاطلاق ذكره الكثير من العلماء في تفاسيرهم لقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، إما تعريف الفقهاء للعقد بالمدلول الخاص فجاء: «ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»، عامر رحمون، المرجع السابق، ص 156.

(2) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983، ص 10.

سواء كان ذلك متضمنا إرادة إنشاء حق أو لا، وسواء كان الأثر المترتب في صالح من صدر عنه القول أو العمل أو في صالح غيره وكان فيه ضررا له، وعليه فإن العقد نوعا من التصرف القانوني.

أما الإتجاه الثالث يرى أن التصرف القانوني هو إرادة واحدة بصفة دائمة سواء كانت هذه الإرادة وحدها أو شاركها غيرها من الإرادات في إنشاء العقد، لأن العقد سيظل محتفظا بذاتيته وإن كل سيصبح كائنا مركبا من مجموعة من التصرفات القانونية¹.

أ- تقسيم العقود:

إن تقسيم العقود أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع، ويمكن تقسيم العقود إلى تقسيمات إذا نظرت إليها من وجهات مختلفة، فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقدا رضائيا أو عقدا شكليا أو عقد عينيا، ومن حيث الموضوع إما أن يكون عقدا مسمى أو عقدا غير مسمى، وإما أن يكون عقدا بسيطا أو عقدا مختلطا.

من حيث الأثر إما أن يكون عقدا ملزما للجانبين أو عقدا ملزما لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة، وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقدا محددًا أو عقدا احتمالي، وإما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا زمنيا، لكن نظرا لتعدد التقسيمات نسكتفي بعرض تقسيم العقود من حيث الموضوع كونها الأقرب للدراسة عند التطرق إلى أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني والتي سيتم عرضها في الباب الثاني من هاته الأطروحة.

أ - 1 - العقود المسماة:

العقود المسماة هي تلك الطائفة من العقود التي إختصها المشرع الجزائري بإسم محدد وتنظيم خاص نظرا لشيوعها بين الناس وإستقرار قواعدها وكثرة تداولها، حيث لم يترك أمرها للقواعد العامة الوراثة في نظرية الإلتزام بل وضع لها نظاما خاصا، وقائمة

(1) جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار

النهضة العربية، 1993، هامش رقم 5، ص 15.

العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألّفه الناس في التعامل¹، ويلاحظ أن العقود المسماة في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمها تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود.

أ- 2- العقود غير المسماة:

يقابل مصطلح العقود المسماة مصطلح العقود غير المسماة، وهي تلك الطائفة من العقود التي يخصصها المشرع بتنظيم خاص حتى ولو كان لهذه العقود إسم خاص ويقع تداولها، وهي عقود غير قابلة للحصر كونها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة في حدود النظام العام والآداب، وعليه فإن معيار التفرقة بين العقد المسمى والعقد غير المسمى هو التنظيم القانوني لها وضبط أحكامها بنصوص خاصة تبين أركانها وآثارها سواء ورد النص عليها في القانون المدني أو نص آخر تشريعياً كان أو تنظيمياً²، ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله.

(1) أنواع العقود المسماة: العقود المتعلقة بالملكية (الباب التاسع من الكتاب الثاني من القانون المدني المواد 351 إلى 466 وهي على التوالي: البيع، المقايضة، الشركة، القرض الاستهلاكي، الصلح)، العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء (الباب الثامن من الكتاب الثاني من القانون المدني، المواد 467 إلى وهي الايجار والعارية 548)، العقود الواردة على العمل (الباب التاسع من الكتاب الثاني من القانون المدني، المواد 549 إلى 611 وهي على التوالي: المقاوله، عقد التسيير، الوديعة، الحراسة)، عقود الغرر (الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون المدني، المواد 612 إلى 643 وهي على التوالي: القمار والرهن، المرتب مدى الحياة، التأمين)، عقد الكفالة (الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني، المواد 644 إلى 673)، وقد خصص المشرع باباً مستقلاً للتأمينات نظراً لأهميتها، الرهن الرسمي (الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون المدني، المواد 882 إلى 936)، الرهن الحيازي (الباب الثالث من الكتاب الرابع من القانون المدني، المواد 948 إلى 981).

(2) قد كان للعقود غير المسماة في القانون الروماني شأن آخر، فقد كان هذا القانون لا يعترف فيما خلا العقود الشكلية إلا بعقود محصورة العدد، بعضها رضائي وبعضها عيني، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود، ومن هذه الاتفاقات عقود اعتراف بها تدرجاً وبعد تطور طويل، وهي العقود غير المسماة، وكانت عقوداً لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، مصادر الالتزام، ط 3، المرجع السابق، ص 156.

أما تحديد الطبيعة القانونية للعقد هل هو عقد مسمى أو هو عقد غير مسمى، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة، ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا أنهما إتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه، فقد يكونان مخطئين في التكييف، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت إسم العقد الظاهر كما في الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع.

3- التصرف القانوني الجماعي:

قد يفهم من مصطلح التصرف الجماعي (l'acte collectif)، الذي جاء به الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE"، أنه يشمل التصرفات القانونية ككل، فيما أن التصرف القانوني يشمل التصرف بإرادة منفردة والعقد، فالتصرف الجماعي يشمل التصرف الجماعي بإرادة منفردة والعقد الجماعي، غير أن هذا الفهم غير دقيق لأن الأستاذ (roujou de boubee) إستعمل هذا المصطلح للتعبير عن التصرفات الجماعية الإفرادية (actes unilateraux collectifs) فقط¹.

ذلك أنه ركز في رسالته على دراسة إجراءات إنشاء الأشخاص المعنوية وقرارات الجمعيات العامة، كما أنه ميز بين التصرف الجماعي والعقد الجماعي الذي أتى به الأستاذ ROUAST²، والذي يعطيه مفهوما ضيقا يتمثل في الآتي: « تصرف إتفاقيا مبرما من طرف أغلبية مكونيه، ويعتبر بالنسبة للأطراف ميثاق يلزم كل مكونيه»³.

لعل هذا التعريف للعقد الجماعي مستقى من الإتفاقات الجماعية للعمل، أما العقود المبرمة من طرف مجموعتين من الأشخاص غير منظميتين في شكل شخص معنوي فلا يعتبر عقدا جماعيا، وإنما مجموع عقود فردية يكون عددها بعدد الأفراد الذين أبرموا الإتفاق.

(1) نسير رفيق، المرجع السابق، ص 153.

(2) ROUAST (A) : Essai sur la notion juridique de contrat collectifthese precitee.p.38.

(3) نسير رفيق، المرجع السابق، ص 115.

لم يكن الأستاذ (roujou de boubee) هو السابق إلى هذه النظرية على الرغم من أن أعماله من الناحية العملية هي التي كان لها الأثر العميق في الفقه، فقد سبقه إليها الفقهاء الألمان والإيطاليون، بل حتى نخبة من الفقهاء الفرنسيين لكن رغم هذا كان لتحليله الفضل الكبير في إقناع فقهاء القانون الخاص على أهمية هذا التصنيف وضرورة إدراجه ضمن مبادئ القانون.

منه عرف الأستاذ (roujou de boubee) التصرف الجماعي بأنه: «تلاقي مجموعة من الإرادات يكون لها نفس المضمون، وتسعى كلها لتحقيق هدف واحد»¹، مثل إجراءات إنشاء الأشخاص المعنوية وقرارات الجمعيات العامة هي تصرفات جماعية وليست عقود، ويدقق الأستاذ أكثر ويؤكد أن التصرف الجماعي هو تصرف ذو نشأة جماعية، لذا لا يجب خلط مفهومه بمفهوم العقد الجماعي²، والذي هو عقد ذو آثار جماعية. يبدو تأثر أغلب الكتاب والمفسرين بهذه النظرية وعمموا النتائج التي توصل إليها الأستاذ (roujou de boubee) إلى التصرفات الإنفرادية والعقود، وبهذا يكون التصرف القانوني الجماعي نوع جديد من أنواع التصرفات القانونية وليس صنفاً جديداً.

(¹) ROUJOU DE BOUBÉE (G) : Essai sur l'acte juridique.... These precitee.p.15.

(²) للعقد الجماعي خاصيتان تميزه عن العقد الفردي، فهو عقد مبرم من طرف الاغلبية يلزم الاقلية، والذي يعتبر خروجاً عن مبدأ نسبية التعاقد، فانه ليس الخروج الوحيد الذي يعرفه القانون ففي عقود الادعان، لا يكون المتعاقد سوى الخيار بين قبول أو رفض الشروط التي تملى عليه من طرف المتعاقد الاخر جملة، إما الخاصية الثانية فتتمثل في دور السلطة في تكوين العقد الجماعي، فتدخل السلطة يعوض غياب رضى الاقلية كما إن ها تحمي هذه الاقلية من تعسف الاغلبية، نفس المرجع، ص 116.

الفرع الثالث:

الطبيعة القانونية لنظرية تحول التصرف القانوني.

هناك عدة آراء في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لنظرية تحول التصرف القانوني أو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه النظرية فكلها متقاربة في مضمونها وفحواها ومتباينة في مبناها نسبيًا، وبشكل عام فإنه يمكن لنا أن نرد هذه الآراء إلى اتجاهين رئيسيين إحداهما إستند في تكييف النظرية إلى دور القضاء في تحول التصرف القانوني، أما الإتجاه الآخر فقد إستند في تكييف النظرية إلى فكرة آثار العقد حسب التفصيل الآتي:

أولاً: دور القضاء في تحول التصرف القانوني.

يعتمد بعض الفقهاء في تكييف تحول التصرف القانوني إلى الدور الذي يمارسه القضاء في هذا النظام، حيث ذهبوا في ذلك إلى رأيين إحداهما يرى بأن تكييف تحول التصرف القانوني إنما يدخل ضمن عمل القاضي في مجال تفسيره للتصرف، بينما يذهب الرأي الثاني إلى أن تحول التصرف إنما يدخل ضمن عمل القاضي في تكييف العقد على النحو الآتي:

1- التحول مرده تفسير التصرف القانوني.

تحتل مسألة تفسير العقود أهمية كبيرة في الأنظمة القانونية المقارنة بما فيها التقنين المدني الجزائري وذلك لما يترتب عليه من الوقوف على إرادة المتعاقدين، وقد أعطى المشرع للتفسير مكانة خاصة ووضع مجموعة من القواعد القانونية التي تساعد القاضي في تحديد مضمون العقد¹.

بما أن العقد هو شريعة المتعاقدين يقتضي ذلك تفسير عبارات العقد لتحديد اتجاه إرادة الطرفين في حالة النزاع حيث أنه قد يحصل خلاف بين المتعاقدين بسبب الغموض واللبس

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 636.

في عبارات العقد مما يقتضي تفسيره للكشف عن إرادة المتعاقدين¹. لذلك عرف التفسير بأنه تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الإلتزامات التي يولدها².

كما عرف أيضا بأنه تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما إعتري العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به، ونتيجة ذلك أنه إذا ما وردت في العقد ألفاظ غامضة وكان اللفظ يحتمل تفسيرين، وكان من نتيجة التفسير الأول أن يكون العقد باطلا³.

ومن نتيجة التفسير الثاني يكون العقد صحيحا فإن المشرع يرجح ويفضل التفسير الذي يوفر حياة العقد على التفسير الذي يؤدي بحياة العقد تطبيقا لقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»⁴، ويعتبر تحديد غموض العقد من إختصاصات قاضي الموضوع فله السلطة التقديرية في ذلك، فهو لن يقف عند إدعاء الطرفين بل يجب عليه إستعمال رجاحته وسلطته التقديرية في تحديد ذلك، والتي تعتبر من مسائل الواقع⁵.

(1) نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المعرفة الجامعية، ص 259، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 65.

(2) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 705، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، دولة الكويت، مطبعة الجامعة الكويتية، 1982، ص 536، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 65، عامر رحمون، المرجع السابق، ص 157.

(3) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2002، ص 17.

(4) جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 279.

(5) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 73.

إن التحول مرده التفسير حسب رأي أصحاب هذا الرأي والسبب في ذلك يرجع إلى سلطة القاضي في تفسيره للتصرف الذي ينتج أثرا قانونيا¹، وطبعا لكن يكون التصرف الباطل الذي أبرمه المتعاقدان بل هو التصرف الصحيح وأساسه عناصره مستقلة عن هذا التصرف الباطل تجمعت في دائرته وفسرها القاضي تفسيراً تمثلياً فيه مع نية المتعاقدين فاستخلص منها العقد الباطل الصحيح².

وجد من أنصار هذا الرأي الأستاذ عبد الزراق أحمد السنهوري حيث يرى: «إن القاضي عندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين فعنده عناصر العقد الصحيح مجموعة وقد أَرادها المتعاقدان كلا منها على حدا،... والقاضي إنما يستعين في سلطته في تفسيره العقود، وتعتبر سلطة واسعة وكيف بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحرف بهذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقدان، وعلى ذلك يكون تحول العقد راجعاً إلى سلطة القاضي في تفسيره، والعقد الذي ينتج أثره قانونياً ليس العقد الباطل الذي إختاره المتعاقدان، بل هو العقد الصحيح الذي إنقلب إليه العقد الباطل بمقتضى سلطان القاضي في التفسير»³.

وفي نفس السياق يقول الأستاذ حلمي بهجت بدوي: «و الواقع أنه إذا كان للقاضي سلطة معينة بالنسبة لتحول التصرفات، فليس لهذه السلطة من مصدر سوى حقه في تفسير التصرفات، ذلك أن الواجب عند تفسير التصرفات ألا يكون رائداً هو الغرض الإقتصادي

(1) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إن مبدأ التحول بطبيعته يقوم على إن القاضي في صدد حكمه لتحويل العقد وكأنه يحل نفسه محل المتعاقدين ويبيدي لها من عقدهما عقداً جديداً بقيمته لهما ضمن شروط محدودة، وفي هذا المقام تحديداً فإن المشرع المصري تناول في نصوص قانونية المدني هذه النظرية كان قد استقاها من القانون المدني الألماني في مادته 140 التي تتوجاً للفقهاء المدني الألماني، محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 313.

(2) عبد الزراق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 69، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، موفم للنشر، 2011، ص 396.

(3) محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 313، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 82.

الذي لم يخرج عن كونه شكلا أو وسيلة فنية خاصة، وإنما الغرض الإقتصادي الذي يرمي إليه الطرفان والذي ترمي الوسيلة الفنية الخاصة أي -صورة التصرف- إلى تحقيقه¹.

بنفس الإتجاه ذهب الأستاذ جميل الشرقاوي حيث يرى بأن تحول التصرف القانوني ما هو إلا عملية مختلطة من التفسير تعقبها عملية تكييف حيث يقول: «إن مسألة التحول ما هي إلا مسألة تفسير للكشف عن الغاية العملية للتصرف وتكييف للعملية القانونية التي يدخل فيها، ويظهر من هذا أنه لا يوجد إلا تصرف واحد هو التصرف الصحيح، أما التصرف الأول الباطل المختلف في الطبيعة عن التصرف الثاني فوهم يزول بمجرد أعمال قواعد التفسير والتكييف»².

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

أما من الفقهاء الفرنسيين الذين قالوا بأن تحول التصرف القانوني هو من صلاحيات القاضي في التفسير الفقيه سالي (Saleilles)، حيث يرى بأن دور القاضي في تحول التصرف هو ليس إنشاء التصرف من جديد، وإنما هو تفسير هذه النية مستنيرا بالغرض الإقتصادي للمتعاقدين، حيث يقول في هذا الصدد: «يجب أن نعى في تفسير العقود بالغاية الإقتصادية المبتغاة أكثر مما نعى بالغاية القانونية، فهذه ليست إلا نوعا من الشكلية ووسيلة فنية خاصة، وبالتالي فإن تضمن التصرف الأول العناصر الكافية لتكوين التصرف الثاني

(1) عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، طبعة 2006، جمهورية مصر العربية، دار شمس للطباعة، 2006، هامش رقم 2، ص 406.

(2) جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 279، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 84.

هو دليل على إحتمال وجود هذه النية¹، وعليه القاضي عند قيامه بإنشاء التصرف الثاني قائماً فهو يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين».

يضيف بعض الفقه في نفس السياق قائلاً: « فالعقد الذي ينتج آثار قانونية ليس هو العقد الباطل الذي إختاره المتعاقدان، بل هو العقد الصحيح الذي إنقلب إليه العقد الباطل بمقتضى سلطة القاضي في التفسير، فمسألة تحول العقد ليس مسألة إلا مسألة تفسير للكشف عن الغاية العملية للعقد»².

لكن هذا الرأي مردود عليه أن التفسير هو الكشف عن إرادة موجودة حقيقية ولكن لم يعبر عنها بوضوح، أما مدار التحول فهو الكشف عن إرادة غير موجودة أو كما يقال تصويرية أو افتراضية أو غير حقيقية للطرفين، لهذا إن التحول يجري لا طبقاً لنية الطرفين بل في معناها، فلو كان مدار التحول إرادة حقيقية فقط لكان إيراد نص خاص بالتحول تزايد ولأصبح التحول إذن نظرية فرعية تنتظمها مواد التفسير.

من مجمل الآراء التي أشرنا إليها سابقاً نجد هذا الإتجاه يكيف التحول على أنه نوع من أنواع التفسير الذي يمارسه القاضي ضمن صلاحياته في تفسير العقود، وهذا طبعاً ينافي الواقع العملي والغرض الأساس من آلية التحول.

2- التحول مرده تكيف التصرف القانوني.

التكيف هو تحديد ماهية التصرف القانوني أو تحديد الوصف القانوني له بإعطاء إسم من أسماء العقود المعروفة أو الإكتفاء بالقول بأنه عقد غير مسمى يتعين على القاضي

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

(²) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، أربيل، جمهورية العراق، دار الكتاب العلمية، 2015، ص468.

أن يستخلص قواعده بنفسه فالتكييف في أبسط صورته هو مضاهاة المركز الواقعي مع التصوير القانوني المقابل له¹.

لكن يجب أن يسبق التكييف تفسير إرادة المتعاقدين، فإذا إستخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين، إن زل عليها حكم القانون لتكييف العقد والكشف عن ماهيته، وعليه فإن هذا الأخير يعتبر مسألة قانون لا مسألة واقع، فهو يخضع لرقابة محكمة النقض ولا تنقيد المحكمة بتكييف المتعاقدين للتصرف بل تصححه من تلقاء نفسها²، كون قواعد التكييف شأنها شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً.

وإذا تعدد المتعاقدان أن يكتفى التصرف القانوني (العقد) تكييفاً غير صحيح، فهو تصرف واحد يكتفه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً وعلى المحكمة تصحيحه من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقي عبء الإثبات على أحد المتعاقدين، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد مستعينة في ذلك بالغاية التي قصدتها المتعاقدان³، إذ تنص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الآتي: « يكتفى القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقييد بتكييف الخصوم »⁴.

قبل أن يقوم القاضي بإعمال نظرية تحول التصرف القانوني يجب عليه القيام بعملية تكييف قانونية، ويساعد تكييف العقد على تأويله. فالتكييف ما هو إذن إلا تطبيق للقانون

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص89، عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 469، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 653.

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

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2011، هامش رقم 1، ص 6.

(4) قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

وبالتالي يعتبر التكييف السيئ أو الخاطئ بمثابة التطبيق السيئ للقانون، وهو مسألة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض¹.

أيضا ذهب تجاه فقهي إلى الخلط بين تحول التصرف القانوني وتكييفه، وضرورة الإلتجاء إلى نظرية التكييف دون إستخدام مصطلح التحول وأن نظرية التحول لا تعدو أن تكون تطبيقا خاصا من تطبيقات نظرية تكييف التصرفات القانونية²، ومبنى ذلك يعود إلى دور القاضي في تكييف العقد وليس تفسيره مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى إستبعاد هذا التحول، على إعتبار أن القاضي عند قيامه بعملية التكييف القانوني للتصرف، له من خلال ذلك تجنب البطلان وذلك بإعطاء وصف صحيح له يمكن من خلاله تجاوز البطلان الذي لحق بالتصرف.

حيث وفقا لهذا الإتجاه فإن الأطراف عند إبرامهم للتصرف القانوني أعطوه إسمًا غير صحيح مما تستدعي تدخل القضاء لإعادة تكييف التصرف وفق مضمونه الصحيح، وإعطاءه الوصف القانوني الملائم، ومن القائلين بهذا الرأي الفقيه (سيميليه) حيث يقول: «التحول يعرض بشكل أساسي لمشكلة التكييف التي تختفي أو تنعدم في حالة البطلان النسبي».

من الفقهاء الذين يذهبون إلى إعتبار تحول التصرف القانوني من باب التكييف أيضا الأستاذ محمد حسين منصور الذي يرى التالي: «وواقع أن التحول وسيلة فنية تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب عقد جديد مختلف عن العقد المقصود أصلا فالتحول يرد على وصف العقد أو تكييفه وطبيعته»³.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 396، محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم، قسم العلوم الإسلامية الإسلامية، 2012، ص 80.

(2) عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 468، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 95.

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

وبهذا الصدد يقول الأستاذ أحمد زكي الشياطي الآتي: «فأساس نظرية التحول يكمن في إرادة المتعاقدين، ذلك أنهم بإبرامهم تصرفاً قانونياً يهدفوا لتحقيق هدف عملي، وفي هذا تتقارب نظرية التحول مع التكيف».

من تدقيق هذا القول للأستاذ الشياطي أنه على الرغم من إنتهائه بعبارة: « وفي هذا تتقارب نظرية التحول مع التكيف»، إلا إنه في الأساس قد هدم نظرية تحول التصرف القانوني عندما إعتبر أن أساس النظرية هو إرادة المتعاقدين¹، حيث أن في هذا القول ما يشير إلى أساس تحول التصرف هو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

بمعنى إن تكيف العقد أو التصرف القانوني إذا إستقر على كون التصرف باطلا فإن ذلك لا يحول دون تكيف التصرف على أساس تصرف آخر صحيح، فالعبرة بالتكيف الصحيح وبالغاية الإقتصادية من التصرف القانوني أن لهذه الغاية دوراً كبيراً في تحديد المقصود من العقد وتكييفه².

يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في معرض تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد الآتي: «أما تحول العقد فهو إستبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد، بل تبقى عناصر العقد كما هي، وإنما تكيف تكييفاً قانونياً غير التكيف الأول، فيقع بذلك إستبدال العقد الجديد بالعقد القديم، وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز التحول من التصحيح»³.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 93.

(2) مالاसार محمد رشيد، المرجع السابق، ص 14.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 502.

لا بل الخلط بين النظريتين وصل إلى حد دفع البعض إلى المطالبة بإلغاء النصوص الخاصة بتحول التصرف القانوني والإكتفاء بنظرية التكييف، وبهذا الصدد يقول الأستاذ سمير تناغو: «...إن الشخص عندما يقوم بعمل معين فإنه لا يحتكر الحق في تكييف ما صدر عنه، لأن التكييف عمل مستقل عن إرادة الأفراد، وفي بعض الأحيان يحمل التكييف إسما هو تحول العقد... وأن وضع نص خاص لمسألة التحول أمر عديم الفائدة، لأن التحول نوع من التكييف».

الحقيقة هناك ملاحظة على رأي الأستاذ سمير تناغو الذي قال: «... إن الشخص عندما يقوم بعمل معين فإنه لا يحتكر الحق في تكييف ما صدر عنه، لأن التكييف عمل مستقل عن إرادة الأفراد، وفي بعض الأحيان يحمل التكييف إسما هو تحول العقد... وأن وضع نص خاص لمسألة التحول أمر عديم الفائدة، لأن التحول نوع من التكييف حيث أنه وصف تحول التصرف بأنه أحد أسماء التكييف¹.

أما القول أن تحول التصرف هو نظام غير ذي جدوى فهو كلام غير دقيق ذلك أن نظام تحول التصرف القانوني من الأنظمة الهامة في الحياة العملية لما له من دور فعال في التقليل أو الحد من حالات البطلان لاسيما في الحالات التي لا يمكن معالجتها بواسطة الأنظمة الأخرى كالتصحيح مثلا، نظرا لكون العقد باطلا بشكل كامل، وبالتالي فإن الدور الكبير الذي يلعبه التحول في تحقيق مقتضيات العدالة والمساواة بين الأفراد هذا بالإضافة إلى أن تجنب البطلان يعد أمرا أكثر فاعلية لتحقيق الآثار القانونية للعقد².

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

(2) عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ج1، 2003، المرجع السابق، ص 653، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 266.

صف إلى ذلك أن مناط الإرادة في تحول التصرف هي الإرادة الافتراضية التي يفترضها القاضي ولم تكن بأي حال من الأحوال الإرادة الحقيقية وإلا نكون أمام تفسير التصرف أو تكييفه¹، عليه فإن إعتبار نظرية تحول التصرف القانوني تكييف للتصرف أمر غير دقيق الأمر الذي يجعل هذا الإتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لتحول التصرف غير مقبول كما هو شأن الإتجاه السابق الذي ذهب إلى إعتباره بمثابة تفسيراً للعقد، حيث كما لاحظنا الإختلاف الكبير بين النظاميين أو النظريتين².

إن وجود أوجه الشبه بين التكييف والتحول يجب أن لا يصل إلى إدراج النظريتين في نظرية واحدة، فالعبرة ليست بإسم التصرف وإنما بمضمونه، فتغيير الإسم ليس إلا مجرد تفسير للإرادة الحقيقية في التصرف الذي لا يزال هو نفسه صحيحاً، وعلى العكس في ذلك فإن التحول يدور حول الكشف عن إرادة محتملة أو مفترضة أو تصويرية ويقع في العقود الباطلة في حين أن مناط التكييف هو الإرادة أو النية سواء الظاهرة أو الباطنة ويقع بحثها في التصرفات القانونية الصحيحة، إما التحول فمناطه الإرادة المفترضة³.

يبدو أن تحديد الطبيعة القانونية للتحول بإعتباره تكييف للعقد أمر غير دقيق الأمر الذي يجعل هذا الإتجاه في تحديد الطبيعة القانونية تجاه غير مقبول، حيث لاحظنا الإختلاف الكبير بين التفسير والتحول، مهما يكن من الأمر فإن تحول التصرف القانوني ليس تفسيراً أو تكييفاً للتصرف القانوني، وإنما هو عمل يقوم به القاضي مقام المتعاقدين فيبدل تصرفهما الباطل تصرفاً جديداً يقيمه لهما، وذلك بناء على نيتهما الإفتراضية مهتدياً بإرادة المشرع، وسلطته في ذلك ليست سلطة تحكيمية وهو يفسر نية المتعاقدين وفي ضوء ذلك يقوم بإنشاء التعاقد من جديد مستندا بالعرض الإقتصادي للطرفين، ومن ثم التثبيت من توافر باقي شروط نظرية التحول حتى يمكن له القيام بذلك.

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

(2) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 82.

(3) مالاसार محمد رشيد، المرجع السابق، ص 16، علي كاظم الشباني، ص 26، ابراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 78 وما بعدها.

ثانياً: التحول أثراً من آثار التصرف القانوني.

يستند أصحاب هذا الإتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لعملية التحول إلى آثار التصرف الباطل، فمنهم من يرى أن تحول التصرف القانوني هو أثر عرضي للتصرف الباطل بإعتباره واقعة مادية تترتب عليها آثار عرضية ليس بصفتها آثار عقدية، أما الإتجاه الآخر فيرى أن تحول التصرف هو أثر استثنائي للتصرف الباطل، وهو ما نوضحه كالآتي:

1- التحول أثر عرضي للتصرف القانوني.

يرى أصحاب هذا الإتجاه والذي يمثل الغالبية من الفقهاء بأن التصرف الباطل وإن كان من حيث الأصل يعتبر بحكم العدم¹، إلا أنه مع ذلك قد يترتب عليه في بعض الأحيان آثار قانونية تحصل بشكل عرضي وإن لم تكن مقصودة لذاتها من قبل أطراف العلاقة العقدية لأن الإرادة الحقيقية لم تتصرف إليها عند إبرام التصرف الباطل²، وهذا الأثر العرضي هو ما يعرف بنظام التحول.

فالتصرف الباطل إنما ينتج أثره هذا لا لإعتباره تصرفاً قانونياً وإنما بإعتباره واقعة مادية صادف وجودها في ذات التصرف الذي وقع باطلاً، الأمر الذي يجعلها تنتج آثارها بشكل عرضي كونها لم تكن مقصودة لذاتها، وعلى ذلك درج شراح القانون المدني على دراسة نظرية تحول العقد أو تحول التصرف القانوني ضمن مبحث الآثار العرضية³.

يبرر أصحاب هذا الإتجاه رأيهم بالقول أن البطلان الذي يصيب التصرف لا يؤدي إلى هدمه وإنهياره إلا بوصفه تصرفاً قانونياً لعدم إستيفائه الشروط اللازمة لصحة التصرفات القانونية، غير أن هذا القول لا يعني بالتأكيد أن يؤثر على وجوده كواقعة قانونية مادية تمت في حقيقة الأمر.

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

(2) محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 313.

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

على هذا الأساس فليس ثمة تناقض بين تحول التصرف القانوني مع المنطق طالما أن هذا البطلان لا يؤدي بالنتيجة إلى إنعدام حقيقة وجود التصرف كواقعة مادية تمت بالفعل، ومن ثم لا يؤثر على إرادة الأطراف بحيث لا يمحو هذه الإرادة من الوجود، فمن المنطقي أن ينتج التصرف الباطل أو المحكوم بإبطاله بعض الآثار العرضية ما دامت هذه الأخيرة ترتبط بإرادة الأطراف¹.

إلا أن هذا الموقف قابل للنقد خاصة إذا إسترجعنا ما تنادي به النظرية التقليدية من أن التصرف الباطل يدخل في حكم العدم القانوني، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون التحول أثر للتصرف الباطل، كما أنه وبالرغم من أن الفقه تعود على عرض نظرية التحول في إطار الآثار العرضية للعقد الباطل، فإن ذلك قد يناقض أصل النظرية على إعتبار أن الهدف من تحول التصرف الباطل إلى آخر صحيح، تكبيره يستقيم بعد ذلك للحديث عن أثر عرضي للعقد الباطل والواقع أن العقد أصبح صحيحا².

بهذا الصدد يقول الأستاذ أنور سلطان: «وقوام نظرية تحول العقد أن العقد الباطل وإن كان لا يرتب أي أثر من الآثار التي كانت تبني عليه لو كان صحيحا، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن ينتج هذا العقد بإعتباره واقعة قانونية آثارا أخرى عرضية تختلف عن الآثار الأصلية، ويتحقق ذلك إذا تضمن هذا العقد بالرغم من بطلانه أركان عقد آخر كان المتعاقدان يقبلانه لو تبينا بطلان العقد الأصلي، إذ يتحول العقد الباطل إلى العقد الجديد الصحيح الذي توافرت أركانه»³.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 169.

(2) محمد عمار تركمانية، المرجع السابق، ص 80، سفيان سوام، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإسلامية والانسانية، العدد 29 ديسمبر 2017، السنة التاسعة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 139.

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 314.

يبدو أنه لا يمكن فهم نظرية تحول التصرف القانوني وطبيعته بمعزل عن طبيعة نظام البطلان، فطبيعة البطلان لدى الفقه الحديث هو نسق قانوني *un système juridique* يعمل هذا النسق أولاً على إزالة أو إعدام وصف التصرف فتبقى الوقائع مجردة من الوصف¹، فإن أرادا المتعاقدين تحول التصرف الباطل فإن القاضي يبحث عن وصف جديد يستوعب الوقائع لا يعتريه سبب إبطال أو بطلان دون زيادة واقعة أو إنقاص أخرى.

أي أن الإعدام يطل الوصف ولا يطل الوقائع إذ أنها تبقى بعد زوال الوصف فتتعامل معها عن طريق تحولها، إن رغبا المتعاقدين في ذلك وفقاً للشروط القانونية المعروفة، وإن لم يرغب المتعاقدين بتحول التصرف الباطل فيجب إعدام الوقائع وبذلك يرد فرقاء العقد للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي أن عملية الرد هي أداة قانونية لإعدام الوقائع المتخلفة عن زوال وصف التصرف الباطل (العقد).

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

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

(1) جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 372، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، مطبعة مصر، 1954، ص 208، سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 138.

2- التحول أثر إستثنائي للتصرف القانوني.

على العكس من الإتجاه السابق بإعتبار التحول أثر عرضي للتصرف الباطل، يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى تكييف التحول على أنه أثر استثنائي للتصرف الباطل¹، وهي حالات إستثنائية يرتب فيها المشرع على التصرف الباطل الآثار الأصلية للعقد، فالبطلان في هذه الحالة يبقى قائما والآثار التي رتبها المشرع إنما جاءت بنص خاص وتعتبر إستثناء من الأصل العام².

قد إعترض البعض من الفقه على هذا الإتجاه في تكييف التحول بإعتبار أن الحالات التي ينتج فيها التصرف الباطل بعض الآثار الإستثنائية هي في مجملها إقرار لحالات واقعية حدثت بالفعل، الأمر الذي دفع بعض المشرعين إلى إقرارها بشكل إستثنائي تحقيقا لحماية الظاهر بموجب مبادئ العمل والإنصاف والثقة المشروعة في المعاملات ورعاية حقوق الغير الذي إطمأن إلى هذا العقد ظنا إياه عقدا صحيحا³.

والحقيقة أن التحول يتجاوز هذه النظرية حيث يرى الأستاذ Phillip simler أن التحول هو أكثر من أن يكون مجرد أثر متصل بالتصرف الباطل بل هو عمل جديد يظهر للوجود على إنقاض التصرف الباطل بهدف التقليل من حالات البطلان عن طريق تصحيح الوصف القانوني بما يملكه القاضي من سلطة منحها له المشرع في هذا المجال⁴.

لكن يبدو أن الإعتراض على هذا التكييف للتحول بإعتباره أثرا إستثنائيا في محله ذلك أن الآثار التي تترتب على التصرف الباطل في مثل هذه الحالات الإستثنائية مثل (العقد الصوري، الشركة الفعلية، العقد الذي يجريه الوارث الظاهر،...)، إنما ينتج عن ذات

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص67، عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلنجي، بطلان العقد في الفقه الإسلامي، العدد الثاني، جامعة الكويت، دولة الكويت، مجلة الحقوق، 2004، ص 197.

(2) محمد عمار تراكمانية غزال، المرجع السابق، ص 80.

(3) نفس المرجع، ص67.

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

التصرف الباطل، فهو لم يتحول إلى عقد آخر، وإنما إستمر في العمل لأسباب قرر المشرع أنها صورية بغية حماية الأوضاع الظاهرة.

بعد الإطلاع على مختلف الآراء التي قيلت بخصوص الطبيعة القانونية لنظام أو آلية التحول والتي خلط بعضها بين تحول التصرف القانوني وبين أنظمة أخرى، إستندت هذه الأخيرة إلى أسانيد تتعارض بشكل أساسي مع التنظيم القانوني لنظرية تحول التصرف القانوني والشروط اللازمة لإعماله والتي حددتها النصوص القانونية¹.

هذا ما جعل بعض الفقه يجتهد ويضع تكبير للتحول ينسجم مع الغاية الأساسية له بالقول: « والحقيقة أن من يمعن النظر في النصوص القانونية التي عالجت نظام التحول وكذلك المذكرات الإيضاحية لهذه النصوص والآلية التي يتم بموجبها التحول، يمكن من كل ذلك أن نتبين أن نظام تحول التصرف القانوني إنما هو عمل من صميم سلطة القضاء، بمعنى آخر فإن التحول يدخل ضمن صلاحية القاضي في الإنشاء ».

فالتصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل إنما هو عقد أوجده وأنشأه القاضي بما له من سلطات، وذلك في إطار سياسة إنقاذ العقود من البطلان، والقاضي حين يقوم بهذا الأمر إنما يهدف بالتأكيد إلى مساعدة أطراف العلاقة العقدية في تحقيق الأهداف، والغايات الإقتصادية التي كانوا يرمون الوصول إليها من خلال واقعة التعاقد الأصلية، وبالتالي محاولة الحفاظ على المصلحة العامة دون إهدار المصلحة الخاصة.

(1) عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلعجي، المرجع السابق، ص 199.

الفرع الرابع:

نطاق تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني.

لما كان التحول يفترض لإعماله بطلان أو قابلية الإبطال للعقد طبقا لنص المادة 105 من القانون المدني المنظمة لتحول التصرفات القانونية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي حالات البطلان في القانون الوضعي التي تعد معيارا لنطاق التحول؟.

في الواقع يتعذر تحديد تلك الحالات تحديدا جامعا مانعا إلا أنه يمكن التعميم والقول بإمكان التحول في كل حالة يبطل فيها التصرف القانوني (العقد) أو يكون قابلا للإبطال بالطبع إذا توافرت شروط التحول المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني، والتي سوف يتم شرحها بالتفصيل لاحقا¹، فيشمل التحول كافة التصرفات القانونية البسيطة أو المركبة، وإن كان النص صريحا في أنه خاص بالعقود إلا أنه يمتد إلى سائر التصرفات القانونية الأخرى، فالتحول يسري على السفتجة كما يسري على العقد، وما ذكر العقد إلا لأنه من أهم التصرفات القانونية السائدة في المعاملات².

بالرجوع إلى المادة 105 من القانون المدني نجد أن التصرفات الباطلة أو القابلة للإبطال يمكن أن تتحول إلى تصرفات صحيحة إذا ما توافرت شروط ذلك، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل جميع حالات البطلان قابلة للتحول؟ هل يمكن التحول حتى ولو كان بطلان التصرف القانوني راجع إلى عدم المشروعية ومخالفة النظام العام والآداب العامة؟.

إنقسم الفقه القانوني للإجابة على هذا التساؤل، يرى جانب منه أن جميع حالات البطلان قابلة للتحول سواء أقام البطلان بسبب تخلف ركن في التصرف أو عيب في الشخص

(1) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 31.

(2) محمد حبار، المرجع السابق، ص 108.

أو مخالفة نص قانوني أو النظام العام والآداب العامة، فسبب البطلان لا أهمية له ولا يعوق إجراء التحول¹.

في هذا الصدد يقول الأستاذ أحمد يسري: «أما جميع حالات البطلان الحقيقية فهي قابلة للتحول سواء في ذلك أن قام البطلان بسبب تخلف ركن منشأ أو لوجود سبب مانع قانونا من نشوء التصرف فلا أهمية لسبب البطلان، فالبطلان الناشئ عن عيب في الشكل أو تخلف أي ركن قانوني آخر أو مخالفة نص قانوني مانع أو الآداب لا يعوق إجراء التحول»².

إنما الحالات التي يمتنع فيها التحول تلك الخاصة بالتصرفات القانونية التي لم يكتمل وجودها المادي ومالا يعد تصرفا قانونيا، إذ في هذه الأحوال تقوم واقعة لا يعقد بها القانون أية آثار قانونية فهي غير قابلة للتحول، ذلك أن غاية التحول هي حماية المتعاقدين الذين لا يمكنهم تحقيق أغراضهم القانونية والإقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية.

أما إذا كان عمل المتعاقدين واقعا خارج نطاق القانون فليس ثمة ما يبزر مساعدتهم، وعلى ذلك فإن التصرف الذي يتم على سبيل المزاح أو الهزل³، والتصرف الصوري هي تصرفات غير قابلة للتحول، حيث برر هذا الفقه أن العقد المستور بالعقد الصوري إنما يمثل حقيقة الإتفاق المبرم بين أطراف العلاقة العقدية الصورية، بمعنى آخر أن إرادتهما الحقيقية قد إتجهت إلى الإرتباط بالعقد المستور.

(1) هند فالج محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، جمهورية مصر العربية، الامارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، 2015، ص 381.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 200، 119.

(3) لا يعتد بهذه الإرادة لأن صاحبها لا يقصد باللفظ الصادر منه المعنى الحقيقي أو المجازي للارادة، كأن يعرض الهازل بيع بيته للغير، إلا أنه في الحقيقة لا ينوي مباشرة هذه العملية القانونية، ولا يرغب في نقل ملكية بيته، فإرادة الهازل لن تتصرف إلى أحداث آثار قانونية، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 87.

وأن العقد الصوري ما هو إلا مظهر كاذب لإخفاء حقيقة العقد المبرم بينهما، وعلى هذا الأساس وطالما كان العقد النافذ بحقها هو العقد المستور، وهو الذي يستند إلى إرادتهما الحقيقية فلا يجوز القول بتحول العقد الحقيقي المستور بالعقد الصوري، لكن الأستاذ أحمد يسري يرى عكس ذلك، إذ ذهب إلى القول بإمكانية تحول التصرف المستور في العقد الصوري قائلاً: « في التصرف الصوري يكون التصرف المستور قابلاً بطبيعة الحال للتحول»¹.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه ومنهم الفقيه سالي إلى القول أن التحول جائز وممكن إذا كان الغرض من التصرف جائزاً قانوناً وبصرف النظر عما إذا كان المتعاقدان قد أخطأ كلاهما الوسيلة التي تحقق هذا الغرض، فإذا كان القانون يحرم الوسيلة التي إختارها الطرفان لتحقيق غرض مشروع في ذاته فلن يقوم شك في جواز التحول، لأن الغرض ليس مخالفاً للقانون ويمكن تحقيقه عن طريق تصرف آخر مشروع.

إلا أنه يمتنع التحول إذا كان المقصود ممنوعاً في ذاته فيكون تحقيقه أيضاً ممنوعاً عن أي طريق²، ويرى البعض الآخر أن التحول لا ينطبق على العقد الباطل لعدم مشروعيته حتى لو تضمن أركان عقد صحيح³، لأن إرادة المتعاقدين قد إتجهت أساساً لعقد غير مشروع، كما ذهب غالبية الفقه إلى القول بعدم جواز تحول العقود الباطلة لعدم مشروعيتها، لأنها بالأساس لم تنشأ بحسن نية، ولا تصلح أن تكون محلاً للحماية التي قصدها المشرع من إقرار نظام التحول.

(1) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 121، 120.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط1، المرجع السابق، ص 662.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 119.

وفي نفس السياق مع الإختلاف في التبرير يرى جانب آخر من الفقه عدم جواز تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح إذا كان سبب البطلان يرجع إلى عدم المشروعية أي إذا كان سبب البطلان يرجع لمخالفة التصرف لنص قانوني أمر أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة بشرط إنصراف نية طرفي العقد الحقيقية إلى تلك المخالفة ذلك أن هذه المخالفة تجعل الإرادة غير مشروعة وبالنتيجة فهي غير جديرة بحماية القانون حتى ولو كان العقد الآخر الذي يتحول إليه العقد الباطل هو عقد صحيح وهذا غرض مشروع.

العبرة إذن بالغرض الأصلي الذي أريد تحقيقه وهو غرض غير مشروع وبالتالي لا يمكن أن تكون إرادتهما غير المشروعة أساس لعقد غير مشروع، فالتحول ليس إلا وسيلة لحماية وإنفاذ الإرادة وليس وسيلة للتحايل على النصوص القانونية¹.

فعقد البيع الذي يشتري بمقتضاه أحد القضاة أو أعضاء النيابة العامة أو المحامين أو كتبة المحاكم أو المحضرين سواء كان بإسمه أو بإسم مستعار حقا متنازعا فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي تباشر أي منهم عمله في دائرتها يعتبر هذا العقد باطلا لإصطدامه بنص قانوني يحرمه وبالتالي لا يمكن تحوله.

إلا أن جانب من الفقه يرى أن جميع حالات البطلان قابلة للتحويل، أي حتى لو كان بطلان العقد راجعا إلى عدم مشروعية ومخالفته النظام العام والآداب²، وإستدلوا بإمكانية التحويل بالنسبة لعقد بيع ذو مضمون مستحيل مثل توريد بضاعة أجنبية يقوم بالنسبة لها أمر تحريم إستيراد لمخالفة النظام العام إلى عقد ذو مضمون ممكن مثل توريد بضاعة مشابهة من داخل البلاد.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 68، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 635.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 68.

مما تقدم يمكن القول أن الرأي الذي يقضي بجواز تحول العقود الباطلة لعدم المشروعية قد جانب الصواب، كونه قد يؤدي إلى التشجيع على إنشاء عقود مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما أن إرادة المتعاقدين في مثل هذه العقود إنما تقتقر إلى حسن النية، وبالتالي فإن من الضرورة أن لا يقيم القانون لها وزنا، أي الإرادة غير المشروعة التي تسعى إلى تحقيق هدف غير مشروع وبالتالي فهي غير جديرة بحماية الهدف الإقتصادي الذي نشأت من أجله والذي يهدف نظام التحول إلى حمايته في العقود المشروعة، وهو ما ذهب إليه الفقيه سالي في عدم جواز تحول هذا النوع من العقود.

المطلب الثاني:

شروط نظرية تحول التصرف القانوني.

إن الأخذ بنظرية تحول التصرف القانوني يتطلب ضبطها وتقييدها بشروط، هذه الشروط يجب توافرها حتى تنتج النظرية مفاعليها، إذ تعتبر اللبنة الأساس لتطبيق النظرية ومن ثم ترتيب الآثار القانونية المرجوة منها، إذ ضبط المشرع الجزائري شروط التحول بشكل واضح وصريح من خلال المادة 105 من القانون المدني، بإعتماده النص العام المنظم لتحول العقد في القانون الجزائري، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط موضوعية وشروط ذاتية.

أما الأولى فتستلزم أن يكون العقد الأصلي باطلا لتخلف أحد أركانه أو قابلا للإبطال لإنتفاء شروط صحته، وأن تتوافق عناصره مع عناصر عقد آخر صحيح، وهي الشروط المتفق عليها من قبل مختلف الأنظمة القانونية التي تتبنى نظرية تحول العقد، وتمثل الشروط الذاتية في اتجاه الإرادة الافتراضية للمتعاقدين إلى هذا العقد الصحيح إذ علما ببطلان عقدهما الأصلي، وهي الشروط المختلف في شأنها بين هاته الأنظمة، وعليه نعرض الشروط الموضوعية (فرع أول)، الشروط الذاتية (فرع ثان).

الفرع الأول:

الشروط الموضوعية.

نص المشرع صراحة على الشروط اللازمة لتطبيق نظرية التحول في نص المادة 105 من القانون المدني، وقد جاء هذا النص معلنا على ذلك: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»، يبدو أن المشرع أكسى على هذه المادة صبغة موضوعية بحتة مدرجا بذلك شروطا متعلقة بالعقد الأصلي نعرضها أولا، وشروطا متعلقة بالعقد الجديد نعرضها ثانيا.

أولا: بطلان التصرف الأصلي.

إن شرط الرجوع إلى بطلان العقد الأصلي هو شرط أساسي وبديهي عند تطبيق نظرية التحول، ويجب أن يكون التصرف الأصلي باطلا بأكمله منذ اللحظة الأولى لقيامه، بطلانا متزامنا مع نشأته أي أنه لا يكفي أن يكون العقد باطلا في جزء منه لإعمال التحول، وعلى القاضي أن يتثبت من بطلان العقد¹، إذ بغير ثبوت بطلان هذا التصرف لا يمكن الحديث عن التحول لأن النظرية وجدت بالأساس لمعالجة حالات البطلان، وإنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقود الباطلة، إذا ما توافرت الشروط اللازمة لذلك.

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 تصرف صحيح أن يكون التصرف الأصلي باطلا، وأن تتوفر فيه جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه»².

(1) نقض جلسة 1972/12/06، المكتب الفني، السنة 23، رقم 208، ص 133.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، المرجع السابق، ص ص 487، 488.

أما إذا إقتصر البطلان على شق من العقد وكان العقد قابلا للإنقسام فلا مجال لتحول العقد، بل أمكن تطبيق نظرية إنقاص العقد في هذه الحالة، وتبعاً لذلك فإن إفتراض إعمال نظرية تحول العقد في إطار العقد القابل للإبطال تخرج عن نطاق الأطراف المتعاقدة كما هو الحال مع البطلان¹.

وأيد ذلك القضاء المصري في قرار محكمة النقض المصرية: «... ومفاد ذلك أنه مالم يقيم من يدعي البطلان التدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقي من العقد صحيحاً بإعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة إقتصرت في تمسكها ببطلان عقد الوكالة على مجرد إشتماله على شرط تقدير أجر الوكالة بنسبة من صافي التركة بعد التصفية على خلاف ما تقضي به المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1965 المنطبق على الواقعة وعلى شرط جزائي يلزمها بأن تدفع للوكيل مبلغ.... إذا عزلته في وقت مناسب فإن بطلان هذين الشرطين أو إحداهما لا يترتب عليه بطلان العقد

(¹) بالعودة إلى الفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده نص على: «إذ بطل الالتزام باعتباره ذاته...»، نجد إن المشرع المغربي قد جاء بكلمة «بطل» والتي يؤول مفهومها إلى البطلان دون الإبطال، وبالتالي حصر مجال إعمال نظرية تحول العقد في التشريع المغربي في البطلان دون الإبطال، إضافة إلى إن نص المادة 309 من قانون الالتزامات والعقود وردت في باب البطلان، دون إن ترد في الباب المتعلق بإبطال الالتزامات، إما المادة 309 التي جاءت بشكل غير واضح، فلم تحدد هل نظرية تحول العقد تشمل على البطلان فقط، أم تتصرف حتى على العقد القابل للإبطال، وهو الدأب نفسه الذي سار عليه القانوني المدني الألماني الذي نص في المادة 140 منه على البطلان كمجال لإعمال نظرية تحول العقد دون الإشارة لعقد القابل للإبطال، على عكس التشريع المدني المصري الذي كان واضحاً في هذا الصدد حيث جاءت المادة 144 منه بما يلي: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال...»، فمن خلال هذا النص يتضح بجلاء أن المشرع المصري كان أكثر نباهة من المشرع المغربي ومعه الألماني من خلال إيضاحه لمجال إعمال نظرية تحول العقد، رغم هذا يوجد من الفقه المغربي من يعتبر إن العقد القابل للإبطال مجالاً لتطبيق نظرية تحول العقد حتى لو لم ينص ذلك المشرع المغربي على ذلك، غير إن البعض الآخر لم ينطرق إلى الإبطال كمجال لإعمال نظرية تحول العقد، بل اكتفى على بنقاش البطلان كمجال وحيد لتفعيل نظرية البطلان، محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 3 .

كله ما دامت هي نفسها لم تقم الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد ويضحى نعيها ببطلان العقد في غير محله»¹.

كما لا إمكانية لإعمال نظرية تحول العقد في العقد الموقوف²، لا قبل الإجازة ولا بعدها على حد سواء لأنه في الحالتين العقد صحيح، أما إذا نقض العقد الموقوف ممن يملك حق نقضه فقد أصبح عقدا باطلا وبأثر رجعي، هنا لا مانع من إعمال تحول العقد إذا توافرت أركانه³.

في معرض الحديث عن التحول لا بد من التأكيد على أن آلية التحول تقتصر على التصرفات القانونية فقط ولا تطبق على غيرها من الوقائع القانونية الأخرى التي ترتب آثار قانونية، والتي أساسها عمل مادي بحت، كالفعل الضار الذي يترتب عليه حق المتضرر بالتعويض، أو تلك التصرفات التي لم تنشأ أصلا كالعقد المبرم عن آخرين في حين لا يملك المتعاقدان صفة للتوقيع عنهما⁴، وقد سبق الإشارة إليها بالتفصيل سابقا.

الأمر الآخر أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إعمال التحول إذا كان التصرف الأصلي صحيحا، لأن التصرف الصحيح ينتج آثاره ولا حاجة أبدا إلى تحوله، حتى لو تبين أن المتعاقدين يفضلانه على التصرف الباطل، وتأسيسا على ذلك لا يمكن أن تتحول الهبة الصحيحة إلى وصية حتى لو فضل طرفي العقد الوصية على الهبة⁵.

(1) نقض 1965/12/31، سنة 27، ص 1757، عصمت عبد الحكيم بكر، المرجع السابق، ص 468.

(2) عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 73.

(3) ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، العدد السابع، الكوفة، جمهورية العراق، مجلة مركز الدراسات، 2008، ص 274.

(4) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 54.

(5) رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الادارية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1968، ص 377.

وعليه يرى غالبية الفقه أن التحول إنما ينطبق على التصرف الباطل التام، في حين يرى آخرون جواز تحول جميع العقود الباطلة سواء أكان هذا البطلان راجع إلى تخلف أي ركن من أركان العقد أم بسبب وجود مانع قانوني يمنع من نشوء التصرف، وتجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين ومنها القانون المدني الجزائري قد نصت بالإضافة إلى جواز تحول العقود الباطلة على جواز تحول العقود القابلة للإبطال، وهو الأمر الذي اختلف بشأنه الفقهاء.

فمنهم من يرى جواز تحول العقد القابل الباطل حتى قبل إبطاله خصوصا بعد إنتهاء المدة المقررة للإبطال بالإضافة إلى حجة البعض بأن العقد القابل للإبطال يخلق حالة من عدم الإستقرار تستوجب إجازة تحوله، ومنهم من يرى أن هذه العقود إنما هي عقود صحيحة منتجة لآثارها ولا يجوز تحولها، وتبقى كذلك ما لم يتم أحد المتعاقدين بإبطالها، وبالتالي فإنه لا مجال للحديث عن تحولها طالما هي صحيحة، أما إذا تم إبطالها فعند إذن ينطبق عليها نظام التحول¹.

يبدو أن المشرع لم يوفق عندما أورد هذا النوع من العقود في صلب نصه، إذا أنه لم يكن هناك أي مسوغ لإضافة هذا النوع من العقود، وكان يكفي ذكر العقود الباطلة لأنه بمحصلة الأمر لا يطبق نظام التحول إلا على العقود الباطلة دون غيرها، ولذلك فإنه يتعين نبذ فكرة الوجود القانوني المؤقت للعقد الباطل بطلانا نسبيا لأن سبب البطلان مصاحب.

وعمله في إهدار آثار هذا العقد يسري من وقت هذه النشأة فلا معنى للإلتجاء إلى حيلة قانونية هي حيلة الرجعية للقول بالوجود المؤقت للعقد الباطل بطلانا نسبيا، كون يوجد لهذا النوع من العقود حالتان هي حالة الصحة وحالة البطلان، فهو لا يعدو أن يكون عقدا صحيحا إذ لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقدا باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرر بطلانه.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 55، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 491، محمد حبار، المرجع السابق، ص 105.

فهو إما عقد صحيح على الدوام، وإما عقد باطل بطلانا مطلقا منذ البداية، والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئا مستقلا يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على مرحلتين مرحلة الصحة ومرحلة البطلان، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق.

لا بأس بعد ما ذكرناه سابقا بخصوص بطلان العقد الأصلي نعرض تعريف البطلان وتقسيماته وكذا آثار البطلان على التوالي، حتى نتضح لنا الصورة ويفهم الشرط الأول لنظرية التحول وفقا للمادة 105 من القانون المدني فهما صحيحا ويزول كل لبس وغموض.

1- تعريف البطلان.

عرف الفقه القانوني البطلان بأنه: « وصف يلحق العقد يترتب قانونا على عدم إستجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها»، كما عرف بأنه جزء قانوني، فهو جزء مخالفة إحدى قواعد نشأة العقد سواء تعلقت بالرضا، أو المحل، أو السبب أو الشكل¹، هناك من يعرف البطلان بأنه واقعة قانونية تجعل الشيء الذي اتجهت إليه الإرادتان غير ممكن، باعتبار الواقعة القانونية هذه مضادة للقاعدة القانونية.

كما يعني البطلان إنعدام الأثر القانوني للعقد أو للتصرف الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في التصرف²، بسبب إنعدام تطابق الإرادتين³، أو إنعدام السبب⁴، أو عدم مشروعية المحل⁵، أو الشكل في العقود الشكلية⁶، أو صدور التصرف من لم يبلغ سن

¹() GULFUCCI- THIBIFRGE (C) : Nullites.....,these precitee.p.209.

(²) الباطل في اللغة ضد الحق وهو ما لا يثبت له عند الفحص، يقال بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا ذهب ضياعا وخسرا فهو باطل، وقد اتفق الفقهاء المسلمون بشأن العقد الباطل حيث إن الصحة لديهم معناها الاتيان بالامر الشرعي موافقا لما أمر به الشارع، صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 28.

(³) المادة 59 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(⁴) المادة 93 من من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(⁵) المادة 97 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(⁶) المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

التمييز، و عديم الأهلية أو إنطباق صفة البطلان المطلق بحكم القانون¹، فنظام البطلان عبارة عن مجموعة قواعد تم تسخيرها لخدمة قواعد التشريع، أي أنه تصديق للقاعدة الشرعية².
 قد قيل إن مصطلح البطلان في القانون لا يؤدي بالضرورة إلى نفس النتائج، وهذه حقيقة واقعة إلا أن المعنى الرئيس للبطلان، هو عدم ترتب نتائج قانونية³، وعندما تبتعد المحاكم عن هذا المعنى فإنها تبرر ذلك إما بإفترض نية المشرع أو بوجود قرينة أو ظرف معين يحيط بالتصرف القانوني تكون في يد القاضي.

لأن الإبطال لا يتحقق إلا عن طريق رفع دعوى الإبطال أمام أنظار القضاء، غير أن هذا الإفتراض نفسه ليس له ما يدعمه منطقياً، فرفع دعوى الإبطال من طرف من عيبت إرادته دلالة على أنه لا يبتغي من ذلك سوى إبطال العقد، ونفس الشيء بنسبة لنقصان الأهلية كسبب موجب لرفع دعوى إبطال العقد، ونفس الشيء لحالات الإبطال المنصوص عليها في القوانين الخاصة.

إن إرادة الطرف المبادر إلى رفع دعوى إبطال العقد واضحة، وهي الحصول على حكم من طرف القضاء يُقر بإبطال العقد، فكيف للقاضي هنا أن يخرج عن إطار ما طلب منه، فالمطلوب منه هنا هو إبطال العقد، وعليه فإنه ملزم بالغوص في الأسباب التي إستند عليها المدعي في دعوى بطلان العقد، دون أن يمتد غوصه إلى تحول التصرف القانوني من عدم لكن هذا الرأي إنتقد لأسباب عدة⁴.

(1) جاء أيضا في 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 الآثار العرضية التي لم يقصد المتعاقدان تحقيقها ولم يتوقع أحد حصولها وقت التعاقد»، قرار محكمة تسبين الكون الجزئية الصادر في 1934/10/26 العدد 277، مجلة المحاماة المصرية، العدد السادس، مارس 1936، ص 629.

(2) V. Prisacaru-le nouveau regime des sciences sociales, edition de l'acadimic de la republidue socialist de roumaine, no,2,tom 14,1970 ,P73 .

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 29.

(4) محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 4.

كما لا يجوز للقاضي تحويل عقد صحيح إلى عقد آخر حتى لو تبين أن الأطراف المتعاقدة تقصد ذلك العقد الآخر تحت طائلة تغيير سبب الدعوى، أو الحكم بأكثر مما طلب الخصم، إنما في مثل هذه الحالة يجب على القاضي إعادة تكييف العقد وإعطائه الوصف القانوني السليم¹، فالهبة الصحيحة التي تضمن عناصر الوصية فيتبين أن كل من الواهب والموهوب له كانا يفضلوا الوصية على الهبة فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة لأن الهبة وقعت صحيحة².

2- أنواع البطلان.

لما كان البطلان يعدم العقد، فإن المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج، إذ العدم لا تفاوت فيه، ولكن نظرية البطلان مع هذه البساطة المنطقية قد تعقدت لإعتبارات تاريخية، ولإعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة³.

ظهر من دراسة عمل DOMAT أنه كان يميز بين جزائين الأول يقترب من مفهوم الإنعدام، أما الثاني فالقابلية للإبطال فهو لم يميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، أما بالرجوع إلى أعمال POTHIER فنجد أن هذا الفقيه الذي تأثر به كثيراً محرروا تقنين نابليون يميز بوضوح بين التصرف المنعدم والتصرف القابل للحل⁴.

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

(2) محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 3.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج6، العقود التي تقع العقود على الانتفاع بالشيء، المجلد الأول، الإيجار والعارية، ط 3، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011، ص 493.

(4) HARTMANN (E) ETUDE sur la distinctionop.cit.p.p . 200- 208.

من ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثي للبطلان¹، وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين فأغلب الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائي، وبعضهم لا يكتفي بالتقسيم الثلاثي بل يذهب إلى تنويع البطلان إلى مراتب متعددة، وهو ما نوضحه تباعاً:

أ- النظرية التقليدية للبطلان:

تميزت النظرية التقليدية للبطلان بتجسيدها لمبدأ الانفرادية التي يعطي للإرادة الحق في إنشاء ما تراه من التصرفات ويترك للقانون دور الحارس على تنفيذها²، وقسمت هذه النظرية البطلان إلى ثلاث مراتب الإنعدام *inexistence* والبطلان المطلق *nullité absolue* والبطلان النسبي *nullité relative*، لم يظهر هذا التقسيم إلا مع بداية القرن العشرين (20)³، وأساسه هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون⁴، ولهذه الأركان

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص 84.

(2) أحمد رباحي، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي، دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، العدد 37، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 203.

(3) ما يدل على ذلك هو المقارنة بين الطبعة الأولى لسنة 1898 والطبعة الخامسة لسنة 1929 لكتاب المدخل لدراسة القانون المدني للفقير CAPITANT أين اعتمد تقسيماً ثنائياً للبطلان في طبعة 1898 وتقسيماً ثلاثياً في طبعة 1929، نسير رفيق، المرجع السابق، ص 235.

(4) إما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل، ثم الفاسد، ثم الموقوف، ثم النافذ، ثم اللازم، وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر، فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً، أي ما كان في ركنه أو في محله حللاً، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض، والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة، المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد خالياً من الفائدة، أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد، وهو لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه، والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه، أو كان صبيهاً مميزاً، فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا اجازة المالك في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في الصورة الثانية، والعقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه، والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات التعيين، الشرط، العيب، الرؤية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 3، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 489.

شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل، وأركان العقد هي التراضي والمحل والسبب، وكذلك الشكل في العقود الشكلية، فإذا إن عدم ركن منها كان العقد منعدماً¹.

أما شرط الرضا أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً، وشرط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً، في حين شرط السبب أن يكون مشروعاً، فإذا إختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذا صدر الرضا من ناقص الأهلية، أو من شابهه عيب كغلط²، أو تم ممارسة إكراه عليه³، أو كان ضحية تدليس⁴، أو إستغلال⁵، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً⁶.

أما العقد المنعدم هو العقد الذي لا يجمع العناصر الواقعية التي تستلزمها طبيعته أو موضوعه ودونها لا يمكن تصور وجوده، ويضيف الفقه أن العقد المنعدم هو العقد الذي ولد ميتاً نتيجة لنقص أركانه الأساسية أي أنه لم يعد يستجيب حتى إلى التعريف الذي وضعه له القانون⁷.

ويرى الفقه أن الإنعدام يتميز عن البطلان المطلق بأمرين: الأول أن العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه، بينما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً قد توافرت له العناصر التي تجعل له كيانه موجوداً، وهذا يحتاج إلى حكم ببطلان، والثاني أن العقد المنعدم لا يرتب أي أثر، أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فتترتب عليه آثار في بعض الصور ومنها تحول العقد⁸.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 36.

(2) المادة 81 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(3) المادة 88 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(4) المادة 86 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(5) المادة 90 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(6) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 3، المرجع السابق، ص 489.

(7) رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 203.

(8) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 38.

الواقع أن التمييز بين البطلان المطلق والإعدام خلفه الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج، إذ قرر الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص، صيانة له من التزعزع فقامت حالات بطلان لا شك فيها، ولكن لم يرد في شأنها نص كما في حالة الزوجان من جنس واحد، وأيضاً تولي العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه، فخلقت نظرية الإعدام حتى تغطي هذه الحالات¹، وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج، أو في قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية².

الحقيقة أن ليس هناك فرق بين الإعدام والبطلان المطلق ففي كلا الحالتين تعرض الحاجة إلى القضاء لتقرير البطلان، وفي كلا الحالتين قد تترتب آثار في بعض الصور على خلاف الأصل، ثم إن التمييز من الناحية المنطقية لا وجه له ولأن كلا العقدين معدوم في نظر القانون.

كما أن فكرة الإعدام لقيت إنتقادات كثيرة خصوصاً من الأستاذ (GAUMET) والذي يأخذ عليها أنها لا تعترف بحالة الظاهر التي تنشأ عن التصرف المنعدم، والتي يجب هدمها لأن نظرية الوضع الظاهر لا يوجد تصرف منعدم وكل التصرفات مهما كانت معيبة

(1) إن نظرية الإعدام لم تكن معروفة في الشرائع الفرنسية القديمة، وإنما سار القانون الفرنسي على نهج القانون الروماني مميزاً في ذلك بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وهو الأمر الذي نجده عند "دوما"، كما نجده عند "بوتيه" في قوله: «هناك نوعان من البطلان، الأول وهو مقرر للصالح العام، وذلك عندما يخالف التصرف أحسن الآداب، ثم البطلان النسبي الذي ينظر فيه إلى المصلحة الخاصة للمتعاقد، ولذا يعتبر الإعدام من الأفكار الحديثة للقانون الفرنسي ظهر عام 1827 مع الفقيه الألماني "زخاري"، وذلك في شرحه للقانون المدني الفرنسي الذي كان مطبقاً حينذاك في دول غرب برلين الألمانية، فقد لاحظ هذا الفقيه إن هناك حالات لم ينص عليها القانون بالبطلان، وفي الوقت نفسه لا يستساغ القول بترك الزواج قائماً كاتحاد جنس الزوجين، فنأدى بفكرة الإعدام، ثم إن تشتت الفكرة بين الفقه، وما لبث القضاء الفرنسي إن سار في هذا الطريق، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية إن العقد يكون منعدم إذا فقد ركن من أركانه، حكم محكمة النقض في 1952/5/3، مجموعة 1903، قسم 1، ص 257، رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 207.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، المرجع السابق، ص 489.

يكون لها آثار قانونية¹، الواضح أن نظرية الإنعدام خالية من أي مضمون قانوني، وسبب ذلك أنها نظرية تتناقض مع المنطق، وتتنافى مع مقتضيات العمل ولا يعمل بها القضاء لذلك صح عدم إعتداد غالبية التشريعات العربية بها بما فيها التشريع الجزائري.

أما البطلان النسبي فيكون العقد باطلا نسبيا إذا تعلق بإفتقار هذا الأخير لشرط يكون أقل أهمية من الشروط الأساسية، والمتمثلة في شرطي الصحة، وعيوب الرضا، والأهلية الناقصة كإبرام العقد من طرف الصبي المميز أو من السفهه أو ذو الغفلة²، والعقد القابل للإبطال هو عقد موجود قانونا ومن ثم لا يختلف عن العقد الصحيح حتى يتم إبطاله رضاء أو قضاء كونه يمر بمرحلتين: مرحلة أولى يكون للعقد وجود قانوني كامل فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه أي نشأ صحيحا، ومرحلة ثانية يلقى فيها العقد أحد المصيرين³.

ب- النظرية الحديثة للبطلان:

على إثر الإنتقادات التي وجهت للتقسيم الثلاثي للبطلان والذي يعتبر ضيق وجامد لا يتسع لمختلف الحاجات⁴، قرر المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، الأخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان، فنظم أحكامه في الكتاب الثاني للإلتزامات والعقود في الباب الأول

(1) GUEMTE : (E): theorie geneale des obligation.....op.cit .p 161: « l' acte a une existence au moins apparente , IL a produit effet».

(2) أمال سليم، المرجع السابق، ص19.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج6، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء المجلد الأول، الإيجار والعارية، ط 3، المرجع السابق، ص 491.

(4) القانون الانجليزي يميز بين العقد الباطل بطلانا مطلقا ويدخل فيه العقد المنعوم، والعقد الباطل بطلانا نسبيا والعقد غير النافذ، ويريد بالآخر عقدا صحيحا لا يمكن اثباته طبقا للقواعد القانونية، كعقد غير مكتوب لا يجوز اثباته بغير الكتابة، مثل هذا العقد لا يكون باطلا ولا يجوز طلب ابطاله، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه، على أنه إذا نفذه الملتزم اختيارا فليس له إن يسترد ما دفع، وظاهر إن هذا الفرض هو إحدى حالات الإلتزام الطبيعي في القانون الفرنسي والقانون الجزائري والقانون المصري، ولما كان القانون الانجليزي لا يعترف بالإلتزام الطبيعي كمنظية عامة، فقد وضع إحدى حالات في نظرية البطلان، عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، ج1، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 494.

مصادر الإلتزام القسم الثاني مكرر إبطال العقد وبطلانه في المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني¹.

كما أورد نصوصا متفرقة يؤدي عدم إحترامها إلى البطلان، بمعنى قد يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا بموجب نص قانوني رغم توافر أركانه وشروطه، ومنه ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني على بطلان التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة²، وإجازة المشرع الجزائري للمشتري طلب إبطال بيع ملك الغير طبقا لما نصت عليه المادة 397 من القانون المدني³.

كما إعتبر المشرع الجزائري في نص المادة 408 من القانون المدني أن بيع المريض مرض الموت لغير وارث قابلا للإبطال⁴، ففي مواد التأمين يكون التصرف باطلا، إذا كان مخالفا للمواد من 619 إلى 624 من القانون⁵، وكذلك الإيجار من الباطن إذا لم ينص عقد الإيجار الأصلي صراحة على هذا الحق⁶، ويكون عقد الشركة باطلا إذا لم يحرر في شكل مكتوب⁷.

(1) إن التقسيم الثنائي تبنته معظم الشريعات الحديثة، كالتشريع الألماني، والتشريع السويسري، التشريع الانجليزية، التشريع الفرنسي، التشريع المصري، التشريع السوري، التشريع الليبي، التشريع المغربي، التشريع اللبناني، التشريع الكويتي، التشريع السوداني، أحمد رباحي، المرجع السابق، ص 204.

(2) الفقرة الثانية من 92 من القانون المدني على: «غير إن التعامل في شركة إن سان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، الا في الاحوال المنصوص عليها في القانون».

(3) المادة 397 من القانون المدني: «إذا باع شخص شئيا معيناً بالذات وهو لا يملكه، فالمشتري الحق في طلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أم لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري».

(4) المادة 2/408 من القانون المدني: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا الا إذا أقره باقي الورثة. إما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

(5) المادة 625 من القانون المدني الجزائري المعدل والتمم.

(6) المادة 469 من القانون المدني الجزائري المعدل والتمم.

(7) المادة 418 من القانون المدني الجزائري المعدل والتمم.

فالبطلان إن كان في الأساس جزاء لعدم توافر شروط إنعقاد التصرف، فإنه في بعض الحالات جزاء لعدم إحترام موضوع التصرف إذ أن المشرع قد يمنع بعض الإتفاقات كالإتفاق على إسقاط الضمان في عقد البيع¹، أو الإتفاق على أن لا يسهم أحد الشركاء لا في أرباح الشركة ولا في خسائرها².

ويكون البطلان المطلق بقوة القانون ولا يحتاج إلى صدور حكم يقره لأنه لا حاجة إلى تقرير العدم، لكن هذا لا يعني عدم اللجوء إلى المحكمة، أما البطلان النسبي لا يتقرر بقوة القانون لأن التصرف في هذه الحالة يكون موجودا غير أن شرطه مختل، وعليه لا يمكن هدم العلاقات التي ينشئها إلا عن طريق تصرف سيادي صادر عن سلطة مختصة (القضاء)، هذا ما يفسر استعمال مصطلح إبطال التصرف وليس بطلان التصرف³.

إننتقد هذا التقسيم أيضا على أساس أن العقود الباطلة والعقود القابلة للإبطال ليس لها أي أساس قانوني لأن هذا التقسيم ظهر في القانون الروماني لظروف معينة ولا حاجة للإبقاء عليه لزوال تلك الظروف، كما أن هذا التقسيم لا يتماشى مع الواقع والقانون، يضاف إلى ذلك أن معيار التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي معيار غير سليم وصعب، فظهر تجاه يدعو إلى تعدد أنواع البطلان.

3- تعدد أنواع البطلان.

أصحاب هذا الرأي يقولون أن القانون عين شروطا للعقد حتى ينتج آثارا معينة، وكل شرط من هذه الشروط يتطلب للوفاء لغرض معين، فإذا إختل شرط كان العقد باطلا في

(1) المادة 384 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(2) المادة 426 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(3) يطلق الاسانذة «TERRE» و«SMLER» و«LE QUTTE» على هذا النوع من البطلان اسم البطلان الاختياري

(Facultatione nullite) مقابلة للبطلان بقوة القانون، لأنه يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقريره،

TERRE (F) , SILER (ph) et LE QUTTE (Y) les obligation ,op.cit. p .308.

الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط، فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه للأغراض التي توخاها القانون¹.

وعليه لا يمكن إخضاع البطلان إلى تقسيم جامد بل لا بد أن يكون له إطار مرن تتدرج تحته أنواع من البطلان، ويترك لقاضي الموضوع الحرية لفحص كل حالة على حدة، والحكم فيها بما يتناسب مع غاية المشرع من البطلان، ومن ثم يتعدد البطلان بتعدد صور الشروط التي يستلزمها القانون، ويختلف بتنظيم آثار البطلان من حالة إلى أخرى طبقاً للحكمة المتوخاة من القاعدة التي مستها المخالفة، وبذلك يتلائم الجزاء الذي يطبق مع الغاية من القاعدة القانونية².

يضاف إلى ذلك البطلان بقوة القانون، الذي لا يتعلق بالتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وإنما بواقعة تحقق البطلان، فمثلاً تنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري في حكم تصرفات المجنون والمعتوه على الآتي: «تعتبر تصرفات المحجوز عليه بعد الحكم (بالحجر) باطلة وقبل الحجر إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها»³.

مهما قيل في مرونة هذا الرأي في أنه يفسر إستعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية، كما في شذوذ بيع ملك الغير، وإمكان إجازته بإقرار المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد، أيضاً في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها، وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 490.

(2) أحمد رباحي، المرجع السابق، ص 211.

(3) نسير رفيق، المرجع السابق، ص 242.

الثبات والإستقرار ما يبرر الإطمئنان إليها¹، فالوقوف على التقسيم الثنائي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا إستقرار.

4- وحدة البطلان.

خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق²، ذلك لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا يمر بمرحلتين قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون به في هذه المرحلة الوجود القانوني فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا، يلقي فيها العقد أحد المصيرين، فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشأ لجميع آثاره، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح.

أما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني إنعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقاً. فالعقد الباطل بطلانا نسبياً لا يعدو في ماله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقد باطلاً بطلانا مطلقاً منذ البداية، ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيها البطلان النسبي كما إندمج فيه الإنعدام³.

يعتبر الأستاذان عبد الرزاق أحمد السنهوري وجميل الشرقاوي من أبرز الفقهاء الذين أخذوا بهذه النظرية، حيث علق الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري قائلاً: «تستجيب للمنطق القانوني، فهي لا تسير الصياغة الفقهية للنظرية البطلان وما تواجهه من حالات

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، المرجع السابق، ص 490.

(2) من القوانين التي أخذت بدرجة واحد من البطلان القانون الروسي، والقانون العراقي لكن رغم ذلك اعتمد التقسيمات التي أخذ بها الفقهاء المسلمون، فأخذ بالعقد الباطل والعقد الموقوف، صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 42.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، المرجع السابق، ص 491.

متغايرة تقتضي شيئاً من التنوع»¹. كما أضاف قائلاً: «لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر، الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق، بل لا توجد إلا حالتان الصحة والبطلان المطلق. والعقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة، ومتميز عن العقد الباطل بطلانا مطلقا الذي لا يمر إلا على حالة البطلان، ولكن إذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا متميزا على هذا النحو، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان»².

5- آثار البطلان.

العقد الباطل ليس عملا قانونيا إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادي أو واقعة قانونية، وبهذه المثابة قد ينتج أثرا قانونيا ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني بإعتباره عقدا، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي بإعتباره واقعة قانونية. على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات إستثنائية أثره الأصلي بإعتباره عقدا، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة إستقرار التعامل، وطورا وجوب حماية حسن النية.

أ- الآثار الأصلية للعقد الباطل:

الأصل أن التصرف الباطل إذا كان عقدا لا ينشئ الإلتزامات المقررة له، وإذا كان إقرار لم يؤخذ به صاحبه، وإذا كان إبراء لم يسقط به الإلتزام، إذن فالعقد لا يعتبر منعقدا فعلا وإن وجدت صورته في الخارج فلا يقيد المالك³.

(1) رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 218، برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الاداري، الطبعة الاولى، دمشق، الجمهورية العربية السورية، المكتبة القانونية، 2002، ص 21، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 491.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، نظرية الالتزام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 491.

(3) محمد حبار، المرجع السابق، ص 384.

قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية، لا بإعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية بل بإعتباره عقداً، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء¹، ولكن لا بد من ملاحظة أن هذه الآثار الأصلية التي تترتب إستثناء على التصرف الباطل وكأنه عقداً صحيحاً أن ما تترتب ليس نزولاً على إرادة المتعاقدين، ولكن لأن القانون يعتبر التصرف قائماً حكماً رعاية للمظهر القائم وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة².

هذا الخروج يبرره حالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر لاسيما إذا أصطحب بحسن النية، وهذه رعاية واجبة لإستقرار التعامل، مثال ذلك الشركة الواقعية وهي شركة تجارية باطلة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذ لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم، إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان».

كذلك العقد الصوري الذي يمثل خروجاً عن تطبيق القواعد المنطقية للبطلان، فالعقد في هذه الحالة لا وجود له إلا في الظاهر فقط ويثبت ذلك في ورقة الضد³، لذلك فإن هذا العقد بإعتباره منعماً قانوناً، كان يجب أن لا يترتب عليه أثر لا فيما بين عاقيه ولا بالنسبة للغير. إلا أنه مع ذلك يعتبر قائماً بالنسبة للغير حسن النية، أي دائني المتعاقدين والخلف الخاص، إذ يكون لهؤلاء متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا به وهذا كله رعاية لإستقرار التعامل⁴.

(1) محمد حبار، المرجع السابق، ص 16

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 90.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 326، برهان رزيق، المرجع السابق، ص 22.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 512.

معنى هذا أن العقد ينتج آثاره الأصلية بالنسبة إليهم، لذلك ظهر تجاهين بخصوص هذه المسألة، تجاه ينكر صراحة قيام الشركة الفعلية وتجاه آخر يعترف بها صراحة، حيث يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا في 18 مارس 1997 من إحدى القرارات الراضية لفكرة الشركة الفعلية والذي جاء فيه: «من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا ولما كان ثابتا في قضية الحال، إن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المودعة إنشائها لم تثبت قيامها بعقد رسمي وإستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح بإشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»¹.

من القرارات التي إعترفت بنظرية الشركة الفعلية نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 9 سبتمبر 2005 الذي جاء فيه: «إن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس باطلا مطلقا ولا ينتج آثار إلا من تاريخ إحتجاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة إلى الإلتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الأثر القانوني»². لكن يعد الظاهر المستقر الذي إطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها، هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون الذي تدرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة، ونظرية التصرف المجرد، ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها، يمتد أيضا ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان العقد صحيحا، وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضي بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون.

من الأمثلة على ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 397 من القانون المدني: «إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر

(1) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 18 مارس 1997، مجلة الإجتهد القضائي، عدد خاص، د س ن، ص 145.

(2) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19 سبتمبر 2015، نشرة قضائية عدد 59، ص 279.

كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة، لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري»¹.

يتبين من هذا النص أن عقد البيع الصادر من شخص لا يملك العقار المبيع، إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب يبقى بالرغم من بطلانه مترتبا عليه آثاره الأصلية. وعليه نجد القضاء والفقهاء يسلمان بإستبقاء بعض آثار التصرفات الباطلة في أحوال لم ينص عليها القانون، ذلك أنه كثيرا ما تصطدم العدالة بمنطق المبدأ الذي يقضي بأن التصرفات الباطلة لا تترتب عليها آثارا. حقيقة أن المقصود من بطلان التصرف هو حماية مصالح معينة، ولكن قد يكون التصرف الباطل قد نفذ فعلا وإحتفظ بكيانه لمدة معينة، فخلق قيامه وتنفيذه مراكز ومصالح جديدة بالحماية وقد تكون هذه المصالح ألزم من مراعاة المصالح التي يرمي البطلان إلى حمايتها².

منه يترتب على التصرف الباطل آثار كاملة أي كما كان تصرفا صحيحا، مع أن تطبيق المبدأ الذي يقضي بأن التصرف الباطل لا يترتب عليه أي أثر تطبيقا مطلقا كان يقتضي ألا تترتب آثار التصرف في أي وقت من الأوقات³، كذلك قد يترتب على التصرف الباطل جميع آثاره الأساسية دون توقيت للمدة، وإنما تتحدد هذه الآثار بالنسبة للأشخاص فيعتبر التصرف بالنسبة لبعض الناس في حكم التصرف الصحيح، ويعتبر بالنسبة للبعض الآخر باطلا فلا يترتب عليه أي أثر⁴.

(1) نصت عليه المادة 1034 من القانون المدني المصري: « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب اخر».

(2) رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 218.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 518.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 91.

كما هناك أحوال تترتب فيها آثار التصرف جمعياً رغم بطلانه دون توقيت للمدة أو تحديد للأشخاص، بمعنى أنه يصبح في حكم التصرف الصحيح من جميع نواحيه، وهنا يظهر الخروج على المبدأ القاضي بأن التصرف الباطل لا تترتب عليه آثار ما ظهوراً جلياً.

ب- الآثار العرضية للعقد الباطل:

العقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه إن عدم منذ البداية، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء، فإذا قلنا العقد الباطل، كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن تقرر إبطاله، لكن قد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجاً لبعض الآثار كواقعة مادية أو قانونية لا كعقد، فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائز في التملك بالتقادم الخمسي، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك.

إذا إشتري شخص عقاراً من غير المالك، وكان البائع قاصراً، صلح هذا البيع أن يكون صحيحاً وتملك المشتري العقار بالتقادم الخمسي، وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً، وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً، ويتصور أن المشتري يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر، لاسيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر بإعتبار أنه قد أفاد منه إفادة كاملة¹.

من أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل آثاران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين، إحداهما نظرية تحول العقد وهي موضوع الدراسة، ونظرية الخطأ في تكوين العقد². هذه الآثار لا تترتب على الزواج بإعتباره عقداً فهو بهذا الإعتبار باطل لا ينتج أثراً، ولكنها تترتب عليه بإعتباره واقعة مادية، فإذا وقع أن رجلاً وإمرأة إرتبط أحدهما

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 604.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، ج1، العقد والإرادة المنفردة، ط 3، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 172.

بالآخر كما لو كانا زوجين، فالعدة واجبة على أثر هذا الإتصال الفعلي، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية¹. وهذا يقودنا إلى طرح الإشكال الآتي: ما طبيعة العلاقة بين الآثار التي تترتب على العقد الباطل بنظرية تحول التصرف القانوني؟.

لأبأس أن نخرج قبل الإجابة عن التساؤل أن نحدد أوجه الشبه والإختلاف بين الآثار الأصلية والآثار العرضية للعقد الباطل كالاتي :

• أوجه الشبه بين الآثار الأصلية والآثار العرضية للعقد الباطل.

إن أوجه الشبه بين الآثار الأصلية والعرضية للعقد الباطل تتجلى في أنهما يتعلقان معا بالعقد الباطل وثانيهما أنهما يرتبان آثارا على هذا العقد خلافا للقاعدة العامة التي تعتبر العقد الباطل عدما لا يترتب عليه أي أثر، وهناك وجه ثالث للشبه بين الحالتين يتلخص في الحكمة التي يبتغيها المشرع من إقرار الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل على حد سواء²، والتي أريد من خلالها تلافي بعض الآثار غير المحمودة التي كان من الممكن حصولها في حالة إهدار آثار العقد الباطل، خصوصا وأن المشرع يميل دائما نحو خلق الوسائل التي تشجع الإستقرار في التعامل وتسهم في أعمال العقد والإستفادة منه قدر المستطاع .

• أوجه الإختلاف بين الآثار الأصلية والآثار العرضية للعقد الباطل.

أما أوجه الإختلاف بين النظامين فتكمن في أن الآثار التي تترتب على العقد الباطل عند تحول العقد هي آثار عرضية أو كما تسمى أحيانا آثار ثانوية، أما الآثار التي تترتب

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، المرجع السابق، ص 496.

(2) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 90.

في الحالة الثانية فهي آثار أصلية أو كما تسمى أحيانا بالآثار الجوهرية للعقد الباطل¹. حيث تترتب الآثار العرضية للعقد الباطل في حالة التحول بإعتباره واقعة قانونية أو واقعة مادية في حين تترتب الآثار الأصلية للعقد الباطل بإعتبارها تصرفا قانونيا أو بإعتباره عقدا وليس واقعة مادية².

نجد الآثار الأصلية يرتبها القانون في بعض الحالات على العقد الباطل، وهي الآثار التي يولدها العقد لو أنه كان صحيحا³، في حين أن أساس الآثار العرضية في حالة تحول العقد هو إنصراف نية المتعاقدين الإفتراضية إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي، أي أن التحول ما هو إلا وسيلة يراد منها تحقيق الغاية العملية والإقتصادية التي يهدف إليها المتعاقدان من التصرف الأصلي، وذلك لأن العبرة ليست بالوسيلة الفنية التي لجأ إليها الطرفان بل بالغاية العملية التي يراد الوصول إليها.

وعليه يمكن القول أن الآثار الأصلية وإن تولدت من العقد الباطل بإعتباره تصرفا قانونيا، فليس ذلك في علاقة المتعاقدين بل بالنسبة للغير على الأغلب، في حين أن الآثار العرضية خاصة بعلاقة المتعاقدين من خلال تلمس إرادتهما المشتركة⁴.

ثانيا: موافقة العقد الأصلي أركان عناصر عقد صحيح آخر.

وفقا لنص المادة 105 من القانون المدني وكذا النصوص القانونية للتشريعات المقارنة الخاصة بالتحول⁵، يتبين أنها أكدت بمجملها وبإختلاف تعابيرها على أنه لا بد أن يكون

(1) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 1، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1990، ص 361.

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 60.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 361.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 92.

(5) على ذلك تنص المادة 140 من القانون المدني الألماني: «إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر، يصح هذا الآخر»، فشرط تطبيق المادة 140 هو إذن أن يوافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر، ونفس الشيء يقال بالنسبة للمادة 144 من القانون المدني المصري: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، والمادة 140 من القانون المدني العراقي: «إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر»، نفس المرجع، ص 78.

العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال متضمنا أو موافقا لعناصر أو أركان تصرف آخر صحيح من التصرف الأصلي الباطل.

إن هذا الشرط لنظرية تحول التصرف القانوني أو تحول العقد مفاده ضرورة توافر جميع أركان التصرف الجديد في التصرف القديم لكي يتم تحوله، مثال ذلك أن يشترط الرسمية لصحة الهبة فلا يجوز للقاضي تحويل عقد البيع العادي إلى هبة لإنعدام ركن الرسمية فيه¹، ومثاله أيضا شخص باع أرضا ثم تبين أنها غير مملوكة له فلا يتحول البيع إلى بيع يقع على أرض مشابهة مملوكة للبائع حتى ولو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان بذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض²، أيضا الشخص الذي اشترى شيئا وهو يعتقد أنه أثري يظل مرتبطا بالعقد إذا عرض البائع أن يعيطه الشيء الأثري بالذات فيتخلف بذلك شرط من شروط التحول وهذه الحالة يطلق عليها في الفقه القانوني تصحيح العقد الباطل³.

أما إذا توافرت في التصرف الباطل بعض أركان التصرف الجديد فلا يجوز إستكمال هذه الأركان بأركان جديدة خارج نطاق التصرف الأصلي أي لا يستطيع إدخال عنصر جديد على التصرف الأصلي وإلا فإن التحول لا يجوز. جاء في قرار محكمة النقض المصرية الآتي: « تحول العقد يكون ممتعا إذا كان يستلزم إدخال متعاقد جديد ليعقد العقد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر و لم يقض بتحول العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره البيع الجديد الصادر منه بصفته الشخصية، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه»⁴.

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 66، عصمت عبد الحكيم بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية

العربية، المرجع السابق، ص 468، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 78.

(2) سالار محمد رشيد، المرجع السابق، ص 11.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، نظرية الالتزام، المرجع السابق،

ص 501.

(4) نقض مدني 1970/11/26 مجموعة أحكام النقض 21، سنة 1976، ص 192.

فالتصرف الجديد إذن يجب أن يختلف عن التصرف المقصود أصلاً والذي تبين بطلانه، غير أنه وبتفحص النصوص القانونية يتبادر إلى الذهن سؤال عن طبيعة هذا الإختلاف بين التصرف الباطل والتصرف الجديد الصحيح، هل النصوص القانونية تقتضي أن يكون التصرف الجديد نوع آخر يختلف عن التصرف الأول أم يكفي إختلاف مضمون العقد لإعمال التحول؟. إن قسم الفقه بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين مختلفين نوضح رأي كلا منهما كالآتي:

1- التصرف الآخر يختلف من حيث النوع عن التصرف الباطل.

يذهب أصحاب هذا الإتجاه أنه لا بد لإعمال التحول يجب أن يكون التصرف الجديد من نوع آخر يختلف عن نوع التصرف الباطل وأن تغيير المضمون وحده غير كاف للتحول، ويستند هؤلاء الفقهاء في رأيهم إلى أن النصوص القانونية ذاتها التي تتطلب أن يكون التصرف الآخر مختلفاً كلياً عن التصرف الباطل مما يعني ضرورة أن تكون له طبيعة قانونية مختلفة تماماً عن التصرف الأصلي¹.

نجد على رأس هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي سالي (salleiles) الذي يرى أن التصرف الثاني الذي تحول إليه التصرف الباطل يجب أن يكون مختلفاً عن التصرف الأول في طبيعته كشرط لا بد منه من شروط التحول، فيقع كل تصرف في نطاق قانوني مختلف عن الآخر². ويستند أصحاب هذا الإتجاه في رأيهم إلى أن النصوص القانونية ذاتها التي تتطلب أن يكون التصرف الآخر مختلفاً كلياً عن التصرف الباطل مما يعني ضرورة أن تكون له طبيعة مختلفة تماماً عن التصرف الأصلي³.

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

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 80.

(3) حسام الدين كامل الاهوائي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 2، ط 2، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 1995، ص 271.

ويستدل بعض الفقهاء بما ورد في المادة 105 من القانون المدني التي تنص: «... وتوافرت فيه أركان عقد آخر...»، إذ لا يقف حائلا إجراء تحول العقد أو التصرف القانوني أن يقع التصرف الجديد في نطاق قانوني يختلف عن النطاق القانوني الذي وقع فيه التصرف الباطل، كما يكفي أن يكون التصرف الباطل يختلف عن التصرف الصحيح على الأقل في الغرض، وعن ضرورة إختلاف التصرف الجديد عن التصرف الباطل يقول الأستاذ حسام الدين الأهواني الآتي: «والراجح هو ضرورة أن يكون التصرف الجديد من نوع آخر غير التصرف الباطل، وأن مجرد تغيير المضمون لا يكفي للتحول»¹.

أما الحالات التي يمكن أن يختلف فيها التصرف الجديد أو الصحيح عن العقد الباطل بأن تتغير طبيعته القانونية كثيرة²، وقد ساق لنا الأستاذ أحمد يسري مثلا معروفا في هذا المجال أخذت فيه المحكمة العليا للدولة في ألمانيا بالتحول وفقا لهذا الإتجاه في القضية الآتية: «نقل المدعي إلى المدعى عليهما وهي بنته وزوجها ملكية عقار مملوك له بمناسبة زواجهما لكن دون أن يتبع ذلك العقد المجرد الناقل للملكية القيد في السجل العقاري، فطلب المدعي بدعواه إستحقاق العقار لأنه تخلى عنه للمدعى عليهما على سبيل العارية فقط لمدة غير محدودة، بينما يتمسك المدعى عليهما بأنهما اعطيا العقار بإعتباره هبة بمناسبة الزواج.

أما التصرف فقد كان باطلا بسبب عدم إستيفاء الشكل المقرر في المادة 313 مدني ألماني، ولكن المحكمة العليا للدولة إستقبت التصرف الباطل بإعتباره إنشاء حق إنتفاع لمدى الحياة إذ تبين من الغرض من الوعد أن الطرفين لو كانا قد علما ببطلان العقد الوارد على نقل الملكية لكانا على الأقل وافقا على إنشاء حق الإنتفاع»³.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 130، حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 271.

(2) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 382.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 80.

العبرة إذن بتحقيق الغرض الإقتصادي للمتعاقدين الذي تتفهمر أمامه الوسيلة القانونية التي تتحقق عن طريقها هذه النتيجة فكل متعاقد يسعى من جانبه إلى تحقيق نتيجة يرتبها التعاقد مع الطرف الثاني فإذا حقق التصرف الصحيح الغرض الإقتصادي ولو جزئياً أمكن الحكم على تحول التصرف القانوني في ضوء هذا الضابط¹.

ولا يشترط أن يتطابق التصرف الباطل مع التصرف الصحيح في شكله ومضمونه وإلا كانت النتيجة هي أن تحول التصرف القانوني نظرية عديمة القيمة²، ويكفي اللجوء إلى فكرة أخرى مثل التفسير، لأن ذلك معناه أن مضمون التصرف الجديد أصبح محلاً لإرادة المتعاقدين المعلنة³.

مما تقدم يستخلص أن هذا الإتجاه الأول يذهب إلى أن التصرف الجديد الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل يمكن أن يكون تصرفاً من نوع آخر، ويقع في نطاق قانوني يختلف عن التصرف الأول المقصود والأكيد توافر عناصر التصرف الثاني بين حطام التصرف الأول، وعلى القاضي التأكد من ذلك قبل الحكم بتحول التصرف القانوني وإلا إمتنع التحول، إذ يبنى التصرف الجديد على أنقاض التصرف الأصلي، والإختلاف بينهما لا يحول دون حصول عملية تحول التصرف القانوني طالما أن تحقق النتيجة المتوخاة من التحول أو تقاربها قائم أي طالما أن التصرف الثاني يوافق في عناصره عناصر التصرف الأول.

2- التصرف الآخر يختلف من حيث المضمون عن التصرف الباطل.

على خلاف الإتجاه الأول يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه لا مانع من أن يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر من شاكلته، حيث يمكن أن يختلف التصرف الجديد

(1) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 268.

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

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 87.

عن التصرف الباطل من حيث مضمونه فقط ولا يشترط الإختلاف في النوع والطبيعة القانونية، فالقانون يتطلب عقداً أو تصرفاً آخر وهو بهذا لا يتطلب على الإطلاق نوعاً آخر، فيكفي أساساً أن يميز التصرف الجديد عن التصرف الباطل أي تغيير ما¹.

معللين ذلك بعدم الحاجة لتحميل النص أكثر مما يجب، وأنه يكفي حصول أي تغيير يميز التصرف الصحيح عن التصرف الباطل، بالإضافة إلى أن تحقيق الغاية من التحول تكون أكثر احتمالاً في التصرفات ذات الطبيعة الواحدة، إذ تقوم الحاجة كذلك إلى التحول إلى تصرف آخر من نفس النوع مع مضمون أقل أو مختلف².

وقد أشار إلى ذلك أحد الفقهاء بقوله: «فالتصرف المتغير من حيث مضمونه فقط هو تصرف آخر كذلك، فإذا أمكن تحقيق الغرض الإقتصادي المطلوب عن طريق تصرف آخر من نفس الصورة القانونية فإن التحول يكون جائزاً»³.

للتدليل على هذا الإتجاه يضرب الفقهاء الكثير من الأمثلة منها عقد توريد بضاعة أجنبية يقوم بالنسبة لها أمر تحريم إستيراد، إلى عقد ذي مضمون ممكن مثل توريد بضاعة مشابهة من داخل البلاد، وأيضاً عقد الإيجار المؤبد المدة يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً في كل مدته⁴.

وتطبيقاً لنظرية تحول العقد يذهب هذا الإتجاه إلى أن إيجار أرض عقد لمدة مائة عام يعتبر عقداً مؤبداً لتجاوز مدته الحد الأقصى قانوناً ولذلك يقع باطلاً، ولكن إذا رأى القاضي إن إيجار هذه الأرض لمدة طويلة يمكن أن يتحول به إلى إيجار لمدة قانونية في حال إحتمال قبول الطرفين العقد الجديد⁵.

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 130، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 80، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 87، 88.

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

(3) آمال سليم، المرجع السابق، ص 28.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 500.

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

قد ثار خلاف فقهي حول الأثر القانوني للإيجار الدائم أو المؤبد حيث يرى البعض من الفقه أن الإيجار الذي تزيد مدته على الحد القانوني لا يقع باطلا كون التوقيت من مستلزمات الإيجار، وإنما تنقص مدته إلى هذا الحد وفقا لنظرية إنقاص العقد، بينما الرأي الثاني وهو الذي يؤيده الآن إجماع الفقه والقضاء المقارنين بوقوع الإيجار الدائم أو المؤبد باطلا بطلانا مطلقا في كل مدته وبالتالي يتحول إلى إيجار لمدة توافق القانون عملا بنظرية تحول التصرف القانوني أو تحول العقد¹.

كما يرى الأستاذ صاحب عبيد الفتلاوي أن الإتجاه الثاني هو الأصوب حيث قال: «ونعتقد بأن الإتجاه الثاني هو الأصوب، حيث يمكن حصول التحول سواء كان العقد الثاني من نوع واحد أو من نفس النوع مع إختلاف في المضمون، ونضيف إلى ما قاله أنصار المذهب الثاني من حجج، أن اللجوء إلى هذا الإتجاه يكسب موضوع التحول أهمية كبيرة، حيث يزيد من نطاق تطبيقه، وفي ذلك كما نرى فائدة كبيرة للإقتصاد الوطني، حيث سيزداد عدد العقود الباطلة المستثمرة والتي كان من الممكن أن تكون بلا أثر يذكر»².

يبرر أصحاب هذا الإتجاه رأيهم بأن وجهة النظر التي تشترط إختلاف التصرف الجديد من حيث النوع عن التصرف الباطل الأول غير صائبة وهي مرفوضة عموما، لأن نصوص القوانين الخاصة بتحول التصرف القانوني لا تقدم دليلا على مثل هذا التقييد، فالتصرف المتغير من حيث المضمون هو تصرف آخر كذلك ما دام بالإمكان تحقيق الغرض الإقتصادي الذي يريده الطرفان عن طريق تصرف آخر من الصورة القانونية نفسها فإن تحول التصرف القانوني يكون جائزا³، العبرة إذن ليست بموضع إختلاف التصرف الثاني

(1) نص المشرع الجزائري على عقد الإيجار في المادة 467 من القانون المدني جاء فيها: «الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم يجوز إن يحدد بدلا الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر»، وعليه فعقد الإيجار عقد زمني محدد المدة وفقا للفقرة الأولى من المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني: «ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالاخلاء».

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 85.

(3) هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 383، أحمد حشمت أبو ستيبيت، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 267.

عن التصرف الباطل¹، وإنما إذا كانت الصورة القانونية للتصرف الجديد تساعد الطرفين على النتيجة المقصودة على وجه أسرع من الصورة القانونية للتصرف الأصلي².

نرى ضرورة أن يكون التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل من طبيعة قانونية مختلفة عن التصرف الأصلي، وإن كانت النصوص القانونية التي عالجت نظرية التصرف القانوني لم تشر إلى ذلك صراحة، ولكن يمكن فهم هذا المعنى منها، حيث أن التصرفات الباطلة والتي تتضمن تصرفاً من ذات الطبيعة مع إختلاف المضمون وفقاً لرأي الفريق الثاني، أن ما تقع وفق ما نراه ضمن نطاق قانوني آخر غير تحول التصرف القانوني ألا وهو إنقاص العقد، فعقد الإيجار الباطل مثلاً بسبب تأييده والذي يتم تخفيضه إلى المدة التي تنسجم مع المدة القانونية، فإن هذا الأمر يتم من خلال إستبعاد المدة الزائدة قانوناً، حسب نص المادة 104 من القانون المدني.

كون شروط نظرية الإنقاص تتوافر في الإيجار أكثر من شروط التحول. الأمر الذي يجعلها تدخل ضمن نطاق إنقاص العقد وليس تحول التصرف القانوني، طالما أنها تحافظ على صحة العقد وعدم إهداره وتحقيقات غاية الطرفين وكذلك غايات المشرع فما المانع من تطبيقها نظرية الإنقاص إذن، إلا أنه يمكن الأخذ بالرأي الثاني على سبيل الإستثناء في حالات محددة حفاظاً على إستقرار المعاملات ورعاية وحماية مصلحة الطرفين، كما هو الحال بالنسبة لتحول قسمة المهأية إلى قسمة نهائية والتي ستتطرق إليها بالتفصيل في الباب الثاني من هاته الأطروحة.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي الجزء الرابع، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نظرية السبب ونظرية البطلان، المرجع السابق، ص500، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 130.

(2) حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص271، هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 383.

على أن هناك من يؤيد رأي الإتجاه الثاني كون هذا الأخير يوسع من نطاق مبدأ تحول التصرف القانوني ويجعله أكثر قدرة على إستيعاب الكثير من التصرفات الباطلة وإستثمارها حيث يمكن حصول تحول التصرف القانوني سواء كان التصرف الثاني من نوع آخر أو من نفس النوع مع إختلاف في المضمون، وهو بذلك يحقق ليس إرادة الطرفين فقط وإنما الإرادة العامة المتمثلة بمصلحة الجماعة إذ العبرة ليس بموضع إختلاف التصرف الجديد عن التصرف الباطل.

إنما فيما إذا كانت الصورة القانونية للتصرف الجديد تساعد في الحصول على النتيجة المبتغاة التي أخفقت الصورة القانونية للتصرف الباطل في تحقيقها، كما يثير الفقه القانوني إشكال قانوني آخر بالنسبة لهذا الركن ومفاده أن ضرورة موافقة عناصر التصرف الباطل عناصر تصرف آخر تعني أن التوافق هنا لا يعدو أن يكون إحتواء؟.

يجب أن نحدد بداية مفهوم كلا من التوافق والإحتواء حتى يتسنى لنا الإجابة عن التساؤل المذكور، فثمة فرق بين كل من الإصطلاحين إذ أن كل تعبير إصطلاحي له معنى معين مختلف، فالتوافق معناه أن واقعة التصرف الباطل لا تشبه من كافة الوجوه ومن كل وجه واقعة التصرف المحول، حتى لا يكون التصرف الآخر الصحيح متضمنا على وجه كامل في التصرف الباطل¹.

بل يكفي قيام رابطة بين التصرف الباطل والتصرف الصحيح، وهذا لا يعني إطلاقا إحتواء، أن العناصر التي يجب أن يوافقها التصرف الباطل هي العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني بإعتبارها شروط صحة التصرف الثاني²، حيث أن القضاء لم يتطلب أن تكون هذه العناصر قد أعلنت في التصرف الباطل.

(1) لا بد لنا من الإشارة هنا إلى أن كلمة (إحتواء) تأتي في اللغة بمعنى الاستيلاء، بينما تعني كلمة توافق في اللغة الموافقة بين شيئين كالانتماء، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، بيروت، الجمهورية اللبنانية، 2008، ص740.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص50، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص267.

فالتوافق لا ينسحب على مضمون التصرف فلا حاجة إذن لأن يكون مضمون التصرف الجديد قد أعلن أو أريد، وإلا إنتهينا إلى نتيجة هي أن يكون مضمون التصرف الجديد إما هو نفسه مضمون التصرف الباطل تماما، وإما إن يكون مجرد مضمون أقل محتوى منه، وهذا يجعل التحول نظاما عديم القيمة¹.

إذ بهذا يقتصر تطبيق التحول على حالات يكون وضع نص خاص لها غير لازم، وعلى هذا فإن التوافق ليس معناه إحتواء عناصر التصرف الجديد في التصرف القديم، وإنما معناه رابطة تقوم بين التصرفين يجب جعلها موضع الإعتبار وهي التي تحقق هذا التوافق². إن المشرع بهذا التعبير (التوافق) يريد القول أن واقعة التصرف الباطل لا تشبه من كافة الوجوه ومن كل وجه واقعة التصرف المحول، حتى لا يكون التصرف الآخر الصحيح متضمنا على وجه كامل في التصرف الباطل، وإلا إنتهينا إلى نتيجة هي أن يكون مضمون التصرف الجديد إما هو نفسه مضمون التصرف الباطل تماما، وإما أن يكون مجرد مضمون أقل محتوى منه³.

أما ضابط التوافق فإن التصرفين الباطل والجديد يجب أن يكون مربرطين برابطة مشتركة ما، وتوصف الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض المقصود أصلا، ففيما يتعلق بإستبقاء التصرف الجديد يكون الفيصل هو الإرادة الموجهة إلى الغرض الإقتصادي، ولكن هذا العرض لا يلزم في الحقيقة أن يكون مجرد غرض إقتصادي، إذ يمكن أن يكون غرضا إجتماعيا وفي قول أعم غرضا علميا.

(1) أحمد حشمت أبو ستبيت، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 267.

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

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

على خلاف الإتجاه الأول يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى القول أنه لا يوجد أي فارق موضوعي بين التوافق والإحتواء فالتصرف الباطل يجب أن يتضمن في واقعته المادية العناصر القانونية المكونة للتصرف الآخر، ويجب أن يحتويها في ذاته، وتبعاً لذلك يجب أن تكون هذه العناصر ليست هي نفسها وليست أكبر من عناصر التصرف المقصود والباطل¹.

حيث يعمد بعض الفقهاء إلى عدم ذكر الإحتواء صراحة ولكن يطلبون أن يوجد في التصرف الباطل كافة عناصر التصرف الجديد الموضوعية، أو وجود كافة العناصر ما عدا عنصر إرادة التصرف القانوني، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا للدولة في ألمانيا، وكذلك رأي الفقه سالي (salleiles) أن التصرف الباطل يجب أن يحتوي في ذاته عناصر التصرف الجديد².

إن من أهم عناصر التصرف الجديد التي يجب أن يوافقها التصرف الباطل هو عنصر الشكل، فالشكل الواجب للتصرف الجديد يجب أن يوجد في واقعة التصرف الباطل وإلا ظل التحول بسبب تخلف التوافق الموضوعي خارجاً عن الإعتبار، فالتصرف الجديد لا يكتسب الصحة إذا تخلف الشكل اللازم³.

لهذا فإن عنصر الشكل لا يعتبر إضافة إلى العناصر الموضوعية وإنما هو شرط لصحة التصرف الجديد في الأحوال التي يحتاج فيها التصرف الجديد إليه⁴، عكس ذلك فإن التصرف الباطل إذا كان شكلياً يمكن أن يتحول إلى تصرف موافق غير شكلي، إذ هنا لا

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

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

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 55، 56.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 135.

يحتاج التصرف الجديد إلى شكل خاص ويجوز كذلك تحول تصرف شكلي إلى تصرف شكلي آخر¹.

يرجح الأستاذ صاحب عبيد الفتلاوي الإتجاه الذي يذهب إلى أن توافر أركان التصرف الآخر، لا يعني بأي حال إحتواءها ضمن التصرف الباطل، ويبرر رأيه على أساس أن إعتقاد هذا الرأي سيؤدي إلى زيادة حالات التحول، وإعطاء القاضي دورا كبيرا في تحقيقها².

عكس ذلك فإن مدلول الإحتواء سيؤدي إلى تقييد عملية التحول وعدم الإستفادة منها إلا في نطاق ضيق، وحتى في هذا النطاق فإن ما سيتمخض عن عملية التحول لا يعدو أن يكون تجسيدا لإرادة المتعاقدين، ولدور القاضي الذي لا يتجاوز دور الحارس الأمين لمصالح المتعاقدين تجاه تحقيق قصدهما المشترك بغض النظر عن أي إعتبار آخر³.

يبدو أن المشرع الألماني قد إختار بحذر تعبير التوافق وليس الإحتواء ذلك لإعطاء مجال واسع وحرية أكبر في إكتشاف التصرف الآخر الصحيح لأن التوافق لا يعني اطلاقا أن يتشابه التصرف الجديد مع التصرف الباطل في كافة الوجوه بل يكفي أن يحتوي التصرف الأصلي على عناصر تكفي لقيام التصرف الصحيح دون حاجة إلى إدخال عنصر جديد عليها، وإلا فإن مضمون التصرف الجديد سيكون نفس مضمون التصرف الباطل أو أقل منه، الأمر الذي يجعل آلية التحول عديمة الفائدة، وما التوافق المطلوب هنا إلا أن يوافق التصرف الباطل العناصر القانونية المطلوبة لإعتبار التصرف الجديد صحيحا.

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

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 87.

(3) نفس المرجع، ص ص 87، 88.

الفرع الثاني:

الشروط الذاتية.

يستوجب المشرع الجزائري إضافة إلى إحترام الشروط الموضوعية الأخذ بالشروط الذاتية المتمثلة في شرط جوهرى ألا وهو النية اللازمة لإعمال آلية التحول، التي نصت عليها المادة 105 من القانون المدني: «... إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد...»، وقد اختلف الفقه في تحديد النية اللازمة لإعمال التحول، وكذا دور القاضي في إستخلاص هاته النية والتي نوضحها كالاتي:

أولا: النية اللازمة لتطبيق نظرية تحول التصرف القانوني.

من المعلوم أن التصرفات القانونية بصفة عامة والعقد بصفة خاصة هو توافق إرادتين على إحداث قانوني¹، وبما أن مبدأ سلطان الإرادة يعطي شأن الإرادة ويمنح لها السيطرة المطلقة على كيان التصرف القانوني، على هذا إعتمدت التقنيات الحديثة المعيار الذاتي لتحول التصرف القانوني الباطل إلى تصرف قانوني صحيح²، وهذا يعني أننا نكون بصدد إرادتين إرادة حقيقية عبر عنها المتعاقدان عند إبرام التصرف الأصلي الذي ثبت بطلانه وإرادة أخرى تطلب القانون البحث عنها والتوصل إليها من أجل صحة التصرف الجديد³.

(1) نصت المادة 59 من القانون المدني على الاتي: «يتم العقد بمجرد إن يبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية»، كما عرف القانون المدني الاردني العقد بـ: «ارتباط الايجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الاخر وتوافهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الاخر»، المادة 87 من القانون المدني رقم 43 .

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 65.

(3) قام القانون التونسي بتغيير كلي للإرادة في عملية التحول، ويعتبر إقصاء إرادة الأطراف من قبل المشرع التونسي في اطار الفصل 328 من مجلة الالتزامات والعقود من أهم مميزات نظرية تحول العقد في القانون المدني، ولعل المشرع أراد بذلك إحلال ارادته محل إرادة الأطراف وبالتالي سلطة اتخاذ قرار الانتقال من الشكل الأصلي إلى الشكل الجديد، حيث يعمد القاضي إلى تحويل عقد باطل إلى آخر جديد من دون الرجوع إلى إرادة الأطراف، ويعتبر الأستاذ نور الدين بالسورور أن المشرع التونسي أراد التخلص من الإرادة بحذفه للفقرة الخاصة بهاو إبقائه على مقتضيات الاخرى، فهو بالتالي إقصاء مقصود لعنصر الارادة، للعنصر الذاتي في عملية التحول بالتمشي الموضوعي، قصد تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لحماية العلاقة العقدية من الأندثار والمحافظة على استقرار المعاملات ككل، وهذا

وهي إرادة غير حقيقية لم يقصدها المتعاقدان ابتداءً ولا يجوز أن يكونا قد قصداها وقت إبرام التصرف الأصلي كإرادة إحتياطية يتم اللجوء إليها عند الحاجة، أي عند بطلان التصرف الأصلي والرغبة في التحول إلى تصرف جديد صحيح، وبما أن الأمر كذلك فالتساؤل يطرح عن طبيعة الإرادة اللازمة لذلك والتي يعتد بها كشرط لصحة التصرف الجديد الذي يستخرج من بين أنقاض تصرف ثبت بطلانه؟ وهل هي إرادة باطنة أم إرادة ظاهرة؟.

الحقيقية أن الفقه اختلف في تحديد ماهية هذه الإرادة، ووصفها وتكييفها الأمر الذي يتوجب على القاضي تفصيله لإعمال نظرية التصرف القانوني، ففريق منهم يرى أنها إرادة إحتتمالية تتولد بوقت متزامن مع ولادة الإرادة الحقيقية لكن الإرادة الحقيقية إتجهت إلى التصرف الباطل¹، في حين أن الإرادة الإحتتمالية تتجه إلى التصرف الصحيح الذي يتضمنه التصرف الباطل، ومنهم من يعتد بالإرادة الإضافية أو الإحتياطية العكسية²، ومنهم من يبني التحول على إرادة غير موجودة أو إنعدام الإرادة.

1- النية الاحتمالية.

ذهب فريق من الفقه إلى القول أن نظرية التحول تتطلب وجود إرادة إحتياطية، فأرادتا الطرفان الواقعية أو الحقيقية إتجهت إلى التصرف الأصلي في حين إنصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر³، لو كان طرفا التصرف وقت إجراء التصرف الأصلي قد علما ببطلانه فإنه من المتحمل أن يريد هذا التصرف الآخر وبالتالي يصح

= راجع إلى تأثر المشرع الصريح بالتشريعين الإسلامي والجرماني باعتمادهما لتصور موضوعي للعقد، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 89،90.

A.Couret, Ari precite,P 24, N. Besrou, These precitee,p 478 .

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 139.

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

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

التحول، أما إذا رفضا ذلك فإن التحول يقع باطلاً، وبذلك فالتحول يقوم على أساس إرادة محتملة تقوم على أنقاض إرادة ظاهرة¹.

فالقاضي يكشف عن هذه الإرادة المحتملة عن طريق إستخدام القرائن القضائية كأن يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره، أو من إستمرار تنفيذهما للتصرف الأصلي أن نيتهما المحتملة إنصرفت إلى التحول حتى لو نازع أحدهما في ذلك فيما بعد²، كون التحول ينطوي على تصور خيالي ومجاز قانوني بما تضمنه من إفتراض يجافي الحقيقة. وفي هذا الصدد يقول إهرنج: «إن النظم القانونية كائنات قانونية نتصورها ونبت فيها الحركة بفكرة الوجود والحياة الفردية»، وبذلك تكون التصورات القانونية المبنية على الخيال مما تقتضيه صناعة القانون³.

يدلل أصحاب هذا الرأي ذلك بأن الغاية الإقتصادية هي الأساس بالتعاقد وإنما أساء المتعاقدان إختيار الوسيلة القانونية المناسبة والصحيحة وبالتالي إذا كان بالإمكان تحقيق هذه الغاية اللجوء إلى وسيلة أخرى فليس هناك ما يمنع من إستخدامها. سار على هذا النهج بعض الفقه الألماني الذي يرى أن الإرادة يجب أن تتجه ولو إحتمالاً إلى التصرف الجديد، ورأى البعض أنه يتعين أن تتصرف إرادة المتعاقدين الإحتياطية إلى التصرف الصحيح منذ لحظة إبرام العقد الأصلي، وفي هذا الصدد تضمن قرار محكمة النقض المصرية الآتي: «تحول العقد الباطل إنما يكون في حالة بطلان التصرف مع إشماله على عقد آخر تكون نية الطرفين الإحتتمالية قد إنصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه...»⁴.

(1) سمير عبد السيد تناغو، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 1998، ص 96.

(2) محمد حبار، المرجع السابق، ص 376.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 68.

(4) ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي: «... وان كان القاضي لا يستطيع هنا إن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد، فإنه يكفي منه إن يرى احتمال هذا التراضي، فإن لم يقم العقد الجديد على أساس الإرادة

ووفقاً لأصحاب هذا الرأي وجب لإعمال التحول أن يتبين القاضي من خلال واقع الحال وجود احتمال الرضا لدى المتعاقدين لقبول التصرف الجديد، أي أنه إستخلص من التصرف الأصلي الذي ثبت بطلانه بإعتباره واقعة مادية، عناصر آخر صحيح إنصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين¹.

وعملية إفتراض الإرادة المحتملة للمتعاقدين يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه وذلك عندما يتبين له أن التصرف الآخر يحقق لهما الغاية نفسها التي أرادها من التصرف الأول²، لأن القاضي سوف يعتبر أن الأطراف إنما أخطأت فقط في إختيار الوسيلة القانونية المناسبة للغاية التي كانا ينشدها من خلال تصرفها الباطل³.

نجد الأستاذ سالي بيدر ذلك بقوله: «فهنالك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها، وقد إختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه، فإن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح،

=الحقيقية لطرفيه فانه يقوم على أساس اردتهما الاحتمالية، أي تلم التي يرى القاضي إن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل إن تكون»، وقد سار على هذه الخطى القضاء الكويتي وجانب من القضاء المصري، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 80، قرار محكمة النقض المصرية رقم 192، جلسة 1970/11/26، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 90.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 3، المرجع السابق، ص 502.

(2) إن الشريعة الإسلامية ضيق نطاق سلطان الإرادة في مجال ترتيب اثار العقود إلى أقصى الحدود، وهذا يعني إن إرادة المتعاقدين ليست هي الأساس في تحول العقد الاول، إن ما الأساس يكمن في أحكام المعاملات وشروطها الخاصة بها. فإذا كانت اثار التحول المترتبة على عقد من العقود تتفق مع غاية الشريعة وأحكامها يصار اليه، إما إذا كانت اثار التحول لا تتفق مع ما يطلبه الشارع فلا يصار اليها حتى ولو اتجهت اليها نية المتعاقدين، فلا عبرة بهذه النية والعمدة في تحول العقد كذلك إن تكون إرادة المتعاقدين الحقيقة لا الصورية، إنعام عرفات حمدان، المرجع السابق، ص 67، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 65.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 66، عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 69.

لو أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذي إختاره، ما دام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصدها، فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالإرادة القانونية¹.

كما اشترط أنصار الإرادة الباطنة لتحول التصرف القانوني أن تتصرف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح، ومعنى ذلك أن المتعاقدين إذا كانا لم يريدوا التصرف الآخر، إلا أنهما كان يريدانه لو علما أن التصرف الأول باطل، فإن إرادتهما الواقعية إنصرفت إلى التصرف الأول، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر، وعلى القاضي أن يتقن من أن المتعاقدين كانا سيقبلان التصرف الجديد بالرغم من بطلان التصرف الأصلي².

لكن هناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط في التحول أن تتصرف إرادة المتعاقدين إحتياطيا إلى التصرف الصحيح الذي تحول إلى التصرف الباطل، فلا تكفي الإرادة المحتملة، بل يجب أن يتوقع المتعاقدان إحتمال بطلان التصرف الأصلي فتتصرف إرادتهما إحتياطيا إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الإحتمال، والإرادة الإحتياطية هي إرادة حقيقية، ويكون المتعاقدان قد أرادوا تصرفا باطلا في الأصل، وأرادوا تصرفا صحيحا على سبيل الإحتياط، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة³.

قد وجه لأنصار الإرادة الإحتتمالية عدة إنقادات وصلت إلى حد وصف فكرة الإرادة الإحتتمالية بأنها فكرة جوفاء، لأن القول بالإرادة الإحتتمالية يعني علم المتعاقدين ببطلان العقد أو التصرف القانوني لحظة إبرامه⁴، في حين أنه من المفترض أن لا علم لهم ببطلان العقد وأنهم لم يفكروا ولو على سبيل الإحتمال بأي تصرف إحتياطي إذا أبطل العقد الذي أبرمه،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الاول، نظرية الالتزام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 503، 502.

(2) أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، بمذاهب الفقه أحكام القضاء الحديثة، ج1، طبعة 4، جمهورية مصر العربية، دار العدالة القاهرة، 2010، ص 90، 91 .

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 503.

(4) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 91.

وقد عزا البعض هذا الفهم الخاطيء للإرادة إلى الخطأ في ترجمة المادة 140 من القانون المدني الألماني¹.

يبدو أن فكرة الإرادة الإحتمالية فكرة يستبعد إحتمال قبولها لأن القول بها يعني وجود إرادتين عند إبرام التصرف تبقى أحدهما مخفية ولا تظهر إلا إذا ثبت بطلان التصرف الأصلي، بالإضافة إلى أن ذلك يشي بتوافر العلم بالبطلان لدى المتعاقدين لحظة إبرام التصرف الباطل، وهو ما لا يمكن قبوله.

لعل ما دفع أصحاب فكرة الإرادة الإحتمالية التمسك بها هو خشيتهم من دورا أكبر للقاضي في إستكشاف وتقرير وجود هذه الإرادة، وتمسكا منهم بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح السيطرة الكاملة على العقد لإرادة الأطراف تحقيقا لمصالحهم الفردية ويقوم على إعتبار الإرادة وحدها مجردة من كل شكلية قادرة على إنشاء التصرف القانوني، وتحديد آثاره حتى ولو كان التصرف المخالف لأحكام العقود التي نظمها القانون².

2- النية الافتراضية.

على الجانب الآخر فإن البعض من الفقه يرى أن الإرادة المطلوبة لتحول التصرف القانوني إنما هي إرادة إفتراضية تقوم على التصور لا الحقيقة ولا إحتمال إرادة لم تظهر للوجود يبحث عنها القاضي ويتبين وجودها لحظة إبرام التصرف³، والإرادة المقصودة هنا لإعمال التحول ليست الإرادة الحقيقية التي إتجهت إلى التصرف الباطل ولا يمكن أن تكون لأن الأمر عندها لا يعدو كونه تفسيراً للإرادة الحقيقية وليس تحولا للتصرف علاوة على أن التفسير لا يقع إلا على العقد الصحيح⁴.

(1) حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 355.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص 92،93.

(3) حسام الدين كامل الاهوائي، المرجع السابق، ص 279.

(4) عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 70.

هذا ما أكدته المحكمة الألمانية العليا في حكم لها، حيث جاء فيه أن الأمر بالتحول لا يدور حول تفسير إرادة الطرفين الموجودة والحقيقية وإنما البحث عن إرادة إفتراضية، وهو ما سار عليه جانب من القضاء المصري، فجاء بأحد قرارات محكمة النقض المصرية الآتي: «... وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان، وكانت تعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب في ذلك حتى ما أقام رأيه على أسباب مسوغة...»¹.

في حين يذهب أنصار الإرادة الظاهرة إلى القول بإمكان تحول التصرف دون حاجة إلى أن يتبين أن نية الطرفين قد إنصرفت إلى هذا التحول، وأكثر أنصار هذه النظرية يقررون التحول، فالتحول إذن هو الأصل دون حاجة إلى أن يثبت أن نية الطرفين قد إنصرفت إلى تحقيقه، وإما يستبعد التحول إذا تبين أن نيتهما قد إنصرفت عنه².

بمعنى يجب التيقن من إنتفاء أي إرادة معاكسة تستبعد التصرف الآخر التي نادى بها أنصار نظرية الإرادة الظاهرة الذين يروا أن التحول لا يتطلب لا إرادة إحتياطية ولا إرادة محتملة بل يكفي إنعدام الإرادة العكسية فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى استبعاد هذا التحول³، معناه أنه ليس من المطلوب توافر إرادة إحتتمالية، بمعنى أن يكون الطرفا قد أرادا التصرف الأصلي الباطل أساسا، وتوقعا إحتتمالا

(1) وقد تجلى بوضوح في مذكرة للأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مفهوم الإرادة الافتراضية، حيث أكدت المذكرة على أن يشترط للتحول إن يقوم الدليل على إن نية المتعاقدين إن صرفت إلى العقد الجديد لو يعلمان ببطلان العقد الاصل، ويستنتج من ذلك إن سلطة القاضي في اعادة إن شاء التعاقد عن المتعاقدين ليست مطلقة، وإنما مقيدة بالشروط اللازمة للتحول، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 152.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 66.

(3) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 90، 91، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 503.

بطلانه فأرادا التصرف الآخر الصحيح على سبيل الإحتياط لأن مثل هذه الإرادة ستكون إرادة حقيقية¹.

والملاحظ أن الأطراف أحيانا ترفض القرارات الصادرة عن القاضي مما قد يؤدي إلى تعطيل وعرقلة عملية تحول التصرف الباطل إلى عقد صحيح رغم توافر شروطه وبالتالي تعطيل العملية التعاقدية ككل، عن طريق تسمك الأطراف أن إرادتهما لم تتجه إلى التصرف الجديد لأنه قد يتبادر إلى الذهن إمكانية تعسف القاضي وتجاوز السلطات المخولة له لتحويل التصرف الباطل²، وإحتراما للحرية التعاقدية لا يبقى أمام القاضي سوى الحكم ببطلان التصرف القانوني لأن الغاية من التحول ليست التصرف الباطل بقدر ما هي محاولة لإيجاد حل يدعم رغبة المشرع في المحافظة على الإستقرار التعاقدية³.

وقد علق الأستاذ Xavier Perrin على هذا بالقول أنه من غير المعقول أن نفرض على الأطراف إحترام تصرف لم يكن له وجود، وهذا الرفض يجب أن يظهر في حق قيام الأطراف بدعوى الإبطال⁴. كما تتنوع وسائل الطعن المثارة من قبل الأطراف⁵، ذلك أنهم يمكن أن يثيروا مطاعن تتعلق بالإرادة الغائبة التي إعتدها القاضي في تحويله للتصرف الجديد على أساس أن هذه الغاية ليست هي الغاية الإقتصادية التي أرادها الأطراف بإعتبار تعارضها مع الغاية الأصلية التي قصدتها الأطراف في تصرفهما الأصلي⁶.

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص ص 66،76.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 353.

(3) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 31، رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 92،93، حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 272.

(4) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 31.

(5) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 92، 93، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 150.

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

غير أنه لا يجب أن يفسح المجال أمام الأطراف بأن يتمسكوا بكون إرادتهما لم تتجه نحو التصرف الجديد باعتبار أن التحول في مفهومه لا يأخذ بالإرادة الأصلية للأطراف والتي أنتجت التصرف الباطل بقدر ما هو بحث عن الغاية الإقتصادية للتصرف¹.

يبدو أن مفهوم الإرادة الإفتراضية أقرب إلى الدقة، ويتمشى مع الغرض الذي قصدت إليه المادة 140 من القانون المدني الألماني، ومن سار على نمطها من تشريعات مقارنة بما فيها المشرع الجزائري، حيث أن الإرادة المقصودة هنا هي إرادة غير حقيقية يتصور القاضي وجودها عند إبرام التصرف الأصلي، ويقوم بإستكشافها مسترشدا بالظروف التي صاحبت التعاقد والغرض منه والإستعانة بأية وسائل تمكنه من إستخلاص هذه النية.

إلا أن الصحيح من كل هذا أن هناك إرادتين، إرادة حقيقية وهي التي إنصرفت إلى التصرف الباطل، وإرادة إفتراضية أو الغاية التي يقصدها الطرفان أو الغرض الإقتصادي، وهي الغاية التي من أجلها وجدت نظرية التحول، كما إن مسألة إفتراض الإرادة تثير جدا فقها يتعلق بالأساس القانوني لنظرية التحول².

فقد رأى فيها بعض الفقه أثرا عرضيا للتصرف الباطل بوصفه واقعة مادية لأن الإرادة الحقيقية لن تتصرف إليه عند إبرام التصرف الباطل، وعلى ذلك درج شراح القانون المدني على دراسة نظرية التصرف القانوني أو نظرية تحول العقد كما فعل المشرع الجزائري ضمن مبحث الآثار العرضية للعقد الباطل، وذهب آخرون إلى إعتبرها قيذا على الأثر المستند للبطالان شأنها شأن تجزئة البطلان³.

¹(X. Perrin, These precitee, n° 103, p 159.)

⁽²⁾ حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 272.

⁽³⁾ وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، جامعة دمشق، الجمهورية العربية السورية، المطبعة الجديدة، 1987، ص 58، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 67.

يظهر من خلال هذا الشرط أن المتعاقدين كانا يريدان هذا التصرف الآخر لو أن هما علما بأن التصرف الأصلي الباطل ليس لأنهما أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية، فأرادتهما الواقعية تتجه إلى التصرف الأصلي إلا إن إرادتهما الافتراضية تتصرف إلى الارتباط بالتصرف الجديد لو أنهما تبينا ما بالتصرف الأصلي من أسباب بطلان¹.

ففكرة الإرادة الإحتمالية يستبعد احتمال قبولها، لأن القول بها يعني وجود إرادتين عند إبرام العقد تبقى أحدهما مخفية ولا تظهر إلا إذا ثبت بطلان التصرف الأصلي، وعليه فإن مفهوم الإرادة الافتراضية أقرب إلى الدقة²، لذا نجد عملية التحول تجري بإستخلاص الإرادة الحقيقية الضمنية إبتداء والمفروضة إنتهاء أي يستخلصها القاضي من غاية المتعاقدين العملية التي يريدان الوصول إليها³، ومن الظروف المقارنة الواقعية للتصرف إذا العبرة بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية التي تبين بطلانها، والغرض من ذلك وضع معيار للقاضي لتحقيق العدالة فعليه أن يقوم بإستخلاص ما كانت تتصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام التصرف القانوني.

ثانياً: مناقشة دور القاضي في تقرير عملية تحول التصرف القانوني.

إن مسألة مدى سلطة القاضي في تصحيح التصرف القانوني الباطل تختلف بحسب النظام القانوني المتبع، فإذا كان المشرع قد تبنى صراحة نظرية تحول التصرف القانوني الباطل، فإن للقاضي سلطة واسعة في تقرير التحول حتى ولو إعترض أحد الأطراف على ذلك، في حين أن الأمر سيكون مختلفاً في النظام القانوني الذي لا يتبنى تلك النظرية صراحة ويكتفي بمجرد تطبيقات عامة لها⁴.

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، ج1، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 651.

(2) سالار محمد رشيد، المرجع السابق، ص 11.

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

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 25، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، ج1، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص ص 652، 653.

لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل القاضي ملزم بتحويل التصرف القانوني، أم أنها مجرد امكانية؟ ثم هل يختلف الأمر فيما لو كان الطرفان متفقين على تحويل التصرف القانوني، أم مختلفين بحيث تمسك الأول بالبطلان، وطلب الآخر تحويل التصرف القانوني، بمعنى آخر ماهي السلطة التي يملكها القاضي في مواجهة هكذا أمر؟.

1- مدى سلطة القاضي في تحويل التصرف الباطل في الأنظمة التي تتبنى نظرية تحول التصرف القانوني.

لتوضيح هاته المسألة نأخذ كنموذج العقد بإعتباره أهم التصرفات القانونية والذي إعتده المشرع في المادة 105 من القانون المدني، أن من مقتضيات مبدأ القوة الملزمة للعقد في مواجهة القاضي أنه يجب عليه تطبيق العقد بالشكل الذي إرتضاه طرفاه، فالقواعد التي يتضمنها العقد تشكل بالنسبة للقاضي مرجعا في حال إختلاف الأطراف¹، لكن على الرغم من أن التصرف القانوني (العقد) هو قانون المتعاقدين إلا أنه قد يكشف عن إشكاليات في التطبيق، فتنفيذه قد يستدعي تدخل القاضي لتحديد محتوى العقد، إما بسبب نقصان أحد عناصره أو لغموض محتواه².

في الحالة الثانية تقتصر مهمة القاضي على تفسير المحتوى، أما في الحالة الأولى فقد يؤدي نقصان عنصر أساسي في العقد إلى بطلانه، بحيث يمكن للقاضي تحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح، لكن ماذا لو تمسك أحد الأطراف المتعاقدة بالبطلان، فهل سيفقد القاضي سلطته في تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح؟.

في الأنظمة التي تبنت صراحة نظرية تحول التصرف القانوني (العقد) ومن بينها المشرع الجزائري يكون للقاضي سلطة أوسع من تكييف العقد أو إعادة توصيفه وتسميته تسمية مختلفة عن التي تبناها المتعاقدان³، فدور القاضي في هذه الأنظمة لا يقف عند حد

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

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 467، أمال سليم، المرجع السابق، ص 37.

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

البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة لتفسير العقد¹، إنما يتعدى ذلك إلى البحث عن النية الإحتمالية للأطراف المتعاقدة وهو جوهر عمل القاضي في نظرية تحول التصرف القانوني².

على سبيل المثال لو إشتراط العامل في عقد العمل عدم خضوعه لإشراف رب العمل، وعدم تبعيته الإدارية له، فإن العقد يصبح بهذا الشرط باطلاً لفقدانه عنصراً جوهرياً من عناصر عقد العمل، لكن من الممكن للقاضي أن يتحول به لعقد مقاولة، إذا توافرت في العقد الباطل نفسه عناصر عقد المقاوله والعكس صحيح³.

كذلك إشتراط إنعدام الأجر في عقد العمل، فإن هذا الشرط لا يسمح بإمكانية إنقاص العقد بل يبطل العقد لإنعدام ركن الأجر، غير أنه يمكن للقاضي أن يتحول به إلى عقد تبرع، إذا تبين للقاضي أن إرادة الأطراف المتعاقدة قصدت العمل المجاني، أو كما يرى البعض يمكن أن يتحول به إلى عقد مسمى من عقود التفضل⁴.

(1) أمال سليم، المرجع السابق، ص 44.

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 74.

(3) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، ج 1، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 653.

(4) ذهبت المحكمة العليا في لبنان في الغرفة التاسعة مدني من خلال قرارها رقم 17 بتاريخ 2007/2/8، بتأييد قرار محكمة الاستئناف التي أبطلت التصرف كبيع وصحته كعقد من عقود ضمان الدين، حيث اعتبرت الغرفة التاسعة إن سلوك محكمة الاستئناف لا يمكن اعتباره تشويهاً لمضمون المستندات المبرزة، لأن العبرة في العقود هي المقاصد والمعاني وليس الالفاظ والمباني، معتبرة إن ه يعود لمحكمة الموضوع الوقوف على طبيعة العمل القانوني موضوع النزاع دون التقيد بالوصف المعطى من الفرقاء، وفي واقع القضية اعتبرت محكمة الاستئناف عقد البيع المطلوب ابطاله لضالة الثمن يفتقر إلى أحد عناصره، وهو بسبب ذلك باطل، الا إن ها ردت طلب الابطال كون العقد المطعون بصحته ينتج مفاعليه وفقاً لتوصيف آخر صحيح هو الهبة، وقد اعتمدت المحكمة هذا التوصيف تطبيقاً لنص المادة 370 قانون مدني، وحيث إن مسألة التحري عن قصد التبرع للامقابل يعود تقديره للسلطة المحكمة وقد استثبتت من ضالة الثمن وصلة القرابة إن العقد هو في الواقع هبة، وفي نفس العام وبفس المعنى لكن بوضوح أشد إعتبرت الغرفة المدنية الرابعة بقرارها رقم 11 بتاريخ 2007/2/22، إن المحكمة ملزمة بإعطاء الوصف الصحيح للعقد، ولوخالف هذا الوصف إدلاء الفرقاء، مشيرة إلى أنه لا يمكن إعتبار إدلاء الفرقاء بأن العقد هو عقد بيع يشكل عقداً قضائياً ملزماً للمحكمة وذلك في ضوء صراحة المادة 370 من القانون المدني اللبناني التي تلزم المحكمة باعادة الوصف الصحيح للعناصر القانونية والواقعية التي إستثبتتها

إن من شأن تبني المشرع لنظرية تحول التصرف القانوني أن يطلق سلطة القاضي في التحري عن نية المتعاقدين من خلال معطيات الدعوى من أجل الوقوف على المراد حقيقة من التصرف بغض النظر عن تسمية الأطراف¹.

لكن تبقى تحقيق الغاية الإقتصادية أو الهدف الإقتصادي للمتعاقدين من وراء إبرام العقد، نراه يشكل حافزا قويا ومحركا للقاضي للسعي صوب سياسية إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان قدر المستطاع، وعليه يكفي لكي يقضي القاضي بالتحول أن يكشف عن وجود نية محتملة، وأن الطرفين كانا بيرمان العقد الجديد لو أنهما علما بأمر بطلان العقد الأصلي. إلا أن سالي يعترض على هذا الدور الإنشائي للقاضي²، إذ يرى أن القاضي بذلك يخلق التصرف القانوني، شأنه شأن المشرع في خلق القاعدة القانونية، والمفروض أن القاضي المدني ذو دور سلبي محايد، بخلاف القاضي الجنائي، فالقاضي في نظر سالي يساهم في تكوين العقد بإضافة إرادته إلى إرادة المتعاقدين، بل أنه حل إرادتهما فيكون لهما تصرفا جديدا لفشلهما في إنشاء التصرف الأول.

هذا التحليل لسالي محل إنتقاد، إذ أن الدور الذي يقوم به القاضي أولا هو تفسير العقد، ومن ثم الكشف عن النية المشتركة المحتملة للطرفين، بالوقوف على الغرض الإقتصادي دون الغرض القانوني، فالغرض القانوني مجرد شكل لتحقيق الغرض الإقتصادي، فلا يهم المتعاقد أن يصل إلى غرضه بعقد بيع أو إيجار، المهم أن يتحقق الهدف الإقتصادي أيا كانت الطبيعة القانونية، فإذا كانت الوسيلة الأولى باطلة فلا مانع من تواجدها وسيلة قانونية أخرى المهم هو تحقيق الغرض الذي يرمي إليه³.

¹ في ضوء معطيات الدعوى، قرار كساندر 2007، الجزء الثاني، ص 262، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، هامش رقم 29، ص 84 .

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 15.

(2) آمال سليم، المرجع السابق، ص 45.

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 467.

وعليه فدور القاضي ليس الإنشاء بل الكشف والتفسير ثم القيام بالتحول مستعينا بالهدف الإقتصادي ومدى توافر العناصر القانونية للوسيلة الجديدة في الوسيلة القديمة الباطلة، وأبلغ دليل على توافر النية المحتملة أن يتضمن العقد الباطل عناصر العقد الصحيح الذي يحقق نفس الغرض الإقتصادي¹.

فالقاضي لا يفعل شئيا أكثر من التأكد من توافر عناصر العقد الصحيح في العقد الباطل، وأنه ليس هناك بالعقد القديم أي شرط يكشف عن عدم الأخذ بنظرية تحول التصرف القانوني، عندئذ يفرض القاضي التصرف الجديد على الطرفين تحقيقا لإرادتهما المشتركة الإحتمالية، فالقاضي بذلك لا ينشئ عقدا جديدا²، بل يكشف عن عقد قائم متخفي في ثوب العقد القديم، فهو لا يبعث الحياة في العقد وإنما يكشف عن هذه الحياة، ومنه تعتبر شروط التحول قيودا على القاضي قصد منها الحد من إطلاق سلطته التقديرية³.

يبدو أنه حتى لو تمسك أحد الأطراف بالبطلان فإن هذا التمسك لا ينبغي أن يحرم القاضي من سلطته في تحويل العقد إذا توافرت الشروط القانونية وبذلك يسهم في عملية صنع العقد من خلال دوره التشريعي المنسجم مع سياسة إنقاذ التصرفات القانونية بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، أو في الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والتي يكون فيها التحول بقوة القانون.

بمعنى أن القاضي غير ملزم بالتأكد من تحقق الشروط القانونية المنصوص عليها بل يقوم بتحويل العقد مباشرة، وهذا ما سنوضحه أكثر في الباب الثاني من هاته الأطروحة، إذ لا يمكن تفضيل إرادة الأطراف على حساب المشرع، فالتحول الذي نص عليه المشرع

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 85.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 501.

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

لا يمكن إستبعاده حتى وإن تبين تجاه إرادة الأطراف الصريحة إلى شكل قانوني معين دون الآخر، فالمبدأ هو تفوق إرادة المشرع أي إرادة القانون على حساب إرادة الأطراف¹.
كون المشرع أراد إقصاء لإرادة لأطراف في إطار تحول العقد في المادة المدنية تفادي للإشكاليات وترك المجال واسعا لإنقاذ العقود من البطلان بتحويلها إلى عقود صحيحة، ذلك أن وجود إرادة حقيقية من شأنها أن تعقد عمل القاضي لإنقاذ عقد من العقود قد يكتسي صبغة إقتصادية هامة تتعدى المصلحة الخاصة لفائدة المصلحة العامة.

فمن مزايا إقصاء أي دور للإدارة في عملية التحول هو إتاحة فرصة أكبر للعقد الباطل ليتعايش في إطار عقد جديد يحقق المنفعة منه ويساهم في المحافظة على إستقرار العلاقات العقدية، وإقصاء إرادة الأطراف من شأنه أيضا أن يساهم في تفادي تعطيل عمل القاضي عند الحكم بالتحول.

كون هدف نظرية التحول هو التقليل من حالات البطلان، ويدعم ذلك أن المشرع إنما إنشأ ما يعرف اليوم بالعقود المسماة لترتيب آثار كل عقد بناء على المسمى الذي أعطاه إياه العقد، فسمى عقد البيع بهذا الإسم لأن أثره الأصلي هو نقل الملكية بعوض في حين سمي العقد الذي ينقل الملكية بلا عوض بالهبة فإن تمسك أحد أطراف عقد البيع ببطلانه لإنعدام ركن الثمن، فإن ذلك لا يسلب القاضي حقه في إعادة توصيف العقد على أنه هبة ومن ثم تحويله على هذا الأساس.

2- مدى سلطة القاضي في الأنظمة التي تكتفي بتطبيقات عملية لنظرية تحول التصرف القانوني.

إن سلطة القاضي في الأنظمة التي لا تتبنى نظرية تحول التصرف القانوني الباطل كنظرية أو نظرية تحول العقد في نظامها القانوني لا يمكنه تحويل التصرف القانوني الباطل

(1) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 245.

إلى تصرف صحيح إلا في الحالات التي نص عليها القانون¹، وفيما سواها فإنه ليس أمام القاضي إلا الحكم ببطلان العقد الباطل، ومن هنا تتبدى الفائدة القانونية من تبني نظرية تحول التصرف الباطل كأصل عام²، وليس كمجرد تطبيقات خاصة فالفرق بين النظامين هو نفس الفرق بين الأصل والإستثناء.

ويعد الفارق بين الأمرين يتمثل في أن البطلان في الحالة الأولى يبقى قائماً والآثار العرضية التي رتبها المشرع إنما جاءت بنص خاص، وتعتبر إستثناء من الأصل فلا يجوز القياس عليها³، وتبدو سلطة القاضي في ممارستها ضيقة في حين أنه في الحالة الثانية يعتبر التحول أصلاً قائماً بذاته وليس إستثناء وسلطة القاضي في ممارستها واسعة ولا يعود هنالك حديث عن البطلان بعد تقرير التحول، بمعنى أن الإختلاف بين الحالتين هو نفس الإختلاف بين الأصل والإستثناء بما يترتب عليه من إختلاف في صلاحيات القاضي.

(1) يبدو غريباً أن معظم القوانين العربية التي تبنت صراحة نظرية تحول التصرف الباطل من القانون الألماني، في حين أن القانون المدني الفرنسي هو مصدر تلك القوانين العربية جاء خلواً من أية إشارة صريحة لتلك النظرية، وليس معنى ذلك إن القانون المدني الفرنسي يجهل تماماً نظرية تحول التصرف القانوني الباطل لأنه سرد بين ثناياه بعض التطبيقات الخاصة لها، دون أن يتبناها كنظرية ضمن نظامه القانوني، وكذلك الأمر بالنسبة للفقهاء الإسلامي وقد سبق الإشارة إلى ذلك في الفصل الأول من هذا الباب، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 64.

(2) أما المملكة العربية السعودية لم تتبن النظرية بشكل صريح ومباشر مكتفية بتطبيق القواعد العامة عن طرق الاعتراف بصحة بعض التصرفات القانونية التي لم تستوف أركانها لكن باعتبارها أصبحت تحمل وصفاً آخر غير الذي تبنته الأطراف المتعاقدة، كتحول السفتجة الباطلة لتخلف أحد أركانها إلى سند لامر بحيث أن هذا التطبيق العملي لنظرية التحول وهو ما يؤدي إلى اطلاق سلطة القاضي في التحول، وكذلك القانون الإماراتي، كما لم ينص المشرع الأردني صراحة على نظرية تحول العقد، ويرجع هذا كونه متأثراً بالفقهاء الغربي فيما يتعلق بمراتب العقد، على الرغم من الفقه الإسلامي هو المصدر التاريخي الغالب، مما يلاحظ إن الفقه الإسلامي أورد بعض التطبيقات لهذه النظرية، كما إن ه قبل بفكرة ترتيب بعض الآثار الإيجابية على العقد الباطل استثناءً مثل ترتيب بعض آثار الزواج غير الصحيح إذا تم الدخول مثل استحقاق المهر، وثبوت نسب الأولاد وحرمة المصاهرة، ووجوب العدة ونفقتها، وعليه فإن المشرع الأردني خالف نهج الفقه الإسلامي، رغم نصه على نظرية إن تقاص العقد، فيظهر حرصه على محاولة إبقاء التصرفات والعقود حية ولو جزء منها إذا كانت خالية من الشوائب وفقاً لقاعدة أعمال الكلام أولى من إهماله، محمد أبو العثم النسور، نظرية تحول التصرفات وتطبيقاتها على بعض المعاملات التجارية في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم القانون والشريعة، المجلد 64، عدد 2، 2019، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 312، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 79.

(3) محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 314.

من هنا نرى أن القاضي قد إستخلص من العقد الباطل، بإعتباره واقعة مادية عناصر عقد صحيح إنصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين، فأقام هذا العقد الصحيح مقام العقد الباطل، وجعل ذلك أثرا عرضيا.

وفي هذا الصدد يقول سالي فهناك: «فهنالك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها، قد إختارا 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 أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذي إختاراه، ما دام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصداها، فالعبرة إذن بالغاية العملية، لا بالإرادة القانونية»¹.

غير أنه في حالة أخذنا بالعقد القابل للإبطال كمجال لإعمال نظرية تحول العقد في إقتترانه مع شرط ضرورة إشتمال العقد القابل للإبطال على عناصر العقد الجديد، سنصطدم أن الأسباب الموجبة لإبطال العقد غالبا ما تتعلق أساسا بشروط العقد، كعيوب الإرادة التي تُعدم الرضى².

هذا الأخير يعتبر ركنا أساسيا في مسار إنشاء العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإن العقد إذ إنتفى فيه عنصر التراضي أو كان مشوبا بعيب من عيوب الرضى، فإن العقد الجديد هو الآخر ينشأ في صيغة معيبة، حتى لو إستبدل القاضي تكييف العقد، إذ فالرضى في مجال التعاقد يعتبر من الأركان العامة التي لا يمكن بأي شكل من الأشكال قيام العقد بدونه، فتعيبه يعطي الحق لمن عيبت إرادته في رفع الدعوى لأجل إبطال العقد، لا أن يتم تحويل العقد³.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 503.

(2) جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 231.

(3) موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض،

فالعقد الذي يراد تحويله، لا يتصور منطقياً رفع دعوى قصد إبطاله، فإذا كنا نفهم أن تحول العقد الباطل نتاج لعدم توافر الأركان اللازمة لقيامه، غير أنه يحتوي على عناصر بروز العقد الجديد، فإن العقد القابل للإبطال لا يكون ناقصاً من حيث الأركان، بل قد تكون أحد أركانه مشوبة، وليست منعدمة حتى نقول أن العقد القابل للإبطال في أصله يمكن الإستعاضة عنه لصالح عقد آخر عن طريق التحول¹.

ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية بقولها: «تحول العقد الباطل إنما يكون في حالة بطلان التصرف مع إشماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الإحتمالية قد إنصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد إنتهت إلى بطلان الإتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد عن هيئة الإذاعة فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس»².

مما تقدم يمكن القول أنه متى توافرت هذه الشروط الثلاثة وقع التحول منذ البداية، وإنقلب العقد الأصلي الباطل إلى عقد آخر ينتج آثاره في الحال، ومهمة القاضي التثبت من توافر شروط التحول، كما يجوز للقاضي أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم، وهذا ما يتجلى أكثر من خلال الأحكام القضائية المصرية من خلال التسببات الواردة في مناطق قراراتهم.

كما يمكن أن نستخلص أن الشروط التي نصت عليها المشرع في المادة 105 من القانون المدني ما هي في الحقيقة إلقاء قيود تحد من إطلاق السلطة التقديرية للقاضي وبالتالي فهي سلطة ليست تحكمية تجعله يقترب ما أمكن من إرادة الطرفين، فإذا كان يتولى عن المتعاقدين إنشاء التعاقد إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات، وعليه فإن القاضي عند القيام بتحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما هو لا ينشئ ذلك العقد الصحيح بل يكشف

=الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 464، 465.

(1) محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 312.

(2) نقض جلسة 1970/1/29، المكتب الفني 21، رقم 34، ص 213.

عن وجوده من خلال الكشف عن النية الإقتراضية للمتعاقدين، وهو أمر يجوز له إجراؤه من تلقاء نفسه بل هو من واجباته القانونية، كما يمكنه عدم الإعتداد بالإرادة العكسية للأطراف في حالة التحول بقوة القانون.

لذا كرس المشرع الجزائري آلية التحول في القانون المدني لتساعد على تلافي الآثار السلبية لبطلان العقود بإنقاذها وإكسابها شكل جديد، وتمثل المادة 105 ق م الأساس القانوني الذي تبنى داخله المشرع تحول العقد حيث تقوم عملية التحول على إستبدال عقد باطل بآخر جديد صحيح تؤخذ عناصره من ذلك العقد الباطل.

ويعد القانون الألماني المرجع الأساسي والذي منه نقل القانون الجزائري نظرية التحول، إلا أن المشرع تميز بصياغة جديدة لنص المادة 105 ق م التي تعد بمثابة النص العام المكرس لهذه النظرية، حيث أخذ بالعقد بإعتباره أهم التصرفات القانونية لم يأخذ بجميع التصرفات العقدية أو غير العقدية قذوة بالمشرع الألماني.

وألزم أن التحول يقوم على إجتماع جملة من الشروط الموضوعية والذاتية، إذا كان العقد باطل أو قابل للإبطال وإشتمل على عناصر عقد آخر، فإن هذا العقد الآخر يؤخذ به، أي أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتحول إلى ذلك التصرف الصحيح، وذلك إذا أمكن إفتراض أن المتعاقدين كانا سيبرمان ذلك العقد الصحيح لو أنهما كان يعلمان ببطلان عقدهما الأصلي.

المبحث الثاني:

تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن غيرها من المفاهيم.

إن نظرية تحول التصرف القانوني من الدقة ما ينبغي تمييزها عن غيرها من المفاهيم القانونية، بقصد تشكيل رؤية متكاملة حولها، بالقدر الذي يسعنا في تأسيس فهم وإفهام نظرية التحول، لذا كان لا بد من تمييز النظرية عن ما يشبهها، كنظرية إنقاص العقد المهدد بالبطلان حتى تستقر له الصحة والفعالية، نظرية تفسير العقد، ثم تكييفه، وكلها مهام قانونية تقع على عاتق القاضي، وهذا ما يحملنا إلى محاولة رسم خط فاصل للتمييز بينه وبين كل

منها للتعرف على جوهر حقيقته فيكون التمييز في البداية بين نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية إنقاص العقد (مطلب أول)، لنعرج بعد ذلك لتمييز بين نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية تكييف العقد (مطلب ثان)، لنصل إلى تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية تكييف تفسير العقد (مطلب ثالث).

المطلب الأول:

تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية إنقاص العقد.

إن نظرية إنقاص العقد الألمانية المنشأ¹، أخذت بها العديد من التشريعات المقارنة كما هو شأن التشريع الجزائري، حيث نص عليها في المادة 104 من القانون المدني التي جاء فيها: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله».

تعددت التعاريف الفقهية لنظرية إنقاص العقد فعرفها الأستاذ Philippe Simler إنقاص العقد بأنه: «جزاء يتسلط على العقد المعيب في أحد أجزائه الثانوية أو في الجزء

(1) نص عليها المشرع الألماني في المادة 139 من القانون المدني الألماني التي جاء فيها:

Art 139: «invalidité partielle si une partie d'une transaction légale est nulle alors la totalité de la transaction légale est nulle à moins qu'il ne soit supposé qu'elle aurait été entreprise même sans la partie nulle»، وأخذت القوانين المدنية العربية بانتقاص العقد، فقد نصت المادة 143 من القانون المصري: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد»، كما أخذ بها المشرع المغربي في المادة 308 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيها: «بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعة إلا إذا أمكن لهذا الالتزام إن يبقى قائماً باعتباره عقد متميزاً عن العقد الأصلي»، وود الحكم ذاته في المادة وكذا المشرع الليبي في المادة 144 من القانون المدني الليبي، والمادة 145 من القانون المدني السوري، والمادة 140 من القانون المدني العراقي، والمادة 130 من القانون المدني السوداني، والمادة 140 من القانون المدني الكويتي، والمادة 169 من القانون الأردني، والمادة 172 من القانون العراقي، والمادة 122 من القانون البحريني، والمادة 126 من القانون العماني، والمادة 141 من القانون الفلسطيني، والمادة 327 من القانون التونسي، محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 3، عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 437.

الأساسي من حيث كنهه ويتجسد ذلك في حذف الجزء الثانوي العليل وإرجاع الجزء الزائد إلى نصابه إذا كان أحد العناصر الأساسية مفرطة في حدود الجزء المسموح به¹، وعرفه الفقيه الفرنسي سميليه بأنه: «الجزء الذي يلحق بالعمل القانوني الذي شاب أحد عناصره التبعية عيب ما، وذلك بإزالة هذا العنصر وبإنقاص القيمة الزائدة عن النسبة المحددة له»².

لكن عارض هذا النهج الأستاذ جميل الشرفاوي وهذا ما أكده بقوله: «أن إعتبار الإنقاص جزاء للبطلان وصفا يلحق التصرف المعيب، ذلك أنه لا يتصور أن يقال بعيب التصرف في جزء منه فقط فيكون باطلا في هذا الجزء... كما أن التصرف إرادة والإرادة وحدة لا يتصور تقسيمها، وكذلك البطلان نفسه بإعتباره وصفا لا يقبل التجزئة»³.

كما يقصد بإنقاص العقد أيضا تخليص العقد من الجزء المعيب للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني المقصود، فالإنقاص يفترض بقاء العقد مع بتر الجزء الباطل أو القابل للإبطال بتخليص العقد من الداء الكامن فيه ليصح باقي العقد⁴، وعليه يتعين إنقاذ العقد الباطل جزئيا طالما أن البطلان لحق بشق من العقد سواء بجانب من شروطه أو إلتزاماته⁵.

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

(2) إختلفت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لنظرية الانقاص فذهب البعض إلى القول أن الانقاص تعديل قانوني للعقد، والآخر إلى القول أن الانقاص تعديل قضائي للعقد، في حين قال تجاه آخر بأن الانقاص تعديل للتصرف المعيب جزئيا من أجل تصحيحه، يذهب الفقه الراجح إلى القول أن الانقاص هو تصحيح للعقد المعيب جزئيا يجريه القاضي ليصبح موافقا للقانون فيما تبقى منه، بعد استبعاد شقه المعيب، وما يترتب على ذلك من تقادي بطلان الشق الصحيح، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 392.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 231، جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 231.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 250، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 68.

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

إذا كان العقد بصفة عامة معيبا بالبطلان بنوعيه أو بأي عيب آخر في شق منه فقط وصحيا في شقه الآخر، إقتصر البطلان على الشق المعيب دون الشق الآخر، الذي يظل صحيا منتجا لآثاره مالم يكن الشق الباطل جوهريا ودافعا للتعاقد، بحيث لم يكن العقد ليتم دونه عندئذ يبطل العقد كله، فنظرية الإنقاص تقوم أساسا على إحترام إرادة المتعاقدين وإنقاذ ما يمكن إنقاذه من هذه الإرادة ولا تتجه إلى مخالفتها¹.

يفترض أيضا الإنقاص الإبقاء على نفس العقد بعد إسقاط وإستبعاد شقه المعيب بمعنى أنه وإن كان يترتب على الإنقاص تغيير في حجم ومضمون التصرف القانوني إلا أنه لا يترتب عليه تغيير في تكييفه إذ يظل التصرف محتفظا بتكييفه قبل وقوع الإنقاص². ونتيجة لذلك تعتبر نظرية الإنقاص وسيلة قانونية متميزة وتنفرد عن غيرها من الأنظمة بما لها من إستقلالية يستطيع القاضي بمقتضاها تصحيح العقد المعيب في جزء منه بإستئصال ما شابه من عيب والإبقاء على ما تبقى من العقد صحيا، ويقضي به القاضي إستنادا إلى النصوص القانونية التي تنظمه وتجعله وسيلة شرعية³.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 102.

(2) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 317.

(3) قد سبق الفقهاء المسلمون فقهاء هذا العصر في فكرة الإنقاص، وقد عالجهما تحت عنوان تفريق الصفقة، ولكن أخذ فيها بالمعيار الموضوعي بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي، ذلك إن نا في الفقه الغربي نبحث في نية العاقدين لنعرف هل كانا يريدان إن العقد يتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو كانا لا يريدان ذلك. ففي الحالة الأولى ينتقص العقد، وفي الحالة الثانية يبطل العقد كله، فالمسألة إذن مردها كما نرى إلى نية المتعاقدين، وهذا المعيار ذاتي، في حين الفقه الإسلامي فالمعيار فيه موضوعي، سواء كان شق العقد الذي يراد أن تقاصه باطلا أو فاسدا أو موقوفا. ففي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيا وشق منه باطلا، والادلة على ذلك كثيرة، ويمكن استخلاصها من نصوص فقهية واردة في المذاهب الأربعة، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقه المالكي من أنه: «إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك، فالصفقة كلها باطلة، وقيل يصح البيع فيما الحرام يسقط من الثمن، فلو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما، ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته»، محمد حبار، مرجع سابق، ص 389، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 268، عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 474، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 368، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 105.

والواقع أن المشرع الجزائري إفترض في حالة بطلان العقد جزئيا عدم جوهرية الشق المعيب، ومن ثم جعل الأصل هو الإنقاص والإستثناء هو البطلان الكلي للعقد، إذا ثبت جوهرية الشق الباطل وإرادة المتعاقدين¹، أي لولاه لما أبرم العقد فإن العقد يبطل ولا يجوز إنقاصه²، إذ أن مجال أعمال إنقاص العقد هو العقد الباطل جزئيا³.

فلنأخذ على سبيل المثال وجود شرط باطل في وصية يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان الدافع إلى التصرف، أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع للتصرف ويدخل في نطاق قاعدة إنقاص العقد ولا يتحول ما دام قابل للتجزئة⁴.

وأیضا إذا ورد عقد البيع على عدة أشياء ووقع المتعاقد بخلط جوهری بشأن شيء منها فإن البطلان لا يصيب إلا الشق الذي قام سببه، فيبطل البيع في المحل الذي ورد عليه الغلط الجوهری ويظل ما بقى من العقد صحيحا وكذا لو أن عقد الهبة إقترن بشرط باطل قانونا، فإن الهبة تصح ويلغى الشرط وحده مالم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد⁵، وكذلك إذا

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 221.

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

(3) على العكس من ذلك فقد جعل المشرع الألماني الأصل وفقا للمادة 139 ألماني في حالة تعيب التصرف القانوني جزئيا الجزاء هو البطلان الكلي للتصرف والاستثناء هو الانقاص، بمعنى أنه افترض جوهرية الشق الباطل أو المعيب ورتب بطلان التصرف كله إثر بطلان هذا الشق، إلا إذا ثبت عدم جوهرية الشق المعيب من خلال فحص إرادة المتعاقدين، وقد اعتنق المشرع السويسري نفس الاتجاه في المادة 20 من قانون الالتزامات السويسري، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 318، 319، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 102.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 500 .
(5) مثاله في الفقه الإسلامي أن يبيع الرجل في صفقة واحدة مالا موقوفا و آخر مملوكا له مليكة خالصة، فإن البيع يصح فيما هو مملوك له ملكا خاصا، ويبطل في المال الموقوف، وذلك إن الاعتبار الشرعي للتصرف قد يتوافر في جزء منه دون الآخر، محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 68.

إقترنت الهبة بشرط غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو حسن اللآداب، وإقتصر البطلان على هذا الشرط غير المشروع وحده، مع بقاء الهبة قائمة صحيحة¹.
 بهذا المفهوم يمكن أن يتحقق وجود هذه القابلية في العقد سواء أكان الأخير صحيحا كليا أو باطلا لكي يظهر دورها في إبعاد هذا الجزء ضمانا لبقاء الجزء الآخر الصحيح منه طبعاً متى تحققت شروط تطبيق نظرية إنقاص العقد، ولتوضيح ذلك أكثر كان لازماً علينا عرض شروط نظرية إنقاص العقد (فرع أول)، وأوجه التشابه بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية الإنقاص (فرع ثان)، وأوجه الاختلاف بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية الإنقاص (فرع ثالث).

الفرع الأول:

شروط نظرية إنقاص العقد.

إن نص المادة 104 من القانون المدني وإن كان خاصاً بإنقاص العقد، فإنه صريح في أن هذا الإنقاص، لا يتقرر إلا بتوافر شرطين أساسيين هما:
 أولاً: أن الإنقاص لا يتحقق إلا إذا كان العقد قابلاً للإنقسام بمعنى أن سقوط الجزء الباطل لا ينال من تكييف العقد وبالتالي فإن إنقاص العقد لا يمكن أن يرد إلا على العقود المركبة²، أو بمعنى آخر فهو لا يرد على عقد يمثل وحدة واحدة، وهو ما ذهب إليه الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري والأستاذ أحمد يسري، كالشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه³.

وقد أوضحت ذلك المادة 556 من القانون المدني عندما نصت على الآتي: « يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه»، أو

(1) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 318.

(2) محمد حبار، المرجع السابق، ص 373.

(3) نفس المرجع، ص 374.

الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة 622 من القانون المدني إذ ورد في الفقرة الثالثة منها الآتي: « يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف إن التأخر كان لعذر مقبول». ثانيا: يقضي هذا الشرط بأن لا يكون الشق الباطل جوهريا ودافعا للتعاقد بحيث لم يكن العقد ليتم دونه عندئذ يبطل العقد كله، وهي سلطة تقديرية للقاضي فله تقدير مدى تأثير الشق الباطل ويكون ذلك بالرجوع إلى سلوك الشخص العادي، لأن غرض هذه النظرية هو ضمان إستقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين¹.

كما يقضي المشرع في بعض الأحيان بإنقاص العقد رغم عدم توافر الشروط السابقة ذكرها، ففي بعض العقود يطبق الإنقاص بقوة القانون أي إجباري لا إختياري بإرادة المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك الإتفاق بين الطرفين على عدم جواز القاضي إعفاء الطرف المدعن من الشروط التعسفية، فإن هذا الشرط يبطل لمخالفته نص المادة 110 من القانون المدني².

أيضا إشتراط الأطراف عدم جواز تعديل العقد بحكم القاضي ولو حدثت ظروف طارئة، فإن هذا الشرط يبطل طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 107 من القانون المدني³,

(1) على فيلالي، المرجع السابق، ص 356، هند فالج محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 361، 362.

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

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

كذلك في حالة عقود الإيجار التي تعقد لمدة تزيد على الحد المسموح به قانونا أو العقود المؤبدة، فنصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 468 من القانون المدني: «...إذا عقد الإيجار لمدة أطول تخفض المدة إلى ثلاث سنوات».

لقد ثار جدل فقهي حول هذا التخفيض الذي يترتب عليه إنقاذ العقد من البطلان، هل هذا العمل من قبيل تحول العقد أم إنقاص العقد؟. يذهب أنصار نظرية تحول التصرف القانوني إلى أن العقد الذي يتجاوز الحدود المسموح بها قانونا هو عقد باطل بطلانا مطلقا لمخالفته صراحة نص القانون، وبالتالي فإن هذا التخفيض هو بمثابة تحول العقد الباطل بشكل تام إلى عقد صحيح آخر، حيث لا مجال للإنقاص العقد في مثل هذه الحالات وذلك لإنتفاء شرط تحققه الأساسي والمتمثل ببطلان العقد جزئيا¹.

يستندون في ذلك إلى الإتجاه الفقهي الذي يرى أنه ليس من الضرورة أن يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر من طبيعة مختلفة، بل يجوز أن يتحول عقد من ذات الطبيعة والمطلوب فقط في هذه الحالة هو تغيير المضمون، فالعقد المتغير من حيث المضمون هو عقد جديد يختلف عن العقد القديم الباطل، لاسيما وأن هذا الرأي ينطبق مع مقتضيات النصوص القانونية التي عالجت نظام تحول العقد، وما ترمي إليه من تقليل حالات البطلان وتحقيق الأهداف الاقتصادية²، وهو ما سار عليه القضاء المصري إذ جاء في قرار محكمة النقض المصرية الآتي: «ومن الجائز أن يتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح»³.

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

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص ص 85، 87.

(3) نقض 1966/5/24 سنة 17، ص 1216.

والملاحظ أيضا أنه لا يكون إنقاص العقد حكرا على العقد الباطل جزئيا بل تنشأ آلية إنقاص العقد في عقد صحيح¹، ولغرض ممارسة ذات الدور الذي تمارسه في العقد الباطل جزئيا، فالعقد الصحيح قد يكون محدودا بالحالات التي تستدعي إهدار جزء من العقد ولذات العلة التي دعتنا في العقد الباطل جزئيا.

فمثلا في حالات ظهور تلف في بعض المبيع تنشط هذه القابلية لممارسة دورها في عزل هذا الجزء التالف وإخراجه من عملية المبيع فيبقى الجزء الآخر غير التالف بمقدار حصته من الثمن بعد أن يكون قد إستنزل ما يقابل الجزء الأول - التالف - من ثمن المبيع مع الأخذ بعين الإعتبار الخيار الممنوح للمشتري في قبول إجراء المبيع على هذه الصورة، وفي هذه الحالة يظهر دور قابلية الإنفصال أو رفضه كليا فيتم فسخ العقد².

والواضح أن تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية إنقاص العقد تفرض نفسها لإعتبارات عديدة لعل أبرزها قرب نظرية التصرف القانوني من نظرية إنقاص العقد على التنصيص³، فإذا كانت نظرية تحول العقد منصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني، فإن نظرية إنقاص العقد منصوص عليها في الأخرى في المادة 104 من نفس القانون، الأمر الذي قد يحدث نوع من الخلط والإلتباس بين هاتين النظريتين، فحتمية تمييز نظرية تحول العقد عن نظرية إنقاصه تفرض نفسها بالشكل الذي يزيل كل اللبس والإبهام الذي قد يعتري التفرقة بينهما.

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

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مصادر الالتزام، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 502.

(3) علي حسن كاظم، المرجع السابق، ص 135.

الفرع الثاني:

أوجه التشابه بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية الإنقاص.

تبدو صور التقارب والتشابه بين نظام تحول التصرف القانوني وإنقاص العقد في عدة وجوه أهمها:

إن نظرية إنقاص العقد ونظرية تحول التصرف القانوني كلا منهما يفترض تصرفاً قانونياً معيباً يوجب تدخل القاضي لتصحيحه¹، فالبطلان هو الجزاء الذي يلحق العقد نتيجة تخلف شرط من شروطه أو ركن من أركان إنعقاد صحته، إلا أن البطلان قد يكون كلياً فيبطل التصرف القانوني بأكمله، وقد يكون جزئياً يصيب جزءاً أو شقاً من العقد دون أجزاء الأخرى، وهذا ما يطلق عليه بالبطلان الجزئي ويرى جانب كبير من الفقه أن الإنقاص هبة البطلان الجزئي ووسيلة له².

وقد علق على ذلك الأستاذ محمد حبار قائلاً: «لقد تعرض المشرع الجزائري على غرار المشرعين العرب لصورتين تطبيقتين للبطلان الجزئي، وهما إنقاص العقد وتحوله، وإذا كان المشرع قد قصر هاتين الحالتين التطبيقيتين على العقد فقط...»³.

كما أن كل من التحول والإنقاص يقومان على فكرة أساسية مؤداها إستبقاء العقد الذي أصيب بالبطلان إلى أكبر قدر ممكن طالما أنه لا يزال متفقاً مع أهداف القانون أو

(1) هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص 355.

(2) يرى الفقه الإسلامي كذلك إن تصحيح العقد يختلف عن تحول العقد، إذ يحدث هذا الأخير إذا كان العقد باطلاً ولكن تتوفر فيه أركان عقد آخر، وتنتج نية المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد، فانه يحدث تحول العقد مع تغيير في موضوع العقد كأن تتحول الكفالة إلى وكالة. إما تصحيح العقد فيحصل للعقد الفاسد من خلال إزالة سبب الفساد، وهذه الإزالة لا تؤدي إلى تغيير موضوع العقد، إسراء فهمي ناجي، عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الأول، جمهورية العراق، 2012، ص 185.

(3) محمد حبار، المرجع السابق، ص 371.

مع أغراض المتعاقدين في حالة عدم تعارضهما مع أحكام القانون¹، كون البطلان معناه إنهيار التصرفات القانونية مما يخل بالثقة في المعاملات، وهو أمر يحاول المشرع أن يتحاشاه².

وقد أشار الأستاذ أحمد يسري إلى ذلك قائلاً: «ونحن نرى أن تحول العقد أو أن تقاصه يقومان على فكرة أساسية مؤداها إستبقاء العقد الباطل كلياً أو جزئياً في حالة إنفاقه مع أهداف القانون أو مع أغراض المتعاقدين في حالة عدم تعارضها مع أحكام القانون»³. فالتحول كما يرى بعض الفقه ما هو إلا إبقاء للجزء المطابق للقانون في تصرف غير مطابق في باقيه للقانون، بينما ذهب آخرون إلى أكثر من ذلك حيث أدرجوا التحول تحت البطلان الجزئي، ولا يمكن القول بأن هؤلاء الفقهاء قد أخطوا التحول بالبطلان الجزئي خلطاً تاماً، لأنهم أقرروا التحول بإعتباره قائماً بذاته، وكل ما في الأمر أنهم أدرجوه تحت البطلان الجزئي الذي إعتبروه فكرة أعم، وهذا في حد ذاته هو الذي يعتبر غير صائب⁴.

ناهيك أن التحول والإنقاص يدرس عادة عند عرض الآثار التي تترتب على التصرف أو العقد الباطل، حيث بطلان العقد يعتبر شرطاً أساسياً لتحول التصرف القانوني إلى تصرف صحيح آخر، ونفس الشيء يقال بالنسبة إلى إنقاص العقد مع الأخذ بنظر الإعتبار كون البطلان كلياً في حالة التحول وكونه جزئياً في حالة الإنقاص⁵، ويجهل أيضاً التداخل بين النظريتين من حيث أن كلا منهما يعتمد على المعيار الذاتي الذي يطلق للإرادة الفردية حريتها في إبرام التصرفات القانونية.

(1) عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 406.

(2) علي حسن كاظم، المرجع السابق، ص 1535.

(3) نفس المرجع، هامش رقم 2، ص 108.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 102.

(5) علي حسن كاظم، المرجع السابق، ص 1535.

الفرع الثالث:

أوجه الاختلاف بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية الإنقاص.

رغم مواضع الإلتقاء والتقارب بين تحول التصرف القانوني (العقد) وإنقاص العقد إلا أنه لا يمكن القول بأي حال من الأحوال أنهما يمثلان نظاما قانونيا واحدا، حيث أن هناك من الفوارق الجوهرية والاختلافات التي تجعل كل منهما نظاما مستقلا بطبيعته وشروطه وآثاره ولعل أبرزها:

يقصد بتحول التصرف القانوني إستبدال تصرف قانوني (عقد) جديد صحيح بتصرف قديم باطل ولا يمكن إعمال هاتاه الآلية إذا تخلفت أحد الشروط الأساسية للتحول، كون هاتاه النظرية لا تنظر إلى ركن محدد من أركان التصرف القانوني إذ أن تفعيلها مرتبط بالعناصر الضرورية له، فما أن يختل ركن من أركان التصرف أو شرط من شروط الصحة وحضرت أركان تصرف آخر، حول التصرف من ذاتية التصرف الأصلي الباطل لعدم توافر أسباب قيامه إلى تصرف صحيح مما يدل على أن نظرية تحول التصرف القانوني تتمثل في إحياء تصرف محكوم عليه بالموت وليس إنقاذه فقط كما هو الحال مع نظرية إنقاص العقد¹.

أيضا لا يرد أمر التحول إلى مجرد التفسير لإرادة المتعاقدين كما في نظرية الإنقاص²، بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلها، فدور القاضي البحث عن نية المتعاقدين والتأكد من أن إرادتيهما كانت ستتصرف إلى إبرام التصرف المتحول إليه، لو أنهما كان يعلمان ببطلان تصرفهما الأصلي³، ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما⁴.

ويشترط لإعمال أحكام التحول أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان

(1) علي حسن كاظم، المرجع السابق، ص 1536.

(2) محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 3.

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 69.

(4) أمال سليم، المرجع السابق، ص 4، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 17.

لو فصل لهما أمره، ويشترط كذلك أن تكون عناصر التصرف الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعا في التصرف الأصلي، الذي قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء التصرف الجديد خارج نطاق التصرف الأصلي¹.

في حين نجد مناط الإنقاص هو عمل مركب ينطوي على عمل نفسي هو الإرادة الشخصية للمتعاقد الذي يقوم بالإنقاص مضافا إليها عملا موضوعيا يتمثل بإنقاص عنصر من عناصر العقد أو بتر الجزء الباطل منه²، بالتالي يقوم الإنقاص على إستبعاد بعض أجزاء العقد لبطلانها والإكتفاء بالأجزاء الأخرى غير الباطلة من محل العقد إعمالا للقاعدة الفقهية المشهورة: «مالا يدرك كله لا يترك جله»³.

غير أنه في حالة تعذر بقاء الأجزاء الصحيحة دون الأجزاء المعيبة فإن البطلان يمتد ليشمل الجزء الصحيح أيضا، وبالتالي فإن أول شروط التحول يهدم أول شروط الإنقاص ويتعارض معه، فالبطلان الذي يعتري التصرف لا بد أن يكون جزئيا في الإنقاص إما في التحول لا بد أن يكون البطلان كليا لا جزئيا⁴.

إذا كان تحول التصرف القانوني (العقد) من قبيل الآثار العرضية التي تترتب على التصرف الباطل بإعتباره واقعة قانونية أو واقعة مادية، إلا أن الإنقاص يعتبر أثرا أصليا

(1) محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 3.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 110.

(3) علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية إنقاص العقد، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، كلية التربية للعلوم الصرفة، جامعة بابل، جمهورية العراق، عدد 42، 2019، ص 1534، محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 1.

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة الأولى، كلية الحقوق، دولة الكويت، 1978، ص 70، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 17، محمد حبار، المرجع السابق، ص 371.

يترتب على العقد الباطل بإعتباره تصرفا قانونيا¹، كما يعتبر صورة خاصة تترتب فيها على التصرف الباطل بعض آثاره الأصلية دون البعض الآخر، وهذا يعني أن نظرية تحول التصرف القانوني أدق من نظرية الإنقاص.

يبدو في الأخير أن كلا من نظريتا الإنقاص والتحول تمثلا نظاما خاصا مستقلا عن الآخر، وذلك نابع من طبيعة كل من النظريتين التي تتطلب شروطا معينة بتحققها ترتب آثار وتختلف عن غيرها، كما أن التصرف سوف ينفذ من البطلان الكامل بتعاون تحول العقد وتصحيح العقد، فجزء يظل صحيحا في صورته الأصلية عن طريق إنقاص العقد، والجزء الآخر يكتسب الصحة عن طريق المادة 105 من القانون المدني لأن تحول التصرف القانوني لا يرد إلا على العقد الباطل والقابل للإبطال أيضا.

المطلب الثاني:

تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية تكيف العقد.

تكيف العقد هو عمل فني يقوم به القاضي من خلال تفسيره للعقد وتحديده للإلتزامات التي يتضمنها وإستجالاته لإرادة الأطراف المتعاقدة²، من أجل إعطاء التصرف القانوني المعروف أمامه التسمية القانونية الصحيحة، إذ أنه يسمى تصرف جديدا بتسمية قانونية معينة بعد الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين تخضع هذا التصرف لنصوص قانونية تحكم آثاره³.

بمعنى أن عملية التكيف تقتضي أولا تفسير إرادة المتعاقدين لتحديد مقصدهما ثم يقابل القاضي بين تلك الإرادة وبين الماهية القانونية لكل عقد من العقود حتى ينتهي إلى أن تلك الإرادة التي تتفق وطبيعة عقد مسمى معين أو أنها تختلف عن أي عقد من العقود

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

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 72.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 69.

المسماة، والقاعدة في التكيف أن ليست العبرة بالوصف الذي يخلعه المتعاقدان على العقد فقد يطلقان وصفا غير صحيح، إما عن جهل أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع¹.
 لكن القاضي لا يقوم بهذا العمل إلا عندما يثور نزاع بين الأطراف حول ما يترتب على تصرفهم القانوني من آثار²، فالمدعي قد يكيف دعواه بما يتفق مع مصلحته، والمدعى عليه ينازع في هذا التكيف ويبين للمحكمة خطأه، ويكيف الدعوى تكييفاً آخر بما يتفق ومصلحته، والقاضي وحده المسؤول عن تكيف وقائع الدعوى لا يتقيد فيها بتكليف الخصوم، أو أحدهما فهو المهيمن على الدعوى³.

لذا عد التكيف إلا تطبيق للقانون وبالتالي يعتبر التكيف السيئ أو الخاطئ بمثابة التطبيق السيئ للقانون، كما يعتبر تكيف التصرف القانوني مسألة من مسائل القانون وبالتالي يخضع لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض⁴.

هذه التعريفات نجم عنها بروز خلط بين تحول التصرف القانوني (العقد) وتكليف العقد لدى الكثير من الفقهاء والباحثين بشكل وصل لدى البعض منهم إلى حد هدم كافة الفوراق القانونية بين النظامين بحيث أصبح وجود نص خاص بالتحول تزيدياً لا جدوى منه،

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 117.

(2) قد أوجب الإجتهد المصري على قاضي الموضوع، إعادة تكيف العقد بما يتناسب مع الوقائع المعروضة أمامه معتبراً أن عقد البيع الذي يخفي رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذن هو رد الثمن إلى المشتري، إن ما هو صورة من صور بيع الوفاء الذي حظره المشرع بالنص على بطلانه في المادة 456 من القانون المدني، محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 4، بتاريخ 1960/12/6، مكتب فني 17، جزء 3، ص 177.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 118.

(4) إعتبر الإجتهد القضائي في فرنسا على سبيل المثال إن قاضي الموضوع قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً عندما غير توصيف العقد من عقد بيع إلى عقد مشروع، وكذلك يستطيع القاضي إن يعيد تكيف العقد من أجل إن يتجنب الحكم ببطلان العقد موضوع النزاع، والمثال الذي درج الفقه في فرنسا على اعطائه لهذه الحالة هو النزاع المعلق بعقد بيع مختل الاداءات، بحيث يكون الثمن تافها إلى الحد الذي يجعل منه عقداً باطلاً كبيع، لكن للقاضي إن يعيظه وصفاً آخراً يكون بموجبه التصرف صحيحاً كهبة بلا عوض، وهنا يختلط مفهوم إعادة تكيف العقد مع مفهوم تحول العقد

الباطل، V.Larribau.Terneyre.Droit.civil les obligations.12.edition 2010.P.373.N.1096.

لذلك عرف التكييف بأنه: «واقعة أو صفة تلتق بالعقد فإما أن يبطل أو يكون صحيحا وهذا ما يسمى بتحول العقد»¹.

على هذا الأساس أعتبر التحول ما هو إلا تصحيح للتسمية الغلط، ولهذا سمي بالغلط في التسمية وأن الأمر في الواقع لا يدور إلا حول تصحيح للتكييف². قبل أن يقوم القاضي بإعمال نظرية تحول التصرف القانوني يجب عليه القيام بعملية تكييف قانونية، ويساعد تكييف العقد على تأويله، وهذا يعني أن تحول التصرف القانوني هو عملية قانونية أكثر شمولية من إعادة تكييف العقد، بل أن تكييف العقد قد يصبح مرحلة من مراحل تحول العقد.

لأن القاضي في أثناء قيامه بتحويل التصرف القانوني (العقد) يستعرض الوقائع والألفاظ المستخدمة وإرادة الأطراف المتعاقدة، ليرى إمكانية تحويل التصرف القانوني القديم إلى تصرف قانوني جديدا يصبح بموجبه التصرف الباطل تصرفا آخر صحيحا دون إضافة أي عنصر من عناصر التصرف القديم فينتج بذلك التصرف الباطل آثار عرضية³.

على خلاف التحول فتكييف التصرف القانوني أو تكييف العقد كما جاء في القانون المدني الجزائري بأصله صحيحا إلا أن القاضي يبذل تسميته فقط وغالبا ما يكون تكييف العقد موال التفسير ألفاظه المستخدمة في غيرها معناها⁴، وعلى هذا الأساس ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول أن تحول التصرف القانوني ما هو إلا إعادة تكييف للتصرف الباطل⁵.

¹() AHMED ZODI el chiati- op.cit .p. 12.

² () صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 119.

³ () محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 72، سفيان سوايم، المرجع السابق، ص 289.

⁴ () محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 72.

⁵ () كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 113.

فنظرية التحول في جوهرها تغيير للتكييف القانوني للتصرف الباطل، فمثلا إذا ما توافرت أركان الوصية في عقد الهبة الباطل، إنتقل عقد الهبة من تكييفه الأصلي إلى تكييف بديل لبطلان التكييف الأصلي وبالتالي فالمسألة هنا مسألة أركان، ففي غياب أحد الأركان المكونة لعقد ما وإحتواءه للعناصر المشكّلة لعقد آخر يتم تطبيق نظرية التحول بشكلها العادي¹.

ومن الفقهاء الذين خاطوا بين التحول والتكييف بشكل واضح الأستاذ سمير عبد السيد تناغو، الذي تناول تحت عنوان تحول العقد، شروط وآثار التحول وخطب بينها وبين تكييف العقد بشكل يلفت الإنتباه حيث يقول: « فأول شرط لتحول العقد هو أن يكون التصرف الأصلي باطلا بحسب الإسم الذي أطلقه عليه المتعاقدان، والشرط الثاني لتحول العقد هو أن يتضمن هذا العقد الباطل كل العناصر اللازمة لعقد آخر صحيح².

من الممكن إستبدال التكييف الذي يجعل العقد باطلا بتكييف آخر يجعله صحيحا، والشرط الثالث هو أن الإرادة كانت تتصرف إلى إتمام العقد الصحيح الذي وجدت عناصره في العقد الباطل»، ثم يخلص الأستاذ تناغو للقول: « أن نظرية تحول العقد لا تعدو أن تكون تطبيقا خاصا من تطبيقات نظرية تكييف العقد³.

على نفس النهج سار الأستاذ حسن علي الذنون قائلا: « إذا أعطى المتعاقدان العقد وصفا معينا بعبارات وألفاظ واضحة فإن القاضي غير ملزم بالنقيد بهذا الوصف ويستطيع أن يقضي بأن الوصف الحقيقي للعقد غير ما كيفه به المتعاقدان وهذه هي مسألة تحول العقد⁴.

إن هذا الخطب بين تحول التصرف القانوني (العقد) وتكييف العقد لم يكن عفويا، بل جاء جراء وجود علاقة بين التحول والتكييف وتظهر هذه العلاقة حينما يكون التكييف

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص ص122، 121.

(2) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 71.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 634، 635.

(4) أمال سليم، المرجع السابق، ص 14.

المعطى للعقد من قبل المتعاقدين خاطئاً، حيث يجب تصحيحه من قبل القاضي، وقد يفضي هذا التصحيح إلى بطلان غير متوقع للعقد، خصوصاً إذا كان سوء التكييف يلحق أضراراً بالأهداف الإجتماعية للمشرع لا بد من تلافيتها¹.

هنا تبرز مشكلة تحول هذا العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر، وهل أن القاضي باشر عملية التحول بشكل مباشر، أم أنه باشرها بعد ممارسة واجبه في تصحيح التكييف السيء للعقد؟. ثم هل أن التحول قد تم بقوة القانون أم أنه تم بناء على طلب أحد الأطراف الذي يريد الحيلولة دون بطلان العقد؟².

وإجابة ذلك أن التحول والتكييف يستندان على حد سواء إلى سلطان الإرادة المسموعة بطريقة صحيحة من قبل القاضي، إذ أن نقطة البداية في التكييف أو في التحول هي البحث عن النية المشتركة للطرفين، والسلطان الذي تستخدمه المحاكم في إعطاء التصرفات الاسم القانوني ناشئ عن سلطانها في البحث عن تلك النية، غير أن هذا التشابه لا يدعو بأي حال إلى إزالة الفوارق بين النظامين بحيث يصل الأمر إلى دمجها في نظام واحد، وهذا ما دفع فعلاً جانباً من الفقه إلى الإصرار على التفرقة بين التكييف والتحول³. إن التكييف يعني أن تفسير الإرادة الحقيقية قد يؤدي إلى نتيجة هي أن هذه الإرادة لم تخرج إلى الوجود واضحة بسبب طريقة التعبير المستعملة، وأن المعنى الحقيقي لهذه الإرادة لا يمكن كشفه إلا عن طريق التفسير ضد هذه الألفاظ، فهنا يدور الأمر حول تأويل أو تفسير ضد صريح اللفظ، أي الكشف عن إرادة حقيقية رغم أن هذا الكشف يجري ضد الألفاظ المستعملة، على أنه يجب أن يلاحظ في ذلك أن التصرف صحيح ويستبقى بإعتباره كذلك وإنما يصح القاضي الاسم الغلط الذي إستعمله الطرفان لذلك⁴.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 71.

(2) Ahmed Zeki el chait- op. cit- p 124 , 125, paragraph 19, paragraph 23 .

(3) محمد حبار، المرجع السابق، ص 371.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 121، 122.

وعليه ليس مدار التحول هو مجرد تغيير إسم العقد، لأن مثل هذا التغيير لا يحتاج إطلاقاً إلى نص تشريعي. فالعبرة إذن ليست بإسم التصرف وإنما بمضمونه¹، فتغيير الإسم ليس إلا مجرد تفسير للإرادة الحقيقية في التصرف الذي لا يزال هو نفسه صحيحاً، وعلى عكس ذلك في التحول فالتصرف المراد باطل أو قابل للإبطال، ويدور الأمر حول الكشف عن إرادة غير حقيقية بل إرادة مفترضة صف إلى ذلك أن التحول مرتبط بالبطان².

كما أن الفارق بينهما يتجلى أيضاً من حيث الآثار، فالآثار التي ترتبها نظرية التحول هي آثار عرضية لا يرتبها التصرف الأصلي على إعتبار أنه باطل وأنه لم يبقى بشكله الأصلي ولا بمضمونه، لأن القاضي قد تحول به إلى تصرف آخر جديد هو الذي أنتج الآثار القانونية³.

أما في تكييف العقد فإن الآثار التي ينتجها التصرف بتسميته الجديدة هي آثار أصلية لأن التصرف باق على أصله، والذي تغير هو وصفه وليس مضمونه⁴. لو فرضنا التكييف هو التحول فلماذا ينص المشرع عليهما كلا في نص مستقل طالما أنهما يؤديان نفس العمل فإكتفى بالنص على نظرية التكييف العقد فقط أونظرية تحول العقد، ومنه لا ينبغي الفهم أن تكييف العقد وتحوله شيء واحد.

على ضوء ما تقدم يتبين لنا أن تحديد طبيعة نظام تحول العقد بإعتباره تكييف للعقد أمر غير دقيق الأمر الذي يجعل هذا الإتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد غير مقبول كما هو شأن الإتجاه السابق الذي ذهب إلى إعتباره بمثابة تفسيراً للعقد، حيث كما لاحظنا الإختلاف الكبير بين النظاميين وبين تحول العقد.

(1) سوامل سفيان، المرجع السابق، ص 141.

(2) كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 180.

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 73.

(4) أمال سليم، المرجع السابق، ص 14.

المطلب الثالث:

تميز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية تفسير العقد.

إن مرحلة تفسير العقد أو التصرف القانوني تأتي بعد مرحلة إنعقاده صحيحا، ولذلك أورد المشرع الجزائري نظرية التفسير عند معالجته لآثار العقد في المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري، جاء في المادة 111 من القانون المدني: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. إما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات»¹.

كما نصت المادة 112 من القانون المدني على: «يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى»، إلا أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح التأويل بدلا من التفسير وذلك على غرار التشريعات المقارنة.

وأخذت بذلك المحكمة العليا إذا جاء في قرارها المحكمة رقم 149300 القاضي بالآتي: «... ولما ثبت في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها، يكونون قد إستعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد. ومتى كان ذلك إستوجب الرفض»².

ويستفاد من النصوص القانونية المذكورة أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يكتنفها الغموض فإنها تصبح بحاجة إلى تفسير القضاء الذي عليه أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين، فالقاضي في حالة ما إذا ثبت لديه غموض في العقد وجب عليه تفسير

(1) سؤالم سفيان، المرجع السابق، 141.

(2) قرار رقم 149300 المؤرخ في 1997/07/25، الغرفة العقارية.

العبارة الغامضة¹، للوصول إلى معرفة النية المشتركة بين الإرادتين يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل من المتعاقدين بواسطة إرادتهما الظاهرتين المعبرة عنهما للتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقاً، وهو يهتدي في ذلك بالوسائل التي أتى بها النص الوارد في المادة 111 من القانون المدني وهي طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة ومن ثقة بين المتعاقدين وبالعرف الجاري في المعاملات².

إن تفسير التصرف القانوني ليس مواجهة حالة من البطلان تقبل التصحيح، بل أن القاضي يبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة والتي لم يتم التعبير عنها بشكل واضح جلي من خلال الألفاظ المستخدمة في التصرف القانوني التي إنعكست على الإرادة فجعلتها مشوبة بالغموض في التصرف الصحيح³.

وعليه فإن البحث عن نية الفرقاء هو نفسه وجه الشبه ووجه الاختلاف بين تفسير التصرف القانوني وتحويله⁴، ففي التفسير يبحث القاضي عن النية الحقيقية في حين يبحث عن النية المفترضة في أثناء تحويله للتصرف⁵، لكن هذا لا يعني أن تلاقي الإرادة التي توصل إليها القاضي تكون موافقة لأحد الأطراف المتنازعة، إنما يكفي أن يكون القاضي

(1) عبد الحميد محمود بعلي، المرجع السابق، ص 28.

(2) إما في الشريعة الإسلامية فذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبار النيات والقصود تصرفات المكلفين في نطاق المعاملات، وخالصة حججهم للاخذ بالبواعث إن قامت قرائن تكشف عنهما ويمكن الإعتماد عليها بأن صيغة التصرف يكون لها القوة في إن شأنه، وذلك إن طلاقاً من كونها معبرة عنا في النفس وما تحقيه من بواعث، فإذا كانت الالفاظ الواردة في الصيغة غير متطابقة مع القصد والباعث في إن شاء التصرف فعندئذ لا ينشأ ولا ينعقد التصرف، عامر رحمون، المرجع السابق، ص 158، 159.

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 69.

(4) olivier cornay, la conversion des actes juridique ; these ; lausanne 1937 ; p 17.

(5) قد أكدت الغرفة التاسعة لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها رقم 49 بتاريخ 2009/6/23، إن إستظهار نية الفرقاء عند الالتباس في التصرفات يعود لمحكمة الموضوع ويقع تحت سلطتها، مشيرة إلى أنه إذا تحققت محكمة الموضوع من وجود العقد وصحته، ورفضت رغم ذلك تطبيقه والزام الطرف الآخر به، أو ادخلت من تلقاء نفسها تعديلاً عن الالتزامات الواردة فيه تكون قد خالفت القانون، مجموعة كساندر، الجزء الاول، لعام 2010، صفحة 27، سولم سفيان، المرجع السابق، ص 289.

قد توصل إليها من خلال ماهو موجود بين يديه من وقائع وأدلة لأن للقاضي سلطة تقديرية في تقدير الأدلة والوقائع¹.

قد يتحول القاضي بالتصرف القانوني إستنادا إلى سلطته في تفسيره، وإستطلاع مقاصد التصرف وإستشفاف معانيه، فعملية تفسير التصرف تبقى من صميم مهامه، إستنادا إلى مقاصد ومعاني التصرف، وإمتثالا للقاعدة الفقهية المعروفة « العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني»². معنى هذا أن التصرف كيف ما كان، لا يُدرك في مكن وجوده وذاتيته، بالتعبيرات، سواء ألفاظ أو مباني، بل يؤخذ من جانب مقاصده والمعاني التي يتضمنها في جوهره³.

كما أثبتت التطبيقات والإجتهادات القضائية أن الأطراف المتنازعة غالبا ما تلجأ إلى الطعن بقرار القاضي عندما يقوم بتحويل التصرف الباطل أو القابل للإبطال إلى تصرف آخر صحيح، متعذرة بأنه قام بعملية تفسير تجاوز فيها حدوده، أو أنه كان عليه تجزئة التصرف بدل تحويله، أو أنه غير في سببه، أو أنه حكم للخصم بأكثر مما طلب منه⁴، مما يشير إلى الخلط الواضح بين تلك المفاهيم القريبة من تحول التصرف القانوني، والذي ينعكس بدوره على السلطات الممنوحة للقاضي ناظر النزاع، الأمر الذي يحتم تمييز تحول التصرف القانوني عن تلك المفاهيم⁵.

(1) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 70.

(2) جاء في قرار المجلس الأعلى المغربي سابقا محكمة النقض حاليا الآتي: « لمحكمة الموضوع الحق في إن لا تعتبر في العقود إلا معناها لا مبناها، وأنها حينما تقرر إن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة تُصحح الوضع»، قرار المجلس الاعلى عدد 308 الصادر بتاريخ 20 أفريل 1966 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 85 سنة 1998، ص 288 وما بعدها.

(3) محمد البوسقساقي، المرجع السابق، ص 3.

(4) آمال سليم، المرجع السابق، ص 14، عامر رحمون، المرجع السابق، ص 158، 159.

(5) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 68.

مهما يكن من الأمر فإن تحول التصرف القانوني ليس تفسيراً أو تكييفاً للعقد وإنما هو عمل يقوم به القاضي مقام المتعاقدين فيبدل تصرفهما القديم تصرفاً جديداً يقيمه لهما، ذلك بناء على نيتهما المفترضة مهتدياً بإرادة المشرع، ذلك لأن التحول يقع في التصرفات الباطلة أو القابلة للإبطال.

المبحث الثالث:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني.

إن بطلان أو إبطال التصرف القانوني بمقتضى حكم أو قرار قضائي يعني أن يصبح التصرف عديم الفعالية والجدوى، الأمر الذي يستلزم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهو ما يعرف «بمبدأ رجعية البطلان»، لكن قد يحدث أن هذا التصرف الباطل يتضمن عناصر كافية لأن يتكون منه تصرف آخر صحيح، وكان الظاهر من ظروف الحال أن المتعاقدين لو علما بأن تصرفهما الواقع لا ينعقد لقبلاً أن يعقدا بدلاً منه ذلك التصرف الممكن إعمالاً للنيتهم المفترضة، بغية الحفاظ على إستقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية.

وعليه يترتب على إعمال آلية التحول زوال التصرف الباطل وما ترتب عليه من آثار وإنقاذ التصرفات من البطلان بما يضمن المحافظة على إستقرار المعاملات وحماية مصالح المتعاقدين والأغيار أصحاب النية الحسنة، وإنشاء تصرف جديد يحدث آثار قانونية سواء بالنسبة للعقود الفورية أو العقود الزمنية هذه الآثار التي تسري في حق الخلف العام للمتعاقدين، وكذا في حق الخلف الخاص والغير الخارج عن التصرف، لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يوضح هذه الآثار على خلاف الفقه والقانون المقارن، كما لم يوضح كيفية سريان آثار التصرف الصحيح وهو ما سنبحثه، من خلال عرض آثار نظرية تحول التصرف القانوني قانوناً (مطلب أول)، آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الزمان والأشخاص (مطلب ثان).

المطلب الأول:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني قانونا.

إن آثار نظرية تحول التصرف القانوني تختلف تبعا لإختلاف المبادئ التي يقوم عليها التصرف، فأثار تحول التصرف القانوني تختلف في الفقه التقليدي عنه في الفقه الحديث، لذلك إرتأينا عرض آثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه التقليدي (فرع أول)، وآثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الحديث (فرع ثان).

الفرع الأول:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه التقليدي.

في الفقه التقليدي نجد إرادة المتعاقدين كما أنها لها الحرية في إنشاء التصرفات لها الحرية كذلك في إنشاء الآثار التي تترتب عليها، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره، وكل ما إشتمل عليه ما لم يكن مشتملا على شيء يخالف النظام العام والآداب، لكن نجد هذا الإتجاه منقسم في داخله بين من يعتبر الإرادة هي مصدر للتصرف أو العقد ولآثاره، وبين من يعتبر الإرادة مصدر للتصرف فقط إما آثاره فهي من صنع القانون، الأمر الذي أدى إلى إنقسام الفقه إلى رأيين تمثلا في رأي أصحاب المعيار الذاتي، ورأي أصحاب المعيار الموضوعي نعرضهما كالتوالي:

أولاً: المعيار الذاتي.

إن القوانين التي تعتمد المعيار الذاتي توجب أن تنصب الإرادة على المعقود عليه فكأن جميع الإلتزامات التي تترتب على التصرف القانوني مفروض فيها أنها أريدت جميعها من المتعاقدين، وكأن الإرادة هي التي تخلق التصرف والإلتزام الذي يترتب عليه¹، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري: « وكما أن منشأ الإلتزامات يرجع

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

للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على الإلتزام فهو خاضع للإرادة أيضاً، وبالتالي لا يجوز أن تفلت آثار تحول العقد عند بطلان العقد الأصلي عن هذه القاعدة¹.
 الملاحظ أن 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 القانونية²، فالقول بصحة التصرف الجديد يقع بقوة القانون لا يعني - كما نعتقد - إخضاع آثار التحول لمتطلبات القانون بما يحقق المصلحة العامة³، بل يعني حصول حالة تحول التصرف القانوني وثبوت آثاره عندما تتوافر شروطه كما أقرتها الأنظمة القانونية، وأن يقف في طليعتها شرط تجاه نية المتعاقدين إلى التحول.

أخذت بهذا الرأي محكمة النقض المصرية وجسدته في قراراتها حيث قضت بالآتي: «... وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الإرتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب بطلان، وكانت تعرف هذه النية من مسائل الواقع

(1) نجد في الشريعة الإسلامية إن كان المتعاقدان لهما الحرية في إن شاء العقود إلا إن أحكام العقود واثارها تكون من الشارع لا من المتعاقد، فالمتعاقد ينشئ العقد فقط ولكن لا ينشئ الآثار، وتبعاً لذلك نجد أن آثار التحول ستخضع لحكم الشارع الحكيم دون الرجوع إلى نية المتعاقدين أو إرادتهما وبالتالي هذه الآثار تكون مأطورة باطار الموافقة وعدم المخالفة لأحكام الشريعة، حيدر جبار محمود، تحول العقد وأثره في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة، العدد الرابع، بغداد، الجامعة العراقية، جمهورية العراق، كلية الشريعة، ص206، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 230، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 100.

(2) فكرة النظام العام هي احدى الافكار المتعلقة بالعلوم الاجتماعية، سواء كانت فلسفية أو اجتماعية أو منطقية أو أخلاقية أو قانونية... الخ، وهي فكرة عامة ذات تطبيقات نوعية ووظائف نوعية ووظائف متعددة، وهي فكرة تستعصى على الجمود والثبات ذات مضمون متغير الزمان والمكان. وفكرة النظام العام تلعب دوراً جوهرياً في نطاق العالم القانوني، فقواعد القانون الأمرة في غالبيتها تتعلق بالنظام العام، وحتى القواعد الأمرة التي لا تتعلق بالنظام العام مباشرة تنتهي بالوصول إليها، عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي، البطلان في قانون المرافعات، الجزء الاجرائي، أحكام البطلان، حالات البطلان، البطلان في القانون المدني، نظرية البطلان، تطبيقات البطلان، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2007، ص 28.

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

التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب في ذلك متى ما أقام رأيه على أسباب مسوغة...»¹.

ثانياً: المعيار الموضوعي.

نجد في المقابل وعلى خلاف الرأي الأول، رأي آخر يقلل من شأن الإرادة ويرى أن التصرف ليس سبب في الإلتزام، وإنما هو الفرصة التي تهيأت لوجوده، وإن إخضاع التصرف القانوني في آثاره وتفسيره لسلطان الإرادة قول لا تنهض به حجة، لأن أكثر آثار العقد يرتبها القانون بنفسه، كون المتعاقدان بعد أن يتفقا على الشيء الجوهرية في التصرف يتركان الأمر للقانون².

ولا أدل على ذلك من أن هناك إلتزامات تترتب على التصرف لم تخطر في ذهن الملتزم، وكثيراً ما تثبت الوقائع أيضاً أن الطرفين قد عقدا التصرف دون أن يدركا طبيعته والآثار التي تترتب عليه، ومع ذلك يتحملان جميع نتائجها الذي تنطبق عليه عناصره، كونهما يتفقا على الشيء الجوهرية ويتركان الأمر للقانون هو الذي يرتب آثار التصرف. وعليه إذا فسّر القاضي التصرف لا يتوقع أن يجد المتعاقدين قد نظرا في كل شيء وإتفقا عليه، فهو لا يستعين في الواقع بإفترض إرادة موهومة كما يدعي أنصار مبدأ سلطان الإرادة بل يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد³، وتبعاً لذلك فإن آثار التحول تقع بقوة القانون، لأن صحة التصرف الجديد لا تقوم على إرادة المتعاقدين الحقيقية، بل لأن التصرف الثاني له نشوء مستقل وصحة خاصة به.

هاته الصحة يقرها القانون مباشرة ولا تستند إلى الإرادة المتجهة إلى التصرف الباطل، وعليه فإن الحكم الذي يقضي بتحول التصرف القانوني ليس حكم منشأ، أي أن الحكم ليس هو الذي يبدأ بإعمال تحول التصرف القانوني، وإنما هو يقرر أن التحول قد تم

(1) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 152.

(2) ابراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، المرجع السابق، ص 111.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 105، 108.

لهذا فإن الذي يتمسك بحق التصرف المحول يستطيع دون تردد أن يقاضي بناء على التصرف الجديد، وإنما فقط بشرط أن يقتنع القاضي طبعاً بتوافر أركان نظرية تحول التصرف القانوني¹.

خلاصة القول فإن آثار التحول في الفقه التقليدي تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية ليس إلا، ولا أدل على ذلك كثرة التطبيقات العملية لتحول التصرف القانوني بقوة القانون نذكرها على سبيل المثال لا الحصر، المادة 408 من قانون الأسرة، والمادة 733 من القانون المدني وسنتولى تفصيل هذا في الباب الثاني.

الفرع الثاني:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الحديث.

إذا كان أساس صحة التصرف الجديد، وكذلك آثار تحوله في الفقه التقليدي يرتكز على إرادة المتعاقدين، فإن هذا الأساس وتلك الآثار يختلفان في الفقه الحديث، رغم إتفاف أصحاب هذا الرأي على أن ليس للإرادة دخل في تحول التصرف القانوني بل أن تحقيق المصلحة هو الدافع الرئيس للتحول، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذه المصلحة هل هي مصلحة عامة أم خاصة؟، إنقسم الفقه في هاته المسألة إلى فريقين، الرأي الأول يرى أن آثار التحول تحقق المصلحة العامة، بينما يرى أصحاب الرأي الثاني أن آثار التحول تحقق المصلحة الخاصة وهو ما نعرضه تباعاً:

(1) لقد اتسعت دائرة النظام العام فهناك نظم كثيرة ارتفع فيها المشرع فوق إرادة المتعاقدين فلا يسعها مخالفتها، وذلك راجع إلى فقد المشرع ثقته بسلطان الإرادة، وهو كثيراً ما يتخطى الظواهر ويتغلغل في الصميم فلا يرى أمامه في العقد إرادتين حرتين تتفقان، بل يرى في الميدان الإقتصادي قوتين غير متكافئتين فيتقدم لنصرة الجانب الضعيف ويحميه من استغلال الجانب القوي، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص283، سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص320، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 105، 108.

أولاً: آثار التحول تحقق المصلحة العامة.

في ظل الفقه الحديث وحسب أصحاب هذا الرأي فإن التصرف القانوني يسعى للقيام بوظيفة إقتصادية وإجتماعية 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 التصرف إلى أداة للإضرار بالإقتصاد الوطني أو إلى وسيلة لإستغلال الآخرين. ذلك أن التصرف إذا كان باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي أراها المتعاقدان، ولكن يجوز أن تترتب عليه الآثار التي يقرها القانون، وبالتالي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. فالأكيد ليس هدر التصرف الذي ينضوي على مخالفة القانون وغاياته الإقتصادية، وإنما إبقاء هذا التصرف وإخضاعه لهذه الغايات على نحو يكفل تنفيذه وفاعليته¹، ويضمن التوفيق والملائمة بين مضمونه وما يفرضه القانون.

فالقاضي عندما يبحث عن الإرادة الإفتراضية النقطة الأساس التي يركز عليها لإعمال تحول التصرف القانوني هو الغرض الإقتصادي، طبعاً هذا الأخير الذي يجب أن يخدم المتعاقدان وكذا إقتصاد البلاد، فلا يمكن تحويل عقد بيع بضاعة حدد القانون سعرها، لكن المتعاقدان إتفقا على سعر مخالف لما حدد، ولو توافرت فيه عناصر تصرف آخر². هذا المبدأ الذي يحكم العملية الإقتصادية التي يرمي التصرف تحقيقها، حيث يعنى بإقامة التوازن بين الحقوق والإلتزامات المتبادلة التي يرتبها التصرف وفقاً لما يستلزمه النظام العام الإقتصادي³، أي كان أساسها من إعتبارات العدالة، وسواء نظمتها إرادة الطرفين أو كانت واجبة بمقتضى القانون.

(1) حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد، جمهورية العراق، 1976، دد ن، ص 69.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، أثر العوامل الإقتصادية والاجتماعية في العقد، الجزء الثاني، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1972، ص ص 60، 61.

(3) يحمل النظام العام الإقتصادي الفكرتين اللتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الإقتصادية والاجتماعية، فأحياناً يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسيير الفرد، فيجبر على المساهمة في غاية اقتصادية أو اجتماعية لا يرغب فيها، وأحياناً أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، فتوفر له تلك الحماية، وهكذا يكون هذان

وفي نفس السياق نص قرار محكمة تسبين الكون الجزئية على الآتي: « وإن كان الأصل في العقد الباطل أنه لا ينتج أثر قانوني، إلا أنه كواقعة قانونية لها وجود مادي قد ينتج بعض الآثار العرضية التي لم يقصد المتعاقدان تحقيقها ولم يتوقع أحد حصولها وقت التعاقد»¹. ففي قانون التصرفات القانونية والعقود بصفة خاصة لم يعد يقتصر دور المشرع على تحديد مضمون التصرف القانوني وفقا للظروف الإقتصادية، بل يشمل كذلك تنظيما فنيا جديدا للجزاء، فالى جانب البطلان وهو الجزاء التقليدي في قانون العقود يوجد جزاء جديد هو إخضاع العقد للمتطلبات الإقتصادية.

لأن البطلان التقليدي لا يستجيب لما يتطلبه القانون المعاصر في مواجهة الظروف الإقتصادية²، ولقواعد النظام العام مبدأ عاما في نظام الجزاء إلى جانب الصور التقليدية، لأن المصلحة العامة للبلاد تكون عادة مرتبطة بتنفيذ التصرفات القانونية أكثر من عدم تنفيذها بشرط أن لا تكون مراجعة هذه التصرفات غير متماشية مع النظام العام³، لأن تحول التصرف القانوني لا يجب أن يكون المراد منه إشباع الحاجات الفردية فقط.

ثانيا: آثار التحول تحقق المصلحة الخاصة.

على خلاف الرأي الأول، يرى أصحاب هذا الرأي أن آثار تحول التصرف القانوني تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأولى ليس إلا، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والإقتصاد الوطني⁴، كون مبدأ سلطان الإرادة يجعل

=الاهتمامان وجهي النظام العام الإقتصادي الذي يتفرع إلى نظام اقتصادي توجيهي أو موجه، ونظام عام حمائي أو إجتماعي، علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 282، 283.

(1) قرار محكمة تسبين الكون الجزئية الصادر في 1934/10/26 العدد 277، مجلة المحاماة المصرية، العدد السادس، مارس 1936، ص 629.

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

(3) نفس المرجع، ص ص 238، 234، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل إجازة معهد القضاء، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قسم السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، المملكة العربية السعودية ص 135، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 106.

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

للمتعاقدين كل الحرية في أن يتفقا على إبرام العقود طالما أنها في حدود القانون والنظام العام، وطبعاً تهدف بالأساس إلى تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقدين.

ما الفائدة إذن من إبرام تصرف أو تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني في حالة بطلان التصرف أو إبطاله والعمل جهد المستطاع الإستفادة من التصرف الباطل وعدم إهداره ما دام التحول لا يحقق مصلحة المتعاقدين بالدرجة الأولى ويشبع حاجتهما، ويهدف إلى تغليب المصلحة العامة الأمر الذي ينافي المنطق القانوني، فطالما آثار التحول تخدم المصلحة العامة بالدرجة الأولى يمكن للمتعاقدين ابدأ إرادتهما المعاكسة وبالتالي عدم تحويل التصرف الباطل إلى تصرف صحيح¹.

فعقد البيع التافه الثمن في حالة بطلانه يتحول إلى عقد هبة، ففي عقد البيع الباطل لمصلحة المشتري إنتقال ملكية المبيع إليه دون دفع ثمن يساوي المبيع، وهو في حقيقة الأمر بيع صوري، وطالما لم تتحقق هذه المصلحة لبطلان عقد البيع، في هاته الحالة يحول عقد البيع الباطل إلى عقد هبة صحيح الذي ينتج عنه إنتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، أي تحقيق مصلحة المتعاقدين بالدرجة الأولى².

وعليه يمكن القول أن آثار نظرية تحول التصرف القانوني تهدف بالأساس إلى تحقيق المصلحة الخاصة شريطة أن لا يكون التصرف الجديد مخالف للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي فهو يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة وهي الحفاظ على إستقرار المعاملات، مع الإشارة أن المصلحة الخاصة هي الأولى التي تؤخذ بعين الإعتبار.

المطلب الثاني:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الأشخاص و الزمان.

إن القول أن التحول يتحقق إذا توافرت الشروط التي وضعها القانون لا يكفي، بل يجب معرفة كيفية سريان التحول من حيث الزمان هل يتحقق بشكل رجعي كما في البطلان

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

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 230، سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 140.

العادي، بالإضافة إلى تحديد الأشخاص الذين تسري بحقهم هذه الآثار التي نتجت عن التصرف الصحيح، إنطلاقاً من هاته الإشكاليات التي تطرح نفسها نعرض آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الأشخاص (فرع أول)، آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الزمان (فرع ثان).

الفرع الأول:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الأشخاص.

إن آثار التصرف الصحيح من حيث المبدأ لا تتصرف إلا إلى أطراف العلاقة العقدية دون غيرهم بوصفهم قد إلتزموا بهذا التصرف بموجب إرادتهم الحرة¹، حيث لا يمكن للشخص أن يلزم غيره بتصرف لم يكن هذا الغير طرفاً فيه، وإن كانت هناك بعض الإستثناءات التي تسري فيها أثر التصرف على الغير الأجنبي عنه²، وهذا المبدأ أي إقتصار أثر التصرف على طرفيه يعرف في اللغة القانونية بالآثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص³. إن كان هذا المبدأ يؤخذ في التصرفات القانونية (العقود) التي تنشأ على الوجه الصحيح والقانوني، فما هي طبيعة الآثار التي تنشأ عن تطبيق نظرية تحول التصرف الباطل إلى عقد صحيح؟، لاسيما وأن الذي يبرز للوجود نتيجة تطبيق نظام تحول التصرف القانوني هو عقد صحيح مما يعني أن آثاره تسري في حق طرفيه وحق الغير، وعليه نعرض سريان آثار التحول في حق المتعاقدين، ثم سريان آثار التحول في حق الغير على التوالي:

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج1، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 638.

(2) سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 147.

(3) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 250.

أولاً: سريان آثار التحول في حق المتعاقدين.

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

معنى هذا القول أن يظهر إلى الوجود تصرف آخر صحيح نتج عن التصرف الباطل¹، الذي يرتبط به المتعاقدان أصلاً، حيث توافرت أركان هذا التصرف الآخر الصحيح في ذات التصرف الباطل، وعليه طالما سلمنا بقيام هذا التصرف الصحيح الذي ظهر إلى الوجود الواقعي القانوني لذا فإن التصرف لا بد أن ينتج عنه آثاراً ما.

وترتيب الآثار هذا يعني أن التصرف قد أوجد إلتزامات متبادلة في جانب كل طرف من أطرافه اللذين يرتبطا به، ومن ثم لا بد لكل طرف من هؤلاء بتنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه طبقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود²، هذه الآثار التي تنتج عن أعمال نظرية تحول التصرف الباطل إنما تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها والذي يجب أن لا تتغير صفاتهم التي يرتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة، معنى أنه لا بد لكي ينتج التصرف الصحيح آثاره بحق المتعاقدين نتيجة التحول أن لا يتغير أحد أطراف العلاقة العقدية.

وعليه إذا تطلب الأمر إدخال متعاقد جديد لتمام التصرف القانوني، فمعنى هذا بالتأكيد هو إمتناع التحول³. كون التصرف الصحيح يعد ملزماً لأطرافه، فهم يلتزمون بتنفيذ

(1) سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، العدد الثالث والعشرون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، دولة الكويت، 2014، ص 24.

(2) محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، العدد الرابع والخمسون، السنة السابعة والعشرون، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، الامارات العربية المتحدة، 2013، ص ص 228، 229.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 246، عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي، البطلان في قانون المرافعات، الجزء الاجرائي، أحكام البطلان، حالات البطلان، البطلان في القانون المدني، نظرية البطلان، تطبيقات البطلان، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2007، ص 467.

فقراته كاملة، وليس في وسعهم التنصل من الإلتزامات التي تنتج عنه على أساس أنهم لم يتفقوا عليه ابتداءً، ذلك أن حلول إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين إنما تمت بالإستناد إلى تحقيق الغايات الإقتصادية للمتعاقدين، أو على القدر الذي من خلاله أن يحققا أهدافهما، من خلال إفتراض أن إرادتهما كانت ستتجه إلى التصرف الجديد الصحيح في حال علمهما بالبطلان، ولذا يعد التصرف الجديد ملزماً لهما بكل ما يتولد عنه من إلتزامات¹.

أيدت ذلك محكمة النقض المصرية إذ كان فحوى قرارها الآتي: « تحول العقد الباطل إنما يكون في حالة بطلان التصرف مع إشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الإحتمالية قد إنصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد إنتهت إلى بطلان الإلتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد عن هيئة الإذاعة فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس»².

أيضاً جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية الآتي: « فكرة تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التي إتصفا بها في العقد القديم، فليس في سلطة القاضي إجراء أي تغيير في هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول. لما كان ذلك فإن تحول العقد يكون ممتنعاً إذا كان يستلزم ذلك إدخال متعاقدٍ جديدٍ ليعقد العقد، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلاً لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه»³.

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

(2) نقض جلسة 1970/1/29، المكتب الفني 21، رقم 34، ص 213 .

(3) نقض مدني 1970/11/26 مجموعة أحكام النقض 21، سنة 1976، ص 192.

طالما قلنا أن التصرف الصحيح الذي ظهر إلى الوجود نتيجة لإعمال التحول يرتب آثاره بالدرجة الأساس في حق المتعاقدين، فإن معنى هذا القول بالتأكيد هو أن آثار التحول ستنقل إلى الخلفاء العموميين للمتعاقدين، كالورثة والموصى لهم بمجموع الشركة أو بجزء منها على إعتبار أن التصرف (العقد) يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام¹.

فالطرف الذي يتمسك بتحول التصرف القانوني لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه. إنما اللازم فقط ضرورة إقتناع القاضي دائماً بتوافر هذه الشروط، إلا أن هناك من الفقه من يعتقد بأن الذي يتمسك بتحول التصرف القانوني يكون مع ذلك ملزماً بالإثبات، ويحتج على ذلك جانب آخر من الفقه الذي يرى بأن تحول التصرف القانوني إنما يخدم في المحل الأول حاجة المتعاقد وعليه فإن إعماله ضد إرادة ذلك الذي كان من الواجب أن يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض².

وقد بين قرار محكمة النقض المصرية ذلك بالقول: «وتشترط المادة 144 من القانون المدني لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الإرتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان، وإذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد إنصرفت إلى الإرتباط به فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول إلى تصرف آخر ملزم للمتعاقدين لأن

(1) الخلف العام هو الذي يخلف غيره في كل ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال فيما يتعلق بها من حقوق والتزامات، مع مراعاة إن يتركه إلا بعد سداد الديون وأن الالتزامات تبقى في الشركة حتى تنقضي فيعتبر خلفاً عاماً الوارث والموصى له بسهم شائع في الشركة كالثالث أو الربع إذ يعتبر الموصى له بعين معينة بالذات خلفاً خاصاً، سواًم سفيان، المرجع السابق، هامش رقم 30، ص 150، إن ور طلبية، الوسيط في القانون المدني، الوسيط في القانون المدني، إساءة استعمال الحق والقانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، إن حلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الجزء الأول، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي 1998، ص 404.

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

المتحكمن لم يقبل بموجب عقد التحكيم إلا الإلتزام بالحكم الذي يصدره المحكم هذا الحكم تحللا من مشاركة التحكيم»¹.

جسدت أيضا محكمة تمييز العراق هذا الإتجاه عندما ذهبت إلى ضرورة توافر عناصر العقد الجديد كافة في العقد الأصلي فقررت بصدد عقد بيع عقار خارجي، أنه لا يتحول إلى عقد إباحة تصرف إلا إذا توافرت عناصر العقد الأخير كافة في العقد الأول². لكن 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 يقدموا للقاضي مادة حكمه، ويضعوا أمامه الوقائع التي ينتج عنها التحول في الدعوى، إلا أن جانبا من الفقه ينفي إمكان أن يحول القاضي التصرف القانوني من تلقاء نفسه للأسباب المذكورة سابقا.

ثانيا: سريان آثار التحول في حق الغير.

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

(1) نقض 1968/1/28 سنة 19، ص 1320.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 36/ هيئة عامة أولى/973 في 1972/4/22/ النشر والقضائية، العدد 2، السنة 3، 1972، ص 11.

(3) الغير هو الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد، فالصلح الذي يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسري في حق بقية الورثة، والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشيوخ 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، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص 554.

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 لإحتوائه أركان الوصية رغم بطلانه»¹، ففي هذا المثال فإن 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 صحيحة².

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

من خلال تحليلنا لآثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري نخلص إلى أنه رغم إختلاف آراء الفقه وإنقسامه حول آثار التحول بين من ذهب إلى تأييد الحرية المطلقة لإرادة الأطراف في تكوين العقد الجديد وكذا تحديد آثاره، ومن إعتبر أن آثار التحول تبقى مجرد وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأولى، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والإقتصاد الوطني.

الفرع الثاني:

آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الزمان.

إن البطلان هو الجزاء المترتب على الإخلال الحاصل في تكوين التصرف القانوني، الأمر الذي يترتب عليه إعتبر التصرف القانوني (العقد) بشكل عام كأنه لم يكن، أي أن

(1) عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الاسرة: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 387، 388، مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت، جمهورية لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 542.

التصرف لم ينعقد أصلاً مما يترتب عليه إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل، ورجعية آثاره إلى وقت حصوله، فمعنى هذا القول أن التحول هو الآخر يترتب آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان، وليس من تاريخ الحكم بتحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح، بمعنى أن تحول التصرف القانوني ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر فوري.

علة ذلك أن التحول إنما يقصد به إنقاذ التصرف من البطلان الذي لحق به، ولكن هل هذه القاعدة تطبق على العقود الفورية والعقود المستمرة على السواء أم لا؟. وقصد الإجابة على التساؤل المطروح نعرض سريان آثار التحول في العقود الفورية، ثم سريان آثار التحول في العقود الزمنية على التوالي:

أولاً: سريان آثار التحول في العقود الفورية.

إن البطلان يلحق بالتصرف حال نشوئه وقيامه، إذ لا يمكن للتصرف أن ينشأ صحيحاً ثم بعد ذلك يلحقه البطلان¹، وعلى هذا الأساس فإن القول بتخليص التصرف وإنقاذه من البطلان لا بد أن يتم من اللحظة التي يلحق بها التصرف وليس من أي وقت آخر هذا من جهة².

من جهة أخرى حيث قلنا عند الحديث عن الشروط اللازمة لإعمال تحول التصرف القانوني هو أن الإرادة اللازمة للتحول هي الإرادة الإفتراضية وهي إرادة غير حقيقية، ومبناها الخيال والتصوير الأمر الذي يعني إستبعاد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين³.

وعليه فإن القاضي وهو يفترض أن إرادة المتعاقدين كانت ستتجه إلى التصرف الصحيح الذي تضمنه التصرف الباطل بين طياته لو أنهما علما بالبطلان قبل إبرامه، ومعنى

(1) هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد، بيروت، جمهورية لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص ص 55،56.

(2) علي كاظم الشيباني، المرجع السابق، ص 360، هدى عبد الله، المرجع السابق، ص ص 55،56.

(3) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 130، عبد المجيد خلف العززي، بطلان العقود في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2010، ص 546.

هذا القول بالتأكيد أن هذا الافتراض لا بد أن يكون وقت إبرام التصرف الباطل وليس في أي وقت آخر، إذ أن القول بغير ذلك يعني بالتأكيد أن أطراف العلاقة العقدية قد تحقق لديهما العلم بالبطلان ومع ذلك أقدمنا على الارتباط بهذا التصرف الباطل وهو أمر لا يمكن تصوره عقلاً¹.

على هذا الأساس فإن تحول التصرف القانوني لا بد أن ينتج آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان وإلا إمتنع القول بإمكانية إعمال التحول²، كما يمكن أن نستخلص هذا المعنى من خلال مراجعة نص المادة 105 من القانون المدني التي عالجت آلية التحول حيث جاء في عجز هذه المادة ما يشير إلى هذا المعنى: «... فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد».

يمكن لنا من تدقيق هذا النص معرفة أن آثار تحول التصرف القانوني(العقد) من حيث الزمان إنما تتم بأثر رجعي إلى وقت حصول البطلان بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط إفتراض أن المتعاقدين سيرتبطان بالتصرف الصحيح لو علما بالبطلان.

يبدو أن الإجتهد القضائي ساير هذه النصوص من خلال الأخذ بفكرة الأثر الرجعي بالنسبة لتحول التصرف القانوني، فالقاضي وهو يلجأ إلى إفتراض إرادة تحل محل إرادة المتعاقدين إنما يعمد إلى هذا الإفتراض من تاريخ إبرام التصرف وليس في أي وقت آخر،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 179، عبد المجيد خلف العنزي، المرجع السابق، ص 546.

(2) لا بد من الإشارة أن مجال تطبيق الأثر الرجعي في التصرف القانوني متباين فهو قد يعمل على محو التصرف تماماً وكأنه لم يوجد أبداً كما في حالة التصرف الباطل، وقد يعمل بخلاف ذلك حيث يقوم على تأكيد التصرف إذا كان غير نافذ ثم زال ما يمنع نفاذه، كما في حالة اجازة العقد الموقوف حيث يستند نفاذ العقد إلى وقت إبرامه، فضلاً عن إن حكم الأثر الرجعي في التصرف متباين في مدى المساس بحقوق أطراف التصرف، وفي حدود غير تامة تبطل الحقوق المبرمة من قبل الأطراف لمصلحة الغير، وبذلك يكون الأثر الرجعي قد مس كلا من أطراف التصرف والغير في إن واحد، سفيان سوام، المرجع السابق، ص 150، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 360.

على إعتبار أن التصرف الجديد الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل يحمل تاريخ التصرف الأصلي نفسه.

في هذا الشأن إعتبرت الغرفة المدنية التاسعة في لبنان بقرارها رقم 29 المؤرخ في 2010/7/13 الآتي: « إن محكمة الإستئناف قد أحسنت تطبيق القانون عندما حولت عقد البيع الباطل إلى عقد مفايضة صحيح من خلال التثبت من عدم تعيين المتعاقدين للثمن في العقد، أو تفويض أي شخص آخر لتعيينه أو الإتفاق على أسس والعناصر التي يتحدد الثمن بمقتضاها أو على الطريقة التي تم تحديدها بها...»¹.

كذلك قضت الغرفة المدنية الرابعة فيما يخص العقود الفورية أن محكمة الموضوع قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً عندما حولت عقد البيع الباطل إلى عقد هبة صحيح، مشيرة إلى أن التحري عن قصد التبرع وعن نية التنازل من دون مقابل يعود تقديرهما لمحكمة الأساس، وبذلك تكون المحكمة قد غيرت سبب الدعوى أو حكمت بأكثر مما هو مطلوب، إنما إعتمدت الأعمال والوقائع المثارة بين الفريقين لتكييف العقد، حتى ولو جاء مختلفاً عن تكييفهما، بما أن المحكمة لن تعتمد في توصيفها للعقد عقداً أو ورقة خفية مختلفة عن العقد الظاهر، بل أعطت الوصف المطلوب إبطاله الإطار الصحيح له، وحيث أن المحكمة إعتبرت أن العقد لا يشكل بيعاً مكتمل العناصر، إنما أعطته الوصف الذي يتلاءم مع مندرجاته ومع المفاعيل الناشئة عن ذلك، بحيث أنها وإن إعتبرت أن البيع يفتقد عنصراً جوهرياً، إلا أن التصرف يصلح لأن ينتج مفاعليه وفقاً لتوصيف آخر صحيح هو الهبة².

رغم أن هذا القرار يوضح بصورة جلية مثلاً لعقد فوري ألا وهو عقد البيع وأن التحول يكون بأثر رجعي إلا أن القاضي في منطوق قراره إعتبر التحول عبارة عن خطأ في التكييف، وهذا لا يمكن قبوله بأي شكل من الأشكال كوننا أشار سابقاً إلى الفرق بين تحول التصرف القانوني (العقد) وتكييف العقد، وهذا الخلط بين آلية التحول، تكييف العقد،

(1) القرار منشور في مجموعة كساندر اللبنانية، الجزء السابع، العام 2010، ص 1246.

(2) القرار منشور في مجموعة كساندر اللبنانية، الجزء الثاني، 2007، ص 203.

وتفسير العقد وغيرها من المفاهيم المقاربة يعتبر من الإشكالات التطبيقية التي كثيرا ما تطرح في الواقع العملي عند تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني (العقد)، وهو ما ينعكس سلبا عن تحقيق الأهداف المتوخاة من إقرارها.

بالإضافة إلى أن التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل هو الرابطة القانونية بين المتعاقدين، وهو لا يحتاج إلى إجراء آخر حتى يحكم العلاقة القائمة بينهم بموجب هذا التصرف الصحيح، وهو ينفذ بين المتعاقدين ويرتب آثاره كاملة من تاريخ إبرام التصرف القانوني، كما وقد يسري في مواجهة الغير كذلك وفق القواعد العامة المقررة لآثار التصرفات القانونية¹.

هناك من الفقه من يرى أنه وفق المبدأ وهو رجعية أثر تحول التصرف القانوني (العقد) من حيث الزمان إلى تاريخ إبرام العقد الأصلي، فإنه إذا ما أصدر القاضي قراره بتحويل التصرف الباطل إلى آخر صحيح فلا يحق بعد ذلك للمتعاقدين رفض هذا القرار بحجة أنهم إعترضوا عليه كونه لم يتوافق مع ما كانوا يهدفان إليه من إبرام التصرف الأصلي، إذ المفروض بهم في حالة عدم رغبتهم بإتمام تحول التصرف القانوني (العقد) أن يثبت أحد المتعاقدين أو كلاهما إرادة معاكسة لإجراء التحول وقت إبرام العقد الأصلي².

وهو ما أشارت إليه وقائع قضية إعتبرت فيها محكمة الاستئناف أن عقد البيع المطلوب إبطاله لضالة الثمن يفتقر إلى أحد عناصره، وهو بسبب ذلك باطل إلا أنها ردت طلب الإبطال كون العقد المطعون بصحته ينتج مفاعليه وفقا لتوصيف آخر صحيح هو الهبة، وقد إعتمدت المحكمة هذا التوصيف تطبيقا لنص المادة 370 مدنية... وحيث أن مسألة التحري عن قصد التبرع بلا مقابل يعود تقديره لسلطان المحكمة، وقد إستثبتت من ضالة الثمن وصلة القرابة أن العقد هو في الواقع هبة³.

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

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

(3) محمد عمار تركمانية غزال، المرجع السابق، ص 84.

هكذا برر أصحاب هذا الإتجاه قولهم بأن الهدف من قيام المتعاقدين أو أحدهما بوضع (عدم قابلية العقد للتحول في حالة بطلانه) هو عدم إمكانية اللجوء إلى إرادة إفتراضية من قبل القضاء طالما هناك إرادة واضحة وصريحة للمتعاقدين برفض إجراء تحول التصرف القانوني، حيث لا يمكن للقاضي بأي حال من الأحوال أن يلجأ إلى الإرادة الإفتراضية، كونه يتعارض مع أهداف وغايات المتعاقدين من إبرام التصرف القانوني (العقد) وفقا للمادة 106 من القانون المدني التي جاء فيها: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون»¹، فهل معنى هذا أن إرادة القاضي تعلق على إرادة الأطراف؟.

الإفتراض الآخر أن المتعاقد الذي علم بالبطلان إنما أراد التصرف الآخر ولو بشكل إحتياطي تحسبا لتلافي التصرف الأول الذي جاء باطلا، وفي هذه الحالة يمتنع القول كذلك بإمكانية أعمال نظام تحول التصرف القانوني، حيث أن الأمر يدور حول إرادة حقيقية وضرورة الكشف عنها، وعليه فإن الأمر يتعلق بالتفسير وليس بتحول التصرف القانوني، على إعتبار أن الإرادة اللازمة لقيام آلية التحول إنما هي الإرادة الإفتراضية للقاضي عندما يحل نفسه محل المتعاقدين من أجل إنقاذ عقدهما الباطل².

سواء قلنا أن المتعاقد لم يرد بأية حال من الأحوال الإرتباط بأي تصرف قانوني (العقد) كونه قد أقدم على الإرتباط بالتصرف الباطل مع علمه بالبطلان أو أنه أراد التصرف الآخر على سبيل الإحتياط خشية حصول البطلان في التصرف الأول الذي إرتبط به إبتداء، ففي كلتا الحالتين لا يمكن القول بإمكانية حصول تحول التصرف القانوني (العقد)، كون القول بذلك يعني مخالفة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

(1) المادة 160 من القانون المدني المعدل والمتمم.

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

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 آلية، ومن ثم تحويل هذا التفويض إلى توكيل في حالة واحدة فقط، وهي أن يكون التاجر الصغير لا يعلم من الأصل ببطلان التفويض الذي يجريه¹.

وردا على هذا الرأي قال بعض الفقه أن المادة 105 من القانون المدني لم تتضمن مثل هذا الشرط بأي وجه من الوجوه والمتمثل أنه في حالة وجود إرادة معاكسة لا يمكن أن يحول التصرف القانوني، وبالتالي لا يمكن تحميل النص أكثر من معناه لأنه إذا كان من الممكن القبول بهذا الرأي من الناحية النظرية فإنه لا يمكن القبول به من الناحية العملية. ذلك أن إتفاق المتعاقدين الصريح على عدم قبول تحول التصرف القانوني (العقد) في حالة البطلان يفيد بأن المتعاقدين قد توقعوا حصول البطلان مسبقا، كما أنه المادة 106 من القانون المدني نصت على: «...أو للأسباب التي يقررها القانون»، وهذا يسمح للقاضي بأن يحول التصرف القانوني دون الرجوع إلى إرادة الأطراف حتى وإن كانت إرادة معاكسة طالما هناك نص صريح يسمح بتطبيق آلية التحول.

ثانيا: سريان آثار التحول في العقود الزمنية.

إذا بات الأمر واضحا بالنسبة لآثار تحول التصرف القانوني (العقد) من حيث الزمان بالنسبة للعقود الفورية أو آنية التنفيذ²، وذلك من خلال رجعية آثار تحول التصرف القانوني إلى وقت إبرام التصرف الأصلي، حيث وقوع البطلان ولا يمكن تصور أي وقت آخر لذلك وإلا إمتنع القول بالتحول، لكن كيف تتحقق آثار التحول بالنسبة للعقود الزمنية³؟ وفي أي

(1) هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 56.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370، هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 56.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 179، مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 154.

وقت يمكن أن ينتج التحول آثاره في مثل هذه العقود؟ هل يمكن القول بمبدأ الرجعية إلى وقت إبرام العقد أم لا على إعتبار أن الزمن له أثر جوهري في مثل هذا النوع من العقود؟. لقد ذهب الفقه في هذه المسألة إلى تجاهين مختلفين¹، فبينما يرى الإتجاه الأول أن هناك مبدأ عاما يطبق بخصوص آثار تحول التصرف القانوني من حيث الزمان مفاده أن تحول التصرف القانوني (العقد) ينتج آثاره بشكل رجعي دائما، وفي جميع الأحوال سواء أكان العقد فوريا أم عقدا زمنيا حتى وإن كانت هنالك ثمة صعوبات تظهر بشأن رجعية الأثر بالنسبة للبطلان.

ذلك نتيجة لطبيعة الإلتزامات 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»²، 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 إتفاق عكسي بمعنى إقالة هذا العقد³.

بعبارة أخرى فإن تحول التصرف القانوني (العقد) ينتج أثره بشكل رجعي وليس بأثر حال، وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن تحول التصرف القانوني (العقد) يقع بصفة عامة بأثر رجعي⁴، إلا أن هذا الإتجاه لم يأت في هذا بشيء جديد، حيث يرى أن عقود المدة أو ما يسمى بالعقود الزمنية تعمل بالنسبة لها آلية التحول بأثر حال لأن البطلان يعمل فيها بأثر حال كذلك. لا تكون إستثناء من تلك القاعدة لأن طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن فيها بإعتباره الركن الجوهري في الوفاء بالإلتزامات

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص245، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص138.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص370، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص463.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص245، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص138.

(4) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص370، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص137.

تجعل الأثر الرجعي للبطلان من الصعب تصوره، حيث أن رد هذه الإلتزامات الموافقة يكون متعذرا بسبب سريان الزمن إن لم يكن قد أصبح مستحيلا¹.

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 التصرف القانوني (العقد) من حيث الزمان، حيث عدا الفقيه الفرنسي (lipinski) إن تحول التصرف القانوني (العقد) في العقود الزمنية كعقد العمل مثلا لا يمكن إسترجاع الإلتزامات التي تم تنفيذها بموجب دعوى الإسترجاع.

ففي مثل هذه الحالات لا يكون للبطلان أن يعمل إلا بالنسبة للمستقبل فقط وليس للماضي، وإن كان قد أقر بأنه في بعض هذه الحالات لا يمكن محو الماضي أو التغاضي عنه، ويسوغ رأيه هذا قائلا: « إن البطلان ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل » بنظرية الظاهر التي إعتدها القضاء بالنسبة لمثل هذه العقود والأوضاع الناتجة عنها²، فهو يقر ضمنا بأن تحول التصرف القانوني (العقد) يمكن أن ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل وليس بأثر رجعي نظرا لصعوبة القول بإنتفاء الأوضاع التي تترتب على تنفيذ العقد أو جزء منه³.

لا شك بأن فكرة الأثر الرجعي للبطلان تعتبر من الأسباب الهامة التي جعلت نظرية تحول التصرف القانوني (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 عنه⁴، فهذا النوع من العقود رغم أنه عقد زمني إلا أنه في

(1) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع سابق، ص243، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 370.

(2) عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1955، ص 44.

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

(4) القاعدة إن 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 إن 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

حالة بطلانه يكون بأثر رجعي وليس فوري نظرا لما قد ينتج عن فترة العلاقة الزوجية من أولاد وبالتالي إثبات البنوة والنسب، الميراث، هبة، وصية،....، وغيرها من الآثار التي تترتب عن هذا النوع من العقود الزمنية.

يبدو أن نظرية تحول التصرف القانوني يمكن أن يقع بأثر رجعي حتى بالنسبة للعقود الزمنية ذات الآجال الطويلة، حتى وإن كانت هذه العقود قد نفذت آثارها بشكل كامل أو بشكل جزئي في كل يوم من أيام تنفيذها، الأمر الذي ينتج معه 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 أن الحكم ببطلان عقد الإيجار لا يمكن أن يمحى الآثار التي ترتبت على تنفيذ هذا العقد، على إعتبار أن المستأجر في هذا العقد قد شغل المأجور وإنتفع 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، لأن القول بغير ذلك يعني الإعتراف صراحة أن العقد الباطل قد أنتج آثارا قانونية صحيحة وهو أمر غير مقبول قانونا .

ويضيف بعض الفقه بالقول أن العقد الباطل يكون سببا قانونيا لإنتاج الآثار رغم كونه غير موجود أصلا في نظر القانون من تاريخ حصوله، ومن ثم لا يمكن إعتباره 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 تحول العقد إلى عقد آخر من

=أبرم الزواج بحسن نية، إما إذا كان الزوجان سيء النية، فإن البطلان يترتب آثاره بأثر رجعي، ومع ذلك فقد يثار الأمر بالنسبة لترتب بعض الآثار بمناسبة هذا الزواج الباطل إذا حصل دخول بين الزوجين كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية خاصة فيما يخص ثبوت النسب، والعدة....، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 245.

طبيعة مختلفة، فإن الواقع في هذه العقود وبعد تحولها من عقود باطلة إلى عقود صحيحة ستستمر بذات المضمون الأمر الذي يعني تحقق أثر تحول العقد بأثر رجعي كذلك وليس من أي وقت آخر¹.

إذا أبرم عقد الإيجار بشكل مؤبد فهذا العقد يعد باطلا لمخالفة نصوص القانون وبالتالي فإنه يمكن أن يتحول وفقا للقائلين بهذا الرأي إلى عقد صحيح من ذات المضمون وهو عقد إيجار أيضا ولكن لمدة مؤقتة، عليه فإن هذا العقد الصحيح الذي تحول إليه عقد الإيجار الباطل قد إستمر بذات الطبيعة بين نفس الأطراف الأمر الذي لا يجعل للوقائع المادية المتمثلة بواقعة الإنتفاع ذات تأثير كبير وبالتالي فإن 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.

في نفس السياق جاء في قرار المحكمة العليا رقم 1056733 المؤرخ في 2016/3/10 الآتي: «... إن العقد الذي يجمع المدعي والمدعي عليها عدة عقود غير محددة المدة وأنه من الثابت فقهاء وقضاء أن العقود محددة المدة والمبرمة خلافا للمادة 12 من القانون 90/11 تحول إلى عقود غير محددة المدة طبقا للمادة 14 من ذات القانون، وأن أي تسريح يعتبر تعسفيا...، لكن حيث يتبين من الحكم المطعون فيه أن القاضي أول درجة لم يخالف القانون طالما أنه طبق الإجتهااد القضائي المستقر أن دعوى إعادة تكييف العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة وفقا للمادتين 11 و12 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل»².

(1) على أنه يجب ملاحظة أن فكرة الأثر الرجعي هذه تجعل نظام تحول العقد يشتهب في هذه الناحية مع نظام الإجازة، على إعتبار إن 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 373، 374.

(2) في نفس السياق جاء قرارات المحكمة العليا، قرار رقم 963960 المؤرخ في 2015/7/09، قرار رقم 1199572 المؤرخ في 2018/1/4، قرار رقم 1296630 المؤرخ في 2018/7/4، قرار رقم 1189940 المؤرخ في 2017/6/8،

الملاحظ من هذا القرار أن هناك خلط وعدم فهم رصين للمواد القانونية عند تطبيقها من طرف القضاء الجزائري خاصة فيما يتعلق بالمادة 105 من القانون المدني، وهو ما يبرر ندرة القرارات والإجتهادات القضائية بخصوص المادة عكس التشريعات المقارنة وعلى رأسها التشريع المصري الذي نجده زاخر بمجموعة لبأس بها فيما يخص المادة، عليه يعاب على هذا القرار الآتي:

- القاضي حكم بتحول عقد العمل محدد المدة إلى عقد عمل غير محدد المدة وهذا يعني تطبيق المادة 105 من القانون المدني.
- هذا النوع من التحول الذي نادى به تجاه فقهي وهو تحول من نفس مضمون العقد الباطل، حيث في القرار تم تحول العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، والذي أنكره تجاه فقهي آخر.
- ثم يعقب القاضي قائلاً: «...دعوى إعادة تكييف...»، بمعنى أن القاضي أعاد تكييف عقد العمل ليس ألا، مع العلم أن التكييف هو إعطاء التسمية الصحيحة للعقد الصحيح بدلاً من تسمية الأطراف وفي قضية الحال عقد الإيجار تم إبطاله، كما أن تحول العقد وتكييف العقد نظامان مختلفان تماماً رغم وجود بعض أوجه الشبه بينهما وقد سبق الإشارة إلى ذلك، وهو ما يعاب على القضاء الجزائري خاصة في تفعيل وتطبيق المادة 105 من القانون المدني.

بالإضافة إلى أن تحول العقد يتم بالإستناد إلى الإرادة الإفتراضية التي تقوم على أساس إفتراض القاضي حيث لا يمكن القول بالإرادة الحقيقية، إذ أن هذا القول يعني أن العقد الآخر الصحيح لو أريد حقيقة ففي هذه الحالة فإن صحته تستند إلى إرادتهم الحقيقية،

الأمر الذي يعني هدم أحد أركان تحول التصرف القانوني الأساسية، ومن ثم الخوض في نظام آخر هو التفسير الذي يهدف إلى معرفة حقيقة ما عناه المتعاقدان من عقدهما المبرم¹. طالما سلمنا بأن الأمر في تحول التصرف القانوني يقوم على أساس الإرادة الإفتراضية التي يوجد بها القضاء بما له من سلطة الإنشاء وفي ضوء الهدف الإقتصادي للمتعاقدين، عليه لا يمكن القول بأن هذه الإرادة الإفتراضية يمكن أن تحصل في غير وقت إبرام التصرف القانوني (العقد)، حيث في هذا الوقت فقط دون غيره يمكن للقاضي أن يفترض أن أطراف العلاقة العقدية لو تحقق العلم لديهما ببطلان التصرف القانوني (العقد) الذي ينويان الإرتباط به لكانا قد أرادا التصرف الآخر الذي توافرت أركانه في التصرف الباطل، على هذا الأساس نرى أن نظرية تحول التصرف القانوني إنما تنتج آثارها من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ إبرام التصرف الأصلي الذي جاء باطلا وليس من أي وقت آخر.

(1) مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 463.

خلاصة الباب الأول:

إن نظرية تحول التصرف القانوني هي نظرية قديمة عرفت الشرائع القديمة والفقهاء الإسلامي، فهي تمثل المرحلة الأولى لنشأتها وهي إن كانت تحمل معناها فربما إفتقرت إلى بعض شروطها وآثارها، ثم تبلورت من خلال تقنينها في مجموعة التشريعات الغربية والعربية الحديثة وعلى رأسها القانون المدني الألماني الذي أوضح شروطها وضوابطها وحالاتها.

أما الفقه الإسلامي الذي عرف بأصالته وشموله وقواعده وضوابطه جعل من آلية التحول صناعة فقهية أصلية، كونه أكثر راحة، وسعة ومرونة من النظام القانوني في تلبية متطلبات الواقع والاستجابة لحاجات الناس العملية في أدق تفاصيلها الجزئية كيف لا والفقه الإسلامي يستند إلى مصادره الشرعية، وعلى رأسها القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، وإجتهادات الفقهاء وفق منهجية الفقه العظيم. وبالتالي فإن هذا يدل على أنه سبق العديد التشريعات المدنية الحديثة بفترة طويلة من الزمن في معرفة آلية التحول.

لكن رغم أهمية نظرية تحول التصرف القانوني إلا أن هناك العديد من القوانين المقارنة التي لم تنص على هاته النظرية لكنها كانت تتضمن نصوصا تطبيقية لها إعتدتها الفقه والقضاء أساسا قانونيا للتحول، وهذا يدل أن هذه النظرية لا يمكن الإستغناء عنها بأي حال من الأحوال وفي ظل أي نظام قانوني، فعدم وجود نص في هذا القانون أو ذلك لا يعني أنه لم يأخذ بالنظرية البتة وقد دل على ذلك وجود الكثير من التطبيقات العملية لها في هاته التقنيات، كما وطبقته من خلال الإجتهادات القضائية.

ومؤدى نظرية تحول التصرف القانوني أنه إذا إشتل التصرف الباطل أو القابل للإبطال على عناصر تصرف آخر، فإن هذا التصرف الآخر يؤخذ به، أي أن التصرف الباطل أو القابل للإبطال يتحول إلى ذلك التصرف الصحيح، وذلك إذا أمكن إفتراض أن المتعاقدين كانا سيبرمان ذلك التصرف الصحيح لو أنهما كان يعلمان ببطلان تصرفها الأصلي.

لكن الملاحظ أن القانون المدني الألماني يشمل التصرفات القانونية كافة، إلا أن الشراح والنظم القانونية المقارنة قد أولوا جل إهتمامهم بالعقد بإعتباره صورة من صور التصرف القانوني أو فرعا رئيسيا من فروعها بما فيهم المشرع الجزائري، فقد جاء هذا الإهتمام على حساب بناء نظرية عامة للتصرف القانوني، ويمثل العقد الصورة الرئيسية للتصرف القانوني في مجال القانون الخاص.

بالإضافة إلى أن أغلب النصوص القانونية حصرت جواز التحول في العقود الباطلة بطلانا مطلقا دون غيرها من العقود، بينما إتسعت دائرة التحول في نصوص أخرى لتشمل العقود القابلة للإبطال، وهو ما نراه مسلكا غير دقيق في صياغة هذه النصوص، من جهة أن العقد القابل للإبطال هو عقد موجود قانونا مرتبا لآثاره تماما كأى عقد صحيح، وإنما قابليته للإبطال تعني إمكانية إبطاله من قبل أحد طرفي التصرف القانوني أو تأييده، وبالتالي فإن التصرف الصحيح لا يتحول بأي شكل من الأشكال، وإنما يقتصر التحول على التصرف الذي ثبت بطلانه فإنه يعتبر من قبيل التزيد إضافة عبارة (أو قابلا للإبطال)، طالما أن العقد لا يخضع للتحول مالم يكن باطلا بطلانا مطلقا.

كما أن المشرع الجزائري قد أتاح المجال للقاضي ليقوم بدور المحافظة على الإستقرار التعاقدى وسد الثغرات القانونية الشيء الذي يكسبه فعالية ونجاعة هي المطلوبة على المستوى التطبيقي، لذلك لا يجب على القاضي أن لا يبقى مكتوف الأيد ويترك الفرصة تقوته دون إستغلال هذا الحقل التشريعي الخاص بالتحول إستغلالا حسنا من شأنه أن يدعم مكانته في بناء العمل التعاقدى والقانوني ككل.

فالقاضي اليوم مطالب بالإجتهد وإيجاد حلول ناجحة لإنقاذ التصرفات القانونية من البطلان وتحويلها إلى تصرفات صحيحة حسب ما تقتضيه نظرية التحول بعدما وفر له المشرع الأرضية المناسبة لحسن تطبيق تحول التصرف القانوني، وإنما منح قدرا من حرية البحث في ملائمة القانون وإحداث المواعمة بين ثبات القاعدة القانونية وتطور الحياة، الأمر

جعل المشرع يعترف بالدور الإنشائي للقضاء في إثراء التشريع بشكل عام والتقنين المدني بشكل خاص.

الباب الثاني:

الدور التشريعي في تطبيق نظرية
تحول التصرف القانوني.

تظهر أهمية نظرية تحول التصرف القانوني وخصوصيتها من خلال إتاحة المشرع فرصة إنفاذ التصرفات القانونية من البطلان الذي يعتريها وما توفره من مزايا للحفاظ على العلاقات التعاقدية من الإندثار، وذلك باستبدالها لتصرف قانوني باطل بتصرف آخر صحيح، والذي يتم من خلال الدور الذي أصبح يضطلع به كل من المشرع والقاضي في عملية تكوين التصرفات القانونية خاصة في القانون المدني، فكان نص المادة 105 من القانون المدني النص العام للنظرية، وعزز ذلك بجملة من الصور التشريعية للتحول في المادة المدنية وكذا في المادة التجارية، قانون العمل، التأمينات،...، وأغلب فروع القانون الخاص.

ولا نستغرب إن وجدنا نظرية التحول طبقت أيضا في القانون العام بالضبط في القانون الإداري تأكيدا على أهميتها في المحافظة على الإستقرار التعاقدية وتصرفات الإدارة منها تحويل القرار الإداري المعيب إلى قرار صحيح في حالة صدور هذا الأخير معيبا أو مهددا بالإلغاء من طرف القاضي الإداري، ومن أجل توضيح ذلك أكثر إرتأينا التطرق إلى أهم التطبيقات العملية لهاته النظرية، فقصرنا الدراسة على القانون المدني وقانون الأسرة مع الإشارة إلى تحول بعض التصرفات القانونية في القانون التجاري، وكذا في القانون الإداري بشكل موجز، حيث نعرض حلول المشرع محل الأطراف عند تشكيل التصرف القانوني (فصل أول)، أهم حالات وصور نظرية تحول التصرف القانوني (فصل ثان).

الفصل الأول:

حلول المشرع محل الأطراف عند تشكيل التصرف القانوني.

إن التحول التشريعي معناه أن يحل المشرع محل الأطراف في عملية إستبدال التصرف القانوني الباطل بآخر صحيح ويعد هذا من الوهلة الأولى تعدياً على مبدأ سلطان الإرادة إلا أننا نعتبره كمظهر من مظاهر التدخل التشريعي في المادة التعاقدية ككل وذلك من خلال الصور التشريعية لتحول التصرف القانوني، فإن أوكل المشرع للقاضي دور التصريح بالتحول، فإنه أعطى لنفسه إمكانية العمل إلى جانبه وأقر بعض الصور الخاصة لتحول التصرف القانوني في القانون المدني بقوة القانون ولا دخل لإرادة الأطراف في ذلك.

حيث لم يعد نص المادة 105 من القانون المدني بمفرده الإطار القانوني لتطبيق نظرية التحول بل أضاف المشرع جملة من النصوص الخاصة في المادة المدنية، وكذا في القوانين الأخرى تمثل تطبيقات عملية لآلية التحول والتي تقر بحلول المشرع محل الأطراف عند تشكيل تصرف جديد، وهو ما نحاوله توضيحه من خلال عرض أهم الصور التشريعية لتحول التصرف القانوني (مبحث أول)، دور القضاء في تطبيق تحول التصرف القانوني (مبحث ثان).

المبحث الأول:

أهم الصور التشريعية لتحول التصرف القانوني.

لقد تعددت وإختلفت الصور التشريعية لنظرية تحول التصرف القانوني، والتي كانت بمثابة التجسيد الفعلي للآلية التحول في الواقع العملي، محاولين التطرق إليها في صورتين، الصورة الأولى تمثلت، التحول في حالة بطلان الوسيلة القانونية للتصرف (مطلب أول)، والصورة الثانية، التحول في حالة بطلان المضمون القانوني للتصرف (مطلب ثان).

المطلب الأول:

التحول في حالة بطلان الوسيلة القانونية للتصرف.

لا تسري نظرية تحول التصرف القانوني في نطاق القانون المدني فقط وبالنسبة للعقود، بل يمتد تطبيقها إلى فروع القانون الأخرى وكذلك إلى التصرفات بالإرادة المنفردة، من بينها تحرير الأوراق التجارية أو تظهيرها أين غالبا ما يتم تطبيق هاته النظرية في القانون التجاري، كذلك تبنى الفقه والقضاء الإداريين آلية التحول، وحددا الشروط الواجب توافرها لإعمال آلية التحول في نطاق القرارات الإدارية قياسا على شروط نظرية تحول التصرفات القانونية في نطاق القانون الخاص، وعليه نعرض تطبيق نظرية التحول في القانون التجاري (فرع أول)، تطبيق نظرية التحول في القانون الإداري (فرع ثان).

الفرع الأول:

تطبيق نظرية التحول في القانون التجاري.

إن أوضح التعاملات التجارية غير العقدية والتي يمكن تأصيلها بكونها تصرفات تجارية إنفرادية السفتجة التي تعد الشكلية مسألة جوهرية وأساسية لا تقوم دونها الورقة أو السند التجاري قيما صحيحا منتجا لآثاره دائما، حيث تخضع السفتجة في إنشاءها لتوافر نوعين من الشروط.

شروط موضوعية تتمثل في أن يكون الموقع على السفتجة أهلا للإلتزام بها وأن يتوفر الرضا والمحل والسبب¹، والشروط الشكلية تتمثل في ضرورة أن تتضمن السفتجة بيانات إلزامية إضافة لما قد تتضمنه من بيانات أخرى إحتياطية²، ونقصد هنا بالشكلية

(1) راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 04.

(2) المادة 390 من القانون التجاري: «تتضمن السفتجة على البيانات التالية: تسمية "سفتجة" في متن السند نفسه وباللغة المستعملة في تحريره، أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين، اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)، تاريخ الاستحقاق، المكان الذي يجب فيه الدفع، اسم من يجب الدفع له أو لأمره، بيان تاريخ إن شاء السفتجة ومكانه، توقيع من أصدر السفتجة (الساحب). إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة في

غياب البيانات الإلزامية التي يجب أن تذكر في الورقة التجارية تحت طائلة البطلان وليس البيانات التي يوجد لغيابها بديلا قانونيا¹.

ويترتب على البيان الناقص في بعض الأحيان أن يصبح الصك عديم الأثر قانونا، بيد إن الغالب ألا تترتب على بطلان السفتجة الناقصة أو المعيبة تجريدتها من كل أثر قانوني ك فقدان أحد البيانات الشكلية الملزمة الواردة بالمادة 390 من القانون التجاري، بل قد تتحول إلى سند إذني أو سند لحامله إذا كانت تتضمن البيانات المطلوبة لصحة السند الإذني أو السند لحامله ومستوفية للخصائص العامة للسندات التجارية، وهذا الحكم محض تطبيق نظرية تحول التصرفات القانونية التي قررها القانون المدني صراحة في المادة 105 منه والذي نوضحه كالآتي² :

=الأحوال المعيبة في الفقرات الآتية: إن السفتجة الخالية من بيان تاريخ الاستحقاق، تكون مستحقة الاداء لدى الاطلاع عليها، وإذا لم يذكر فيها مكان خاص للدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكانا للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه. وإذا لم يذكر فيها مكان إن شأها تعتبر كأنها منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب».

(1) محمد أبو العثم النسور، نظرية تحول التصرفات وتطبيقها على بعض المعاملات التجارية في القانون الادرنى، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، عدد2، الجامعة الادرنية، المملكة الادرنية الهاشمية، 2019، ص 318.

(2) عرفت الاسناد التجارية عدة تعاريف واجمالا يمكن تعريفها بالاتي: «هي صكوك مكتوبة وفق شكلية معينة، قابلة للتداول التجاري وتمثل حقا نقديا وأنها واجبة الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير، على إن يجري العرف على قبولها كأداة للوفاء»، كما عرفت بأنها: «صكوك مكتوبة وفقا لوضاع قانونية محددة وتتضمن التزاما بدفع مبلغ معين من النقود في وقت معين أو قابل للتعين، وتتنقل الحقوق الثابتة فيها بطريق التذهير أو المناولة، ويقبلها العرف التجاري كأداة لتسوية الديوت بسبب سهولة تحويلها إلى نقود»، أمين محمد بدر، الاوراق التجارية في التشريع المصري، تأصيل وتحليل قواعد الكمبيالة والسند الاذني، والشيك، الجمهورية المصرية، المطبعة العالمية، 953، ص5، بن داود ابراهيم، الاسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، مدعما بالاجتهادات القضائية واخر التعديلات، الطبعة الاولى، الجلفة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مطبعة البيانية، 2005، ص 8، خمري أعمر، السندات التجارية في منظور الشرع والتاجر الجزائريين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2013، ص 28.

أولاً: تحول السفتجة إلى سند لأمر.

تنص المادة 108 من القانون التجاري على الآتي: « الأوراق الموصوفة بوصف السفتجة ولم تكن مستوفية للشروط السالف ذكرها...، ومع ذلك يجوز نقلها من يد إلى يد بطريق التحويل، وتعتبر مثل الأوراق التجارية إذا كتبت بين تجار أو لأعمال تجارية...». يستخلص من المادة إمكانية أن تتحول السفتجة بسبب تخلف أحد البيانات الإلزامية من سفتجة إلى سند لأمر، وذلك بالطبع متى تضمنت الورقة الباطلة كل البيانات الإلزامية التي يستوجبها هذا السند الذي حول إليه، كأن تقتصر السفتجة على شخصين فقط أو إغفال المسحوب عليه فتصبح سند لأمر، على أن تكون قد تضمنت على بياناته وعلى رأسها شرط الأمر، وبالتالي تكون خاضعة لأحكام قانون الصرف، فيتم تداوله بطريق التظهير، كما يترتب عليه جميع آثاره من ضمان الوفاء وتضامن الموقعين وتظهير الدفع¹. لكن إذا خلت السفتجة من إسم المستفيد أعتبرت السفتجة لحاملها، ومن ثم تنتقل ملكيتها بطريق التسليم دون حاجة إلى التظهير².

ثانياً: تحول السفتجة إلى سند عادي.

الأوراق التجارية هي محررات شكلية يترتب على عدم توافر الشكلية فيها فقدان الورقة التجارية لطبيعتها وتحويلها إلى سند دين عادي يخضع للقواعد العامة كون هناك بيانات يشترطها قانون الصرف للسندات التجارية، ولكن القواعد العامة لا تتطلبها لصحة السندات العادية التي تثبت المديونية³.

(1) يقصد بقانون الصرف القواعد القانونية التي تنظم الاسناد التجارية أو الاوراق التجارية كما سماها المشرع الجزائري التي بين أحكامها واطارها القانوني والتشريعي في القانون التجاري، واستمد هذا القانون تسميته من دور السفتجة الذي يتجلى في الاصل لتنفيذ عقد الصرف ولأجل هذا سمي التوقيع على هاته السفتجة بالالتزام الصرفي، وجوهر هذا التعامل إن ه يحوي كفيات إن شاء الاسناد التجارية واليات التعامل بها ومقابل الوفاء فيها وتداولها وضمانات الوفاء بقيمتها واثارها، ابراهيم داود، المرجع السابق، ص 28.

(2) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 107.

(3) إسماعيل الصيدلاني، نظام الاوراق التجارية، الملتقى السنوي للحقوقين المنعقد في الفترة ما بين 2015/6/30-2015/7/4، جدة، المملكة العربية السعودية، 2015، ص 3.

فإذا فقدت الورقة المحررة كسفتجة أحد بياناتها الإلزامية كشرط لأمر أو تاريخ الإنشاء أو خلت من بيان لفظ السفتجة على متن النص، وكذلك إذا كان موضوعها شيئاً آخر غير النقود، فهنا تبطل بطبيعة الحال كسفتجة وبهذا لا يترتب على السفتجة أي التزام صرفي ولا تعد من قبيل الأعمال التجارية، وتخرج عن نطاق قانون الصرف إلا أنه يمكن تحويلها إلى سند عادي يخضع لأحكام القانون المدني¹.

فهنا تتحول السفتجة إلى مجرد إلتزام بدين أي سند مدني يخضع في تطبيقه وينتج آثاره طبقاً لما تقرره الأحكام العامة للإلتزام². لكن ما نود الإشارة إليه أن تحول السفتجة إلى سند عادي لم يتعرض له المشرع الجزائري في القانون التجاري.

الفرع الثاني:

تطبيق نظرية التحول في القانون الإداري.

إن فقهاء القانون الخاص والقانون العام يتفقون على قاعدة عامة هي إمكانية تطبيق قواعد القانون المدني على علاقات القانون العام أو على الأقل الإستهداء بها في الوصول إلى إستنباط القواعد والمبادئ التي يمكن أن تحكم علاقات القانون العام³، فلا حاجة للتدليل بأن التحول في التصرفات القانونية ليس محصوراً على العقد وإنما هو نظرية عامة تغطي كافة مجالات القانون بل والتصرفات القانونية سواء كنت صادرة عن إرادة

(1) بن دواد ابراهيم، المرجع السابق، ص 63.

(2) إعتبرت المادة 108 من قانون التجارة المصري أن الكمبيالة التي لا تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القانون تعد سندا عاديا إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذا السندات، الأمر ينطبق أيضا على الورقة التجارية التي تتقدم دون المطالبة بها وهو ما نصت عليه المادة 217 من قانون التجارة الاردني، على الرغم من إنتفاء ميعاد التقادم دون المطالبة بها وهو ما نصت عليه المادة 217 من قانون التجارة الاردني، على الرغم من إنتفاء ميعاد التقادم على الاوراق التجارية فإنه يجوز للدائن اقامة الدعوى ضمن مدة التقادم المدني بطلب الحق من أجله أعطيت الورقة التجارية، وتقبل الورقة في معرض البينة لاثبات هذه الدعوى، وعليه فإنه لا يمكن المطالبة بقيمة الورقة التجارية باعتبارها ورقة تجارية بل تتحول إلى سندات عادية طبقاً للقواعد العامة في تحول التصرفات، وبظل معتبرا كسند عادي له كامل الحجية في مواجهة محرره والموقعين عليه وهم ملزمين بها ماداموا لم ينكروا صراحة توقيعهم عليها وفقا للمادة 11 من قانون الاثبات الاردني، محمد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص 319.

(3) علي مخلف حماد، فكرة تحول عقود الادارة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الانبار، الجمهورية العراقية، 2019، ص 678

واحدة أم أكثر¹، كما أن تحول القرار الإداري لا يأخذ الصفة الإستثنائية، بل تقريرية تتصرف إلى تاريخ صدور القرار الباطل لسبب بسيط هو أن التحول يتضمن إبطالا ضمنيا².

حيث أخذ القضاء الإداري في ألمانيا ومصر بإمكانية تحول العقود التي تبرمها الإدارة في نطاق القانون الخاص إلى قرارات إدارية متى توافرت شروط التحول، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا لبروسيا قررت تحول عقد العمل خاص إلى قرار بتعيين المدعي على وظيفة، لتتقلب علاقته بالإدارة من علاقة تعاقدية إلى علاقة وظيفية تخضع لأحكام القانون العام³.

كما يمكن أن يتحول القرار الإداري المعيب الذي لا يرتب أثرا قانونيا بسبب بطلانه إلى قرار آخر صحيح، إذ تضمن القرار الأول عناصر القرار الثاني الصحيح، بحيث يتوافق القراران من الناحية الشكلية إذا كان القرار الأول شكليا، ومن الناحية الموضوعية إذا أمكن إفتراض أن نية الجهة الإدارية يمكن أن تتصرف إلى القرار الجديد عند العلم ببطلان القرار الأصلي⁴.

إلا أن فقه القانون الإداري اختلف بالأخذ بنظرية التحول في نطاق القرارات الإدارية بين مؤيد ومعارض، أما الجانب من الفقه المعارض وعلى رأسهم الفقيه اليوناني إستاسينوبوس فقال بعدة حجج منها أنه لا يوجد في القانون الإداري نصوصا تجيز أعمال التحول في مجال القرارات الإدارية، وأن القرار الإداري يصدر مصحوبا بقرينة السلامة،

(1) عبد القادر خليل، سحب القرارات الادارية، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والاطالي، جمهورية مصر العربية، دار النهضة، 1964، ص 408، برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الاداري، ط 1، دمشق، الجمهورية السورية، المكتبة القانونية، ص 2002، ص 220.

(2) برهان رزيق، المرجع السابق، ص 221.

(3) تتلخص وقائع الدعوى في إن مدرسة مدنية (كييل) للصناعات اليدوية قد عينت أحد النجارين مدرسا بها مقتضى عقد عمل خاص وأكدت إن صراف نيتها إلى ذلك بالنص على إن لا يكون له حقوق الموظفين، ورأت المحكمة إن العقد وقع باطلا لمخالفته أحد نصوص القانون العام الملزمة في هذا العقد، وأنه يفترض إن نية طرفي هذه العلاقة كانت تتصرف عند العلم ببطلان تصرفهما الأصلي إلى اعتبارها علاقة وظيفية بتعيين المدعي موظفا، أي أن العقد الباطل قد تحول إلى قرار إداري بتعيين المدعي في وظيفته، لتتقلب علاقته بالادارة من علاقة تعاقدية إلى علاقة وظيفية تخضع لأحكام القانون العام، نفس المرجع، هامش رقم 44، ص 685.

(4) منصور إبراهيم العتوم، تحول القرارات الادارية، دراسة تحليلية تأصيلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 1، السنة 1، جامعة عمان الاهلية، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، 2011، ص 258.

حيث تلازمه هذه القرينة حتى يثبت العكس، وبالتالي فلا حاجة لإعمال التحول طالما أن القرار الإداري يتمتع بمثل هذه الضمانة.

أيضا إن بعض القرارات الإدارية تمتد آثارها إلى غير المخاطبين بها مما يستدعي عدم الأخذ بألية التحول لأنه يمس المصالح المشروعة لهؤلاء إذا أنهم رتبوا أوضاعهم على القرار الباطل وهم لا يعلمون بتحويله إلى قرار آخر، كما أن التحول قد يفرض على المكلف بالقرار إلتزامات أخرى تختلف عما سبق وأن تحمل به في ظل القرار الباطل¹.

لكن الغلبة كانت للجانب المؤيد لهاته النظرية وإستنبط منها المبادئ التي يمكن أن تحكم تحول القرارات الإدارية، على إعتبار أن التحول وسيلة لتجنب إلغاء القرار الإداري الباطل قضائيا، وهي وسيلة لا تمس الحقوق المشروعة لأحد²، وتعمل على إستقرار الأوضاع الإدارية، إذ أنها تستخرج من القرار الباطل قرارا صحيحا يحقق للإدارة أهدافها من خلال القرار الجديد، وتجنبها الوقوع في مأزق (الفراغ الإداري) نتيجة إلغاء قرارها الباطل قضائيا³.

وهذه إستجابة لمبدأ إعمال الكلام أولى من إهماله، ومبدأ إستقرار الأوضاع الإدارية من خلال إصدار قرار جديد يحمل تاريخ القرار الأصلي، كما أن التحول في القانون الإداري له طريقتان، أولهما التحول عن طريق السلطة الإدارية التي أصدرت القرار المعيب المراد تحويله، وثانيهما التحول عن طريق الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى إلغاء القرار المعني أو تحويله⁴، والذي يجب أن تتوافر فيه شروط التحول والمتمثلة في القرار الإداري المعيب، توافق القرار المعيب وعناصر قرار آخر سليم، إتجاه الإرادة الإفتراضية للإدارة إلى القرار السليم⁵.

(1) منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 267 ومابعدھا، منتصر علوان كريم، القرار الاداري المتحول التأسيل والشروط، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد 2، جامعة ديالى، جمهورية العراق، 2017، ص 294، برهان رزيق، المرجع السابق، ص 221.

(2) رأفت الدسوقي، فكرة التحول في القرارات القضائية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 2012، ص 160.

(3) نفس المرجع، ص 266.

(4) منصور ابراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 278.

(5) محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الادارية وفقا للمنهج القضائي، القاضي الاداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الادارية، ط 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المركز القومي للاصدارات القانونية، ص 567.

ويعد القضاء إداري الألماني نموذجاً يحتذى به في مجال تطبيق نظرية التحول، بسبب رسوخ آلية التحول لديه، نتيجة تطبيقها وإعتناقها منذ أكثر من قرن، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا في قرارها بتحول قرار باطل إلى قرار صحيح، وتتلخص وقائع هاته القضية بأن البلدية قررت رفض طلب مدرس أعزب، وموضوعه دفع فرق أجره سكنه كاملاً، لأنه إتخذ له سكناً عائلياً خاصاً، فقدم المدرس تظلماً إلى الحكومة المحلية. حيث وافقت على الطلب وكلفت البلدية بقرار مالي يلزمها بدفع فرق الأجرة كاملاً، فقامت البلدية برفع دعوى إلغاء القرار المذكور، ولما كان من غير الجائز قانوناً إلزام البلدية برفع مبالغ متعلقة بالوظيفة لمدة تقع في الماضي، فقد قررت المحكمة بطلان هذا القرار، ولكن إتضح للمحكمة أن القانون البلدي يجيز إجبار البلدية بالوفاء بالالتزام قانوني عن الماضي، إذا كان قد قام وتحدد فعلاً وقت التقرير، ولما كان القرار الباطل المشار إليه يوافق هذا التكليف وكانت الحكومة المحلية تريده لو علمت ببطلان قرارها الأول، فإن المحكمة العليا قضت بإعمال التحول ورد دعوى البلدية¹.

وفي مصر إعتنقت المحكمة الإدارية العليا فكرة التحول لأول مرة في حكمها بتاريخ 1958/11/8، وتتلخص وقائع هاته القضية في أن مصلحة العامل بوزارة الصحة أصدرت قراراً بتعيين أحد العمال بوظيفة (مبخر)، ولما طلب هذا العامل بتطبيق قواعد الكادر عليه قررت الإدارة أنه معين على وظيفة (مساعد مبخر) لأنه لم يكن بالمصلحة المعين فيها درجة (مبخر) خالية بالميزانية، كما أن وظيفة (مبخر) تتطلب أداء إمتحان أمام لجنة معينة، وهو أمر لم يحدث بالنسبة لهذا العامل، وبناء على هاته الوقائع أيدت المحكمة ما ذهب إليه الإدارة، وقررت أنه على فرض أن النية الحقيقية للإدارة قد إتجهت إلى تعيينه بوظيفة (مبخر) وليس (مساعد مبخر) فإن قرارها يكون منعماً، ولكن يمكن تحويله إلى قرار تعيين بوظيفة (مساعد مبخر)².

(1) منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص ص، 271، 270.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها، السنة 4، عدد 1، البند 7، 1959، ص 62، وهو أيضاً ما قضى به قرار الطعن رقم 921، السنة 3 قضائية، طعن رقم 546 السنة 23 قضائية جلسة 1981/6/13، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ 1964 وحتى 1985، حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1969/12/15، مجموعة المبادئ القانونية المبدأ رقم 27، ص

على الرغم من مزايا نظرية تحول التصرف القانوني في إنقاذ العقود الإدارية المعيبة من البطلان إلا أن العديد من الدول لم تطبقها، حتى أن بعض الدول التي أخذت بها تطبقها بصورة قليلة وهو ما تظهره قلة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري بهذا الخصوص.

المطلب الثاني:

التحول في حالة بطلان المضمون القانوني للتصرف.

يعد التحول في حالة بطلان المضمون القانوني تحولا بفعل المشرع، والمقصود بالمضمون القانوني للتصرف هو العملية القانونية التي أراد الأطراف القيام بها مثال البيع أو الهبة¹. جاءت تطبيقات هذا النوع من التحول من طرف المشرع محدودة في المادة المدنية، فقد عمل المشرع الجزائري على إعطاء الفرصة للتصرف الباطل أن يطبق في إطار مضمون آخر، ويمكن أن نقسم تطبيقات المشرع في هذا النوع من التحول حسب تدخله الذي جاء في شكلين مختلفين ففي الصورة الأولى ينص المشرع على بطلان التصرف القانوني وعلى تحوله إلى عقد آخر صحيح في نفس النص القانوني².

ونجد في صورة أخرى يقرر المشرع بطلان التصرف القانوني في فصل قانوني ثم يقع التصحيح على تحويله إلى تصرف آخر في إطار فصل آخر، لقد طبق المشرع التحول عند بطلان المضمون القانوني للتصرف على عدد من الصور التشريعية، ففي إطار الشكل الأول لتدخل المشرع نجد المادة 105 ق م كمثل لتحول العقد بالنسبة لعقود الشركة³.

144، حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 3806، السنة 53 قضائية، جلسة 1997/04/15، (غير منشور)،
قرار محكمة العدل العليا رقم 66/113، مجلة نقابة المحامين، عدد3، السنة14، ص 304، كما تشير الدراسات أن
القضاء في كل إيطاليا واليونان قد طبق نظرية التحول في القرارات القضائية، نفس المرجع، المرجع السابق، ص 271.

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 270.

(2) محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 567.

(3) منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 290.

في هذا الإطار نصت المادة 598 من القانون المدني: « إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا به في إستعماله أعتبر العقد قرضا»، ونصت المادة 591 من القانون التجاري على الآتي: « إن تحويل شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة تضامن يستوجب الموافقة الإجماعية للشركاء»¹، كذلك تحويل شركة التوصية بالأسهم إلى شركة مساهمة.

ويتحقق الشكل الثاني من تدخل المشرع الجزائي في تحول العقد في إطار عقد القرض إلى شراكة. يعد القرض وسيلة لإستخدام القوة الشرائية المستقبلية المتوقعة في الوقت الحاضر قبل أن يتم إكتسابها بالفعل، فتستخدم بعض الشركات والمؤسسات التجارية القرض كجزء من إستراتيجية تمويل الشركات الشاملة الخاص بها.

ما نصت عليه المادة 466 من القانون التجاري: « إذا خلا السند من أحد البيانات في المادة السابقة فلا يعتبر سند لأمر إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات التالية...». والمادة 473 من القانون التجاري التي نصت على الآتي: « إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة، فلا يعتبر شيكا إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات الآتية...».

(1) تحول الشركة هو تغيير في الشيء مع بقاء أصله، أو قيام الشركة بتغيير شكلها القانوني الذي هو عليه إلى شكل آخر دون إن قضائها، بمعنى عدم نشوء شخص اعتباري جديد، كما عرف التحول الأستاذ مورو بأنه عملية ترمي إلى إن تغيير شركة خاضعة لنظام قانوني معين إلى شركة من نوع آخر، اما بتغيير شكلها أو بتغيير جنسيتها. وعرفها جورج ريبير: "التحول اعطاء شكل جديد للشركة"، وهو يختلف عن إن دماج شركة أو أكثر من شركة أو شركات أخرى تسمى الشركة المندمجة وتنقضي الشركة والشركات الأخرى وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها أو باندماج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة تكون هي الشركة الناتجة عن الاندماج، وتنقضي الشركات التي إن دمجت بالشركة الجديدة وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها، ماجدة أحمد شلبي، الاندماج المصرفي كأداة للنفاد إلى الاسواق ودعم القدرة التنافسية في عصر التكتلات والكيانات العملاقة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، عدد 461، 2003، ص 6.

الملاحظ عند تفحص النصوص القانونية المنظمة لآلية التحول في فروع القوانين المختلفة أغلبها لا تتوافر فيه الشروط القانونية المشار إليها في النص العام، حيث طوعت هاته النصوص لانتاسب مع طبيعة وخاصة كل قانون، لكن يبقى هدفها وبغيتها واحد هو الحفاظ على المعاملات قدر المستطاع وحمايتها من الهدر والبطلان، الأمر الذي وضحته النصوص المشار إليها سابقا.

الفرع الأول:

الدوافع النظرية.

يتمثل التحول التشريعي في أن يحل المشرع محل الأطراف في عملية إستبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح، وفي ذلك إقرار بعلوية القانون على حساب الإرادة. هذا التدخل التشريعي في عملية التحول من شأنه أن يؤكد على الدور الذي أصبح يضطلع به المشرع في مادة العقود، وإتساع نفوذه عليها ويعود هذا الدور التشريعي إلى جملة من الدوافع التي حملت المشرع على التدخل في عملية تحول العقد، ويمكن أن تكون هذه الدوافع نظرية أو عملية.

لعل هدف المشرع الأساسي الذي يرمي تحقيقه من وراء تكريسه للتحول هو إنقاذ العقود أو التصرفات القانونية ككل من الآثار السلبية التي يخلفها البطلان، لكن هذا الهدف الذي يعمل التحول على بلورته كان معززا برغبة المشرع بأن يحقق من خلال تطبيق التحول الإلتزام الكامل في إطار العملية العقدية بإحترام بعض المبادئ النظرية التي تكتسي صبغة أخلاقية ومنها مبدأ حسن النية.

يعد مبدأ حسن النية في الحقيقة، من القواعد الكلية المعمول بها في جميع النظم القانونية¹، ويمكن إعتباره أيضا من الثوابت الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في

(1) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، ط 2، الجمهورية التونسية، 1997، ص 258.

التشريع الجزائري، إلا أننا في إطار التحول سوف ننظر إلى مبدأ حسن النية من الجانب الموضوعي الذي لا يعتمد على الإرادة المشتركة للأطراف بل يعتمد الأمانة والنزاهة في العلاقات التعاقدية¹.

من هذا المنطلق يلزم مبدأ حسن النية الأطراف على تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية بكل أمانة ودون سوء نية مسبقة، ويتمثل سوء النية في أن أحد الأطراف يقوم بطلب بطلان العقد حتى يتخلص من إلتزاماته، فيصبح البطلان وسيلة للتخلص من الإلتزامات التي لم يعد الطرف الآخر يرغب فيها².

أمام هذه النتيجة السلبية كان تدخل المشرع ناجعا بتكريسه لتحول العقد ذلك أن التحول يمكن أن يضع حد لرغبة الطرف سيء النية أن يتخلص من إلتزاماته وذلك بإلزامه بالوفاء بها في إطار العقد الجديد الذي وقع إستبداله عوضا عن العقد الباطل، حيث يحقق المشرع من وراء التحول المحافظة على مصالح الطرف حسن النية الأمر الذي يجعلنا نلست المزيد من الإهتمام على خيارات المشرع لتطبيق التحول في القانون الجزائري.

من جهة أخرى يمكن أن يفسر التدخل التشريعي في إطار التحول برغبة المشرع في تلافي النتائج غير العادلة التي قد يخلفها البطلان، فكأننا بالمشرع أراد بتطبيق التحول التخفيف من حدة بعض النصوص التي أقر فيها البطلان كجزاء لمخالفتها، فيعود تدخل المشرع في إطار التحول إلى منطلقات بعيدة كل البعد عن إرادة الأطراف منها ما يتعلق بالعدل والإنصاف.

¹() Benabent Alain , La bonne foi, travaux de l'association de Henri Capitant, TXIII , 1992, p 294.

²) Simler Philippe, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse ,LGDJ, Paris ,1969 , n° 384, p 467.

من غير العدل أن يقع إهدار حقوق الأطراف المتعاقدة في صورة بطلان العقد مع إمكانية المحافظة عليها في إطار عقد آخر وهو ما توفره آلية تحول العقد بما أنها تحقق تواصل العلاقة التعاقدية في إطار علاقات جديدة، لأنفسنا تدخل المشرع في عملية التحول بدوافع نظرية من جهة ، فإنه من جهة أخرى يمكن أن نفسره بدوافع عملية.

الفرع الثاني:

الدوافع العملية.

تتولد عن العلاقة التعاقدية التي تنشأ بين الأطراف جملة من الإشكاليات وبتطبيق التحول كأننا بالمشرع أراد إيجاد حل عملي للخروج منها، والسؤال الذي يطرح مدى أفضلية المصلحة الخاصة للأفراد على المصلحة العامة؟.

إن الإجابة على هذا السؤال من شأنها أن تسلط المزيد من الضوء على آلية تحول العقد، وذلك أن المشرع بتطبيقه لها أراد أن يحقق الفائدة العملية، حيث أن التحول هو بالأساس منفذ ووسيلة للمحافظة على الإستقرار التعاقدية وتحقيق الأمن القانوني Securite jurididue وبالتالي تحقيق مصلحة المجموعة من ذلك العمل القانوني، بالإضافة إلى أن المشرع قد سعى إلى الحفاظ على مصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حيث يحمل تحول العقد في طياته مقاربة إقتصادية وإجتماعية للعقد من خلال الحرص على المصالح الإجتماعية والإقتصادية للأفراد.

كأننا بالمشرع في إطار التحول، يسترجع المقولة التي تعتبر أن العقد لا يهم فقط الأطراف المتعاقدة¹، بل أنه يجب أن يعود بالمنفعة على كل المجتمع²، وهذا يعكس التراجع الذي أصبحت تشهده النظريات التقليدية لحساب النظريات الحديثة، حيث يسعى المشرع إلى تحقيق التفاعل الإقتصادي والإجتماعي من وراء تحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح.

(¹) Batiffoli Henri ,La crise du contrat et sa portée ,APD , 1968,T13, p 13.

(²) Ghestin Jacques ,L'utilite et le juste dans les contrats,D,1982,chr, p5.

إن تدخل المشرع كان بدافع تحقيق التوازن التعاقدي محققا بذلك مصلحة الأطراف من جهة ومصلحة المجموعة من جهة أخرى بهدف الوصول إلى الهدف العملي المتمثل في إنفاذ العلاقة التعاقدية من الإندثار وبالتالي تحقيق نوع من الإستقرار التعاقدي المساعد على إرساء أرضية سليمة للتوازن الإقتصادي والإجتماعي¹، لأن كان تدخل المشرع في عملية تحول العقد أمر ناجع وضروري للإسهام في تحقيق التوازن التعاقدي، فإنه لم يمر دون أن يخلف جملة من النتائج.

المطلب الثالث:

نتائج تدخل المشرع في تحول التصرف القانوني.

يقر المشرع الجزائري بإمكانية تحول عقد باطل إلى آخر صحيح دون أن يكون للأطراف أي دور في تشكيل هذا العقد الجديد، إذ يتميز تحول العقد في القانون الجزائري بتدخل المشرع بإقصاء كلي لدور الأطراف في عملية التحول، تبعا لذلك يعد التحول تشريعيا إذا إستلهم مصدره من نص قانوني صريح، فسلطة القانون تقوم مقام سلطة الأطراف بتحويل التصرف القانوني الباطل إلى تصرف آخر صحيح وهو ما أكدته النصوص الخاصة بالتحول إلى جانب النص العام، لذا أعتبر إقصاء المشرع لدور الإرادة بموجب النصوص الخاصة كان له تأثير على العقد، وعليه نعرض تغيير مفهوم العقد (فرع أول)، دور المشرع في مادة العقود (فرع ثان).

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 42.

الفرع الأول:

تغيير مفهوم العقد.

لطالما كان العقد ولا يزال عبارة عن إتفاق بين إرادتين فأكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وآثارها، إلا أن هذا الدور الكبير والمحوري الموكل للإرادة في إنشاء العقود ما فتىء يعرف تراجعاً خاصة مع التكريس التشريعي لنظرية التحول في القانون الجزائري¹.

من المتعارف عليه أن الإرادة هي المحرك الأساسي للعقد بل للإلتزامات بصفة عامة باعتبارها المنظم والمحرك الأول والأخير لها وهذا ما جعل البعض يتحدث عن مبدأ سلطان الإرادة، الأساس الذي أنبتت عليه النظرية التقليدية التي طالما إعتبرت أن الإرادة هي أساس العقد²، مع إزدهار مبدأ سلطان الإرادة تفرعت عنه عدة مبادئ أخرى لا تقل عنه أهمية تمثل مكونات هذا المبدأ³، وساعد على مزيد الإحاطة بفهوم العقد، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ الحرية التعاقدية والتي تتمثل من حيث الأصل في حرية الشخص في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد وإذ تعاقد في أن يحدد مضمون العقد كما يريد⁴.

إن إستطاع مبدأ الإرادة أن يؤطر المادة التعاقدية زمن إزدهاره، إلا أنه عرف إنتكاسة كبرى حيث أصبح اليوم مقيد أكثر من ذي قبل بقيود النظام العام الإقتصادي والإجتماعي⁵، ويتدعم هذا التراجع لدور الإرادة كعنصر أساسي لتحديد مفهوم العقد مع التكريس التشريعي للآلية التحول، ذلك أن أطراف في إطار تحول العقد الباطل ليسوا

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 33.

(2) Starck Boris , Boland Henri , Boyer, Laurent , droit civil , les obligations, le contrat édition litec ,3^{eme} édition, 1989 ,p30.

(3) ibidem ,p72.

(4) محمد الزين، المرجع السابق، ص 39.

(5) نفس المرجع، ص 43.

أحرارا في التعاقد أو التراجع عن إلتزاماتهم فهم مجبرين على الإلتزام بالعقد المفروض عليهم من قبل المشرع¹.

يعتبر التحول بمثابة الآلية التي وظفها المشرع ليعبر عن حجب الثقة عن الإرادة بما أنه فوق القانون على حسابها بإعتبار أن مضمون العقد يقع تحديده من قبل المشرع أي أنه مفروض بقوة القانون، وبالتالي يمثل تدخل المشرع في عملية تحول العقد الباطل حد لمبدأ الحرية التعاقدية بإعتبار أن التحول يمس بمبدأ سلطان الإرادة، فليس للأطراف أي دور في ظهور العقد الجديد وهذا ما ترجمه النص العام المكرس لنظرية التحول والذي نجد له صدى في مختلف النصوص الخاصة التي جاءت بدورها مكرسة لحالات خاصة.

مما يؤكد على التكامل بين مختلف المواد التي جاء بها القانون المدني الجزائري وكذا قانون الأسرة وغيرها من فروع القانون الأخرى التي ما فتئت تواكب مختلف التحولات بإعتبار تزامن تراجع مبدأ سلطان الإرادة وظهور النظريات الحديثة التي تفوق القانون على حساب الإرادة، وهذا ما يجعلنا نتساءل في ظل النصوص الخاصة عن مدى تأثيرها على مفهوم العقد؟.

لقد إنعكس تحول العقد بموجب النصوص الخاصة دون النص العام بإقصائه لأي دور للإرادة على مفهوم العقد ذلك أنه يخرج من إستقراره المعروف فلم يعد نتاج تلاقي الأطراف الحرة بل تحول لعملية مفروضة من قبل المشرع أي بفعل القانون وبالتالي يستمد العقد الجديد قوته الملزمة من هذه الإرادة التشريعية².

(1) Weill Alex ,Terre François, Droit civil, les obligations, 4^{eme} édition ,Dalloz, paris,1986 , p 63,n°66.

(2) Jossérand Louis, Aperçue général des tendances actuelles de la théorie des contrats ,RTD ,civ 1937, n°2 ,p2 .

يبدو جليا أن العقد أصبح يتخلص من فعل الأطراف، حيث تغير مفهوم العقد وأصبح يشهد تدخل المشرع والقاضي في مادة تكوين العقد لنتحدث اليوم عن إلتزامات بفعل المشرع أو القاضي عوضا عن إلتزامات بفعل المتعاقدين، أراد المشرع إقصاء الإرادة من أجل حسن تطبيق آلية التحول لتفادي الآثار السلبية للبطلان، فإنه أراد أيضا أن يحقق مقاربة إجتماعية وإقتصادية للعقد من وراء تحويله من عقد باطل إلى آخر صحيح، حيث يتحول إلى عقد يتعدى مصلحة الأطراف إلى مصلحة الجماعة التي تتمثل في تحقيق التوازن الإقتصادي والمحافظة على إستقرار المعاملات ككل.

عليه يعد إنعكاس إقصاء الإرادة في آلية التحول على تغيير مفهوم العقد من أهم النتائج التي أفرزها تكريس تحول العقد في القانون المدني خاصة وفي فروع القوانين الأخرى عامة الأمر الذي يضيف المزيد من الخصوصية على إختيارات المشرع الجزائري والتي تتواصل مع إتساع دوره في مادة العقود.

الفرع الثاني:

دور إرادة المشرع في مادة العقود.

ترى النظريات الحديثة أن العقد يستمد قوته لا من الإرادة بل من القانون، فمن الناحية الإقتصادية ورغم الدور الذي تلعبه المصلحة الخاصة في تحريك الإقتصاد وأمام أهمية وتأثيره المباشر على الدولة لا يمكن أن تتركه رهين الأفراد لتحركه بل كان لزاما على الدولة أن تتدخل وتنظمه بعيدا عن كل تدخل من الإرادة الفردية، إن تدخل المشرع في مادة العقود هو أمر بديهي بإعتبار أن العقود هي الإرادة الرئيسية لتنشيط الحركة الإقتصادية¹.

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 47.

نشهد اليوم الدور الكبير الذي أصبح يلعبه المشرع في مادة العقود، فدوره لم يعد يقتصر على النطق بالأحكام المساعدة على إحترام العلاقة العقدية وعلى حسن تنفيذها بل تجاوز ذلك إلى تكوين العقود، فتدخل المشرع لتحويل عقد باطل إلى عقد صحيح فيه تأكيد على حضوره القوي في مادة العقود¹.

يعد هذا الحضور التشريعي على مستوى تكوين العقد من نتائج تدخل المشرع في عملية التحول، وتعتبر المادة 105 ق م المكرس لآلية التحول بمثابة النص العام، هذا النص الذي أضفى صبغة عامة على آلية التحول على عدد لا متناهي من الحالات الأمر الذي ساهم في إتساع دور المشرع في مادة العقود².

يتبين إنطلاقاً من صور التحول التشريعي المنصوص عليها في القانون المدني، قانون الأسرة، والقوانين الأخرى أن إرادة المشرع تحل محل الأطراف في ولادة عقد جديد على أنقاض العقد الأصلي القديم، هذه السلطة التي إكتسبها المشرع على حساب الإرادة من شأنها أن تؤكد على الدور الجديد الذي أصبح يضطلع به المشرع كخلاق للعمل القانوني ككل³.

هذا التحول الذي شهدته نظرية التصرف القانوني، كان محل جملة من الأراء الفقهية التي تحدثت عن أزمة أصبح يعيشها العقد خاصة أمام هذا التراجع الكبير لدور الإرادة لحساب القانون، حيث كان تدخل المشرع الجزائري في مادة العقود فيه تغييب لدور الإرادة، فإنه كان ذو فائدة لتحقيق التوازن في المجالين الإجتماعي والإقتصادي من جهة والمحافظة على الإستقرار التعاقدية من جهة أخرى، وبالتالي تتأكد الفائدة الكبرى من وراء تطبيق

(1) محمد الزين، المرجع السابق، ص 48.

(2) Besrour Noureddine, sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, Thèse, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, n°292, p447 .

(3) Ghestin Jacques : La notion du contrat, D,1982.chr. T13,p 13.

التحول والتي يجب أن تتدعم من خلال الدور الموكل للقاضي في هذا المجال والذي يجب أن يعمل على حسن تطبيقها حتى يزول الفقه القضائي لهذه الآلية.

المبحث الثاني:

الدور القضائي في تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني.

جاء تكريس المشرع الجزائري لآلية التحول في إطار نوعين من النصوص العامة والخاصة، وتبعاً لذلك لا ينحصر مجال تدخل القاضي في معاينة الحالات التشريعية للتحول المنصوص عليها في النصوص الخاصة، بل كذلك بالتصريح بكل حالة توفرت فيها شروط المادة 105 ق م بإعتباره النص العام المكرس لتحول العقد في القانون الجزائري، وهذا ما ينتج عنه عرض حلول إرادة القاضي محل إرادة الأطراف في التحول (مطلب أول)، آثار تدخل القاضي في عملية التحول (مطلب ثان).

المطلب الأول:

حلول إرادة القاضي محل إرادة الأطراف عند تشكيل التصرف الجديد.

يطرح هذا الموضوع الكثير من الإشكالات القانونية في الجانب العملي والتطبيقي، كون القاضي يستمر في السعي نحو تجنب البطلان وضمان الإستقرار التعاقدية من خلال الدور الأساسي الموكل له عند تطبيقه آلية التحول، وهذا ما جعل أغلب الفقهاء يؤكدون على الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي عند تفعيله وتطبيقه لآلية التحول، وعليه نعرض حلول إرادة القاضي محل إرادة الأطراف في التحول (فرع أول)، الصدى الضعيف لتحول التصرف القانوني في العمل القضائي (فرع ثان).

الفرع الأول:

حلول إرادة القاضي محل إرادة الأطراف في التحول.

إن تفعيل دور القاضي في عملية التحول تمثل في الصلاحية التي أتاحها المشرع للقاضي في إطار المادة 105 ق م والتي تمكنه من إثارة تحول العقد فنعرض، إثارة تحول التصرف القانوني من طرف القاضي أولاً، المجال المتاح للقاضي لتطبيق التحول ثانياً.

أولاً: إثارة تحول التصرف القانوني من طرف القاضي.

نصت المادة 105 ق م عن إمكانية قيام القاضي بتحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح في صورة توفر عناصر هذا العقد الجديد داخل العقد الأصلي الباطل هذه السلطة المتاحة للقاضي من شأنها أن تؤكد على رغبة المشرع في إتاحة الفرصة للقاضي أيضاً للمحافظة على الإستقرار التعاقدى كلما إستدعى الأمر ذلك بتمكينه من إثارة التحول من تلقاء نفسه وذلك بموجب النصوص الخاصة للتحول¹.

لم يخول المشرع الجزائري للقاضي آلية التحول بصفة آلية عملية إستبدال العقد الباطل بأخر صحيح بموجب النص العام، بل يجب عليه أن يتبين الإرادة الإفتراضية للأطراف ليعتمدها كأساس لتحويل العقد الباطل، حيث تضي المادة 105 ق م طابعا إلزاميا على عمل القاضي فيجب عليه إثارة تحول العقد كلما إجتمعت شروطه².

(¹) كرس المشرع التونسي نظرية تحول العقد ضمن المشروع الاول للمجلة المدنية والتجارية التونسية، مشروع صانتيلانا في اطار الفصل 375 منه نقلا عن الفصل 140 المجلة المدنية الالمانية، الا إن ه مع صدور مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 وقع تعويضه بالفصل 328 الحالي الذي ينص على إن ه: «إذا أبطل الالتزام، وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام»، ويمثل هذا النص إن عكاسا لاهمية مجلة الالتزامات والعقود التي تعد بصورة غير قابلة للنقاش محاولة فريدة من نوعها للتوفيق بين مختلف القوانين المدنية الأوروبية والقانون الاسلامي،

Zine Mohamed, Centenaire de la codification en Tunisie le COC, Dalloz 1996, p188 .

(²) في المقابل نجد المشرع التونسي قام بتغيبب إرادة الاطراف، فانه بذلك أراد تفعيل دور القاضي في عملية التحول ليمارس دورا نشيطا- فقد أراد المشرع احلال إرادة القاضي محل إرادة الأطراف فقام باقصاصها داخل الفصل 328 من

ثانيا: المجال المتاح للقاضي لتطبيق التحول.

يلعب القاضي دورا مهما وفعالا في تحول العقد الباطل بإستيعاب أركانه في تشكيل عقد آخر مع ما يقتضيه ذلك من بحث في أساس وشروط التحول، ولقد إستندت المحكمة صراحة على المادة 105 ق م كأساس قانوني عام لتمكين القاضي من تحويل العقد وهو ما يشكل إحالة صريحة من قبل المشرع للقاضي حتى يعتد بهاته الوسيلة لتجنب بطلان العقد، ورغم ذلك لا ينحصر مجال تدخل القاضي بالتصريح بكل حالة توفرت فيها شروط هذا الفصل بل كذلك بمعايينة الحالات التشريعية المنصوص عليها بموجب نصوص خاصة.

يتمتع القاضي في إطار التحول بإتساع مجال تدخله من أجل القيام بتوجيه العقد الباطل من خلال التحول لتحقيق المصلحة الإقتصادية، ويتجلى ذلك خاصة في صياغة النصوص القانونية التي تمنح للقاضي إمكانية إستبدال عقد جديد بآخر قديم دون الرجوع إلى إرادة الأطراف¹، حيث تطغى إرادة القاضي التي تتدعم مع التغييب الكلي لدور الإرادة، وكأن المشرع أراد التخلص منها ليفسح المجال لتصرف القاضي حسبما يقتضيه النص القانوني طبعاً.

=مجلة الالتزامات والعقود فهذه الإرادة ليس لها وجود قانوني بل هي وهمية، ويعتبر الأستاذ Alain couret إن التحول لا يقع تطبيقه بصفة آلية بل يجب على القاضي إن ينطق بتحول العقد الباطل إلى آخر صحيح، وندرك بالنظر إلى صيغة الأمر التي جاء فيها الفصل 328 م ا ع إن المشرع ترك المجال للقاضي لاثارة تحول العقد من تلقاء نفسه، وذلك على عكس الفصل 375 من مشروع صانتيلانا الذي جاءت عباراته في صيغة غير امرة، ولما عرفت مجلة الالتزامات والعقود بأحكامها المتميزة فإن الفصل 328 م ا ع المتعلق بالتحول يندرج في هذا الاطار باعتبار السلطة المباشرة الممنوحة للقاضي لاستبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح، مما يؤكد على الدور الايجابي الموكول للقاضي والذي يتناغم مع الوضع الجديد للقاضي لكونه أصبح يتدخل هو الاخر في اطار العمل القانوني، سامي الجربي، تفسير العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، الجمهورية التونسية، ص 510.

(1) Couret Alain , La notion juridique de conversion , mélanges vigreux , Toutouse , 1981. n° 21, p 232 .

يُندعم هذا التغييب لدور إرادة الأطراف في عملية التحول لصالح دور القاضي ذلك أن جملة من الفقهاء يعتبرون أن وجود إرادة تحول العقد من شأنها أن تقلص من تطبيق نظرية التحول في حد ذاتها، ويعد هذا الحل الذي أتى به المشرع الجزائري بموجب النصوص الخاصة التي تنص على التحول بقوة القانون متناغما مع التيارات الجديدة التي ما فتئت تفسح المجال لتدخل القاضي في المادة التعاقدية مما يكشف عن رغبة المشرع في توسيع دائرة إنقاذ العقود من البطلان.

أمام الأهداف المرجو تحقيقها من وراء تطبيق التحول، يرى بعض الفقه أن شرط الإرادة المفترضة يعد عقبة أمام عمل القاضي لذلك يكون من الأحسن إقصاؤها¹، ذلك أن القرار المتخذ من طرف القاضي والذي يعتمد فيه على إرادة افتراضية غير موجودة هو قرار ضعيف يستوجب الخضوع لرقابة المحكمة العليا.

كما أن إقصاء الإرادة المفترضة في إطار النصوص الخاصة للتحول من شأنه أن يمنح القاضي فرصة الضغط على الطرف سيء النية لتنفيذ إلتزاماته بكل نزاهة²، وغياب هذا الشرط قد يجعل القاضي يطبق التحول حتى في صورة إداركه لعدم إقتناع الأطراف بعملية التحول وهذا من شأنه أن يوسع من مجال تطبيق تقنية تحول العقد، وبالتالي من مجال تدخل القاضي في إطار إحترام النصوص القانونية التي تنص على ذلك³.

إن هذا الدور الإيجابي الذي أصبح يتمتع به القاضي في إطار تكوين العقود، من شأنه أن يضيف بإيجابيته على إستقرار المعاملات من حيث أن القاضي يحاول إرضاء

(1) Gounot Emanuel, le principe d'autonomie de la volonté en droit privé contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, 1912. p206.

(2) Benabent Alain, La bonne foi, travaux de l'association de Henri Capitant, TXIII, 1992, p 294.

(3) Anne Laude, La reconnaissance du contrat par le juge, thèse presses universitaires, D'AIX-Marseille, 1992, p527

جميع الأطراف نظرا لإختلاف أرائهم بإتخاذه للقرار الذي يعتقد أنه لمنفعة الجميع¹، ويتحقق الهدف الإقتصادي من العقد، ذلك أنه يطبق التحول لتلافي البطلان الذي يحدث نوعا من الخطر ويعرقل حسن سير المعاملات، فيوفر تدخل القاضي في عملية التحول حماية أكبر لحقوق الأطراف التي تتواصل مع ولادة العقد الجديد.

لما كانت مسألة المحافظة على إستقرار المعاملات التعاقدية من المسائل الأولية التي تتعدى أهمية المحافظة على مصالح الأطراف لصالح المجموعة، فإنه لا يجب أن تتوقف على مجرد المخاطرة بالبحث عن الإرادة²، الأمر الذي جعل القاضي يحل محل الأطراف لضمان تحقيق هذه الأهداف. إلا أنه على الرغم من النصوص القانونية التي تشجع القاضي على تطبيق نظرية تحول العقد في حالات كثيرة سواء بموجب النص العام أو النصوص الخاصة وتمنحه دورا إيجابيا إلا أن الواقع يترجم عكس ذلك حيث وقع تهميشها.

الفرع الثاني:

الصدى الضعيف لتحول التصرف القانوني في العمل القضائي.

لئن ترك المشرع الجزائري المجال للقاضي ليتدخل في عملية التحول بإقراره للمادة 105 ق م كنص عام ذو صبغة موضوعية بحتة وكذا مجموع النصوص الخاصة، فإن تدخل القاضي كان محدودا بإعتبار الصدى الضعيف لآلية التحول من الناحية التطبيقية وهو ما أثبتته قلة القرارات القضائية في هذا المجال.

حيث ما فتىء القاضي الجزائري يهمل آلية تحول العقد سواء بعدم تطبيقها عندما يقتضي الحال ذلك، أو أنه يتدخل بصورة سلبية بتطبيقه لنظرية أخرى أو يعمد إلى تطبيق خاطيء للتحول أو نقص في التسبب في الأحكام أو القرارات القضائية خلافا لتشريعات

(1) Gout Olivier, le juge et l'annulation du contrat, Thèse université de droit d'économie et des sciences D'aix –Marseille, PUAM, 1999, n° 680, p 461.

(2) Besrour Noureddine, These precitee, n° 325, p 479.

المقارنة خاصة منها التشريع المصري. ففي الواقع يقتصر دور القاضي الجزائري على ملازمة الحياد والإكتفاء بتتبع الإرادة الظاهرة للأطراف، وهذا الموقف الذي إتخذه القاضي تجاه التحول يعتبر تهميش لنص المادة 105 ق م.

كما تحيط بعمل القاضي عند تطبيقه لنظرية التحول جملة من الحدود تنتفرع إلى حدود نظرية وتشريعية وعملية، حيث غالبا ما يتمسك القاضي بالمفهوم التقليدي للعقد القائم على أساس الإرادة دون أن يحاول إستيعاب الأفكار الجديدة التي أتت بها آلية التحول سواءا بالبحث عن الإرادة الإفتراضية، أو إقصاء إرادة الأطراف كأساس لإنشاء العقد وإحلال إرادة المشرع محلها والذي بدوره ترك المجال للقاضي ليتدخل في إطار النص القانوني طبعاً، وتتمثل الحدود التشريعية فيما تنص عليه المبادئ العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

يعكس هذا الموقف محدودية دور القاضي في آلية التحول، وتعود هذه المحدودية إلى تعلق فقه القضاء الجزائري بالتصور الذاتي للعقد، أي بتشبهه بالبحث على أساس لإرادة الأطراف وبالتالي طغيان مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما قدمه المشرع من مجموعة نصوص قانونية خاصة للتحول من فرصة للقاضي لطرح عناء البحث عن الإرادة الإفتراضية للأطراف، فلئن تميزت النصوص الخاصة والنص العام المادة 105 ق م كأساس قانوني يكرس تحول العقد في القانون الجزائري، فإن نظرية التحول لم تلق جانب من الإهتمام الذي تستحقه. إلا أنه يبقى الصدى الضعيف لتطبيق نظرية التحول غير مقبول في القانون المدني وفروع القانون الأخرى أمام حضور المادة 105 ق م كنص عام مكرس لهذه الآلية¹.

(1) خلافا للقانون الفرنسي الذي نفسر قلة تطبيقات الفقه القضائية بالمادة المدنية إلى غياب نص عام يكرس نظرية التحول، إما القانون المدني الألماني ومن خلال المادة 140 ق م أ جاء بطبعه مقرا لسلبية دور القاضي حيث يقف دوره عند الكشف عن الإرادة الافتراضية للأطراف حتى يتسنى له امكانية تحويل العقد الباطل، فقد أكد الفقيه Xavier Perrin أنه من المبالغة إعتبار إن القاضي يحل محل الأطراف ذلك إن دوره يقف عندالكشف على ما أراد أطراف

ويمكن أن تعود قلة تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني من قبل القاضي إلى جملة من المبررات بالإضافة إلى صعوبة توفر شروط قيام تحول العقد، كما نسجل غياب دور الفقه في شرح مختلف النصوص الخاصة بنظرية التحول سواء النصوص العامة أو النصوص الخاصة، إضافة إلى أن تجاهل الفقه القانوني لنظرية تحول العقد أدى إلى ضعف صدى النظرية، فكيف يمكن للقضاء أن يستند إليها في حين تجاهلها رجال القانون والفقهاء¹، إن تميز دور القاضي في عملية التحول بالمحدودية على المستوى التطبيقي فإن ذلك لا يمنع من الحديث عن الآثار التي تنتج عن دوره في تطبيق تقنية أو آلية تحول العقد.

المطلب الثاني:

آثار تدخل القاضي في عملية التحول.

إن الرغبة في حماية استقرار العلاقات التعاقدية، تحتم على القاضي أن يلعب دورا نشيطا وفعالا عند تطبيقه لنظرية التحول، فدوره عام بإعتباره يساعد على إنقاذ العقد الباطل بإدماجه من جديد في الواقع القانوني ولو بشكل جديد، فإلى جانب الإيجابيات الأخرى التي

=التحول، وقد عمد الفقهاء أمام غياب نص قانوني يكرس التحول في القانون الفرنسي، إلى استدعاء الفصل 1156 المجلة المدنية الفرنسية المتعلق بقواعد التأويل حيث يقوم القاضي بتأويل العقد بالبحث عن الغاية التي أرادها الأطراف أي الكشف عن إرادة ضمنية يعمل على أساسها لتحويل العقد الباطل إلى آخر صحيح، ذلك إن القاضي لا يضيف أي شيء بل يكتفي بملاحظة حالة سابقة ولا يسعى إلى خلق عمل قانوني جديد، مما جعل فقه القضاء الفرنسي يماهي بين التحول والتأويل للبحث عن أساس قانوني لعملية التحول وذلك أمام غياب نص عام يكرس التحول، تعكس هذه المماهة بين التحول والتأويل السلبية في تدخل القاضي.

Perrin Xavier, la conversion par réduction des actes et des personnes juridique, Essai d'un théorie en droit français, thèse pour le doctorat, faculté de droit de l'université de Lyon en 1911, imprimerie J, Millot et Cie, p52.

(1) نلاحظ أيضا أن القانون الإيطالي لم يكرس نص قانوني للتحول الأمر الذي يفسر الدور السلبي الذي تميز به عمل القاضي الذي يلتجأ إلى التأويل مثل نظيره الفرنسي، حيث يتأكد من ضرورة وجود إرادة حقيقية أي إرادة احتياطية تتجه نحو العقد الجديد، وبذلك يكون التحول مجرد عملية تأويل للارادة، فيلعب القاضي دورا سلبيا يتمثل في الكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف، الأمر الذي من شأنه إن يحرف هذه الآلية التي يجب أن تعالج خارج إطار التداخل مع تأويل الارادة، ويتعرض هذا الاتجاه للنقد بكون التحول هو رهين وجود عقد باطل يحتوي على جملة من العناصر المكونة لعقد آخر صحيح تساعد القاضي على التحرر من الإرادة الأطراف وبالتالي الخروج من دوره التقليدي الحارس لمبدأ سلطان الارادة، محمد زين، المرجع السابق، ص 195.

جاءت بها آلية التحول، فإنها تساعد القاضي أيضا على تفعيل دوره أكثر، لذا نوضح تبني النظرة الجديدة لدور القاضي (فرع أول)، رقابة المحكمة العليا لقرارات القاضي (فرع ثان).

الفرع الأول:

تبني النظرة الجديدة لدور القاضي.

جاء في نص المادة 105 ق م أزم القاضي بالبحث عن الإرادة التي طالما كان وفيها لها، لقد كان القاضي مجبرا على إحترام الإرادة التي تعتبر الأساس التعاقدية في مرحلة تكوين العقد في إطار النظرية التقليدية¹، لكنه بتكريس آلية التحول أصبح القاضي أكثر تحررا من قيد الإرادة بل أن يتجاوزها عند التطبيق وذلك بالإعتماد على الهدف الإقتصادي للعقد وبذلك يقوم بخلق عقد جديد مكان الآخر الباطل².

من هنا نقف عند أهمية الدور الذي أصبح يلعبه القاضي حيث أنه ما فتىء يكون أكثر فاعلية وإيجابية عند تكوين العقد حتى أنه يمكن القول: «إن العقد لم يعد نتاج عمل الأطراف بل أصبح من عمل القاضي، وهذا الدور الخلاق الذي يمكن للقاضي أن يلعبه في تكوين العقد قد منح حديثا للقاضي».

أراد المشرع الجزائري بتكريس المادة 105 ق م الإنخراط في هاته التوجهات الحديثة، التي من شأنها أن تدر بالفوائد على العلاقات التعاقدية، فبإحتمال تداخل آراء الأطراف فإن القاضي يسعى لتوحيدها من خلال إختياره للطريقة القانونية السليمة لتجسيد إرادته من خلال عقد جديد، إضافة إلى أن القاضي يسعى إلى توفير الكثير من الجهد والمال لإنقاذ العقد من البطلان بهدف تحقيق الإستقرار الإقتصادي من جهة والتعاقدية من جهة أخرى.

(1) Boulanger Jean ,Notation sur le pouvoir créateur de jurisprudence ,RTD ,civ,199, p419 .

(2) Anne Laude, La reconnaissance du contrat par le juge, thèse presses universitaires ,D'AIX-Marseille, 1992 ,p527 .

قد أتى التحول لينصب المشرع والقاضي محل الأطراف حيث ينشأ العقد الجديد من أنقراض العقد الباطل، فلا يكون العقد في جميع الأحوال من عمل الأطراف بل يتدخل المشرع والقاضي بتكوين العقد، لم يعد دور المشرع ذلك الدور المقتصر على سن القوانين بل أصبح بفضل تكريس التحول بمثابة الخلاق للعلاقة التعاقدية وأصبحت العلاقات الخاصة والفردية مجالا مفتوحا لتدخل القاضي.

وعليه يجب على فقه القضاء إدخال أكثر فاعلية على آلية التحول وتحريكها لبلوغ الغاية المنشودة وهي إستقرار المعاملات¹، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن تكريس تحول العقد داخل المادة 105 ق م يعكس رغبة المشرع الجزائري في الإنفتاح على الإتجاهات الحديثة التي تعمل على جمع المشرع والقاضي لتكوين الأعمال القانونية.

في الأخير يبدو جليا أن تدخل القاضي في تكوين العقود تمثل بلا ريب مجالا من المجالات التي يفضل القاضي التدخل فيها نظرا للدور النشط الذي يمكن أن يلعبه، هذه النظرة الجديدة لدور القاضي هي في تناغم كبير مع تكريس نظرية التحول في إطار المادة 105 ق م لكن لا يجب أن تبقى حبرا على ورق بل يجب على القاضي أن يكشف عن هذه الآلية وميزاتها وأهميتها، وأن يسعى لتطبيقها حتى يستغل الدور الفاعل الذي تؤمنه له، ويستمر عمل القاضي في السعي نحو تجنب البطلان وضمان الإستقرار التعاقدية من خلال دوره في التحول، والذي يجب أن يمارسه دون أي تعسف ويكون خاضع لرقابة المحكمة العليا.

لكن بالرجوع إلى العمل التطبيقي القضائي نجد القاضي الجزائري من خلال أحكامه وقراراته يوجد نوع من التناقض في الأحكام والقرارات تارة، وتارة الأخرى يتبادر إلى الذهن عدم الفهم الرصين للآلية التحول بالنسبة للقضاء الجزائري وإلا كيف نفسر هذا

(¹) Gout Olivier, le juge et l'annulation du contrat, Thèse université de droit d'économie et des sciences D'aix –Marseille, PUAM ,1999 , p32, n° 19.

التناقض في الأحكام والقرارات القضائية رغم أن المواد القانونية التي تنص على التحول واضحة وصريحة ولا إجتهد مع صراحة النص وهذا ما توضحه أكثر القرارات الآتية:

قضى قرار المحكمة العليا بالآتي: «من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون»¹، وقضى: «من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية»، وقضى: «...إذا كان من الثابت أن النزاع في قضية الحال يتعلق بعقد هبة وأن الطاعنات دفعن بأن والدهن الواهب كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية وقد كان على قضاة الإستئناف التصدي لهذا الإدعاء والعمل على إثباته أو نفيه فإنهم بالإعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البت في هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة عرضوا ما قضاوا به للنقض البين والتعليل بما فيه الكفاية الأمر الذي لا يتحقق معه للمجلس الأعلى مراقبة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على هذا الوجه»².

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 45371 بالآتي: «إن المجلس تجاوز حدوده وذلك بإعتبار عقد الهبة وصية، وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية، كما ذكر ذلك الشيخ خليل في الجزء الرابع الصفحة 92 وما بعدها بقوله: «لا يجوز وصية الزوج لزوجته». وبهذا فإن قضاة الموضوع خالفوا قواعد الشريعة، ومن ثم تعين نقض القرار»³.

(1) قرار المحكمة العليا صادر في 16/03/1999، غرفة الاحوال الشخصية، حسين طاهري، المرجع السابق، ص 82.

(2) قرار المحكمة العليا الصادر في 22/10/1984، غرفة الاحوال الشخصية، حسين طاهري، المرجع السابق، ص 8.

(3) قرار المحكمة العليا الصادر رقم 45371 المؤرخ في 20/04/1987، م.ع.غ.أ.ش. (غير منشور)، قرار المحكمة العليا رقم 179724 المؤرخ في 14/03/1998، عدد خاص، ص 277، قرار المحكمة العليا رقم 179724 المؤرخ في 13/03/1998، ق.غ.أ.ش.، عدد خاص، ص 277.

كما قضى مجلس قضاء بسكرة في قراره رقم 00349 بالآتي: «حيث أن محكمة الدرجة الأولى قد جانبت الصواب في حكمها بإلغاء دعوى إبطال عقد الهبة في مرض الموت لعدم التأسيس... مما يتعين إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإلغاء عقد الهبة المبرم من طرف المرحوم مورث المستأنفين والمحرم من طرف الموثق، والمشهر لدى المحافظة العقارية ببسكرة...»¹.

يبدو أن قرار المجلس القضائي قد جانب الصواب عندما قام بإلغاء عقد الهبة دون تحويله إلى وصية وفقا لنص المادة 776 من قانون الأسرة، حيث إستند لنص المادة 189 قانون الأسرة: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي»، بمعنى المخالفة يجوز الإيصاء للوارث.

لكن هذا مردود عليه إذ يجوز الإيصاء للوراث عملا بنص المادة 185 من قانون الأسرة: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة»، لم يحدد المشرع الجزائري الموصى له وارث أو غير وارث بل تركها على إطلاقها وبالتالي يجوز الإيصاء لوراث بشرط أن لا يتجاوز الثلث، وعليه تبطل الهبة وتحول إلى وصية، فأما الثلث فهو من حق الموصى له بحكم القانون ولا يحتاج إلى إجازة الورثة، وما زاد عن الثلث فإنه يتوقف على إجازة الوقت.

وهذا ما قضى به قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: «إن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن هبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح لذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون»².

(1) قرار رقم 00349 المؤرخ في 2016، مجلس قضاء بسكرة، الغرفة العقارية.

(2) قرار المحكمة العليا الصادر في 2001/02/21، حسين طاهري، المرجع السابق، ص 83.

وقضى من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون (المادتان 204 و 185 ق أ)¹، وأيضا قضت المحكمة العليا في قرارها رقم رقم 256869 بالآتي: « من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت، والحالات المخيفة تعتبر وصية (المادة 204 ق أ)²».

وعليه نوجه الدعوة للمحكمة العليا من أجل إصدار إجتهااد قضائي خاص بألية التحول وتفعيل المادة 105 من القانون المدني، يكون مرجعا قانونيا للقاضي على المستوى المحاكم الابتدائية وللمستشارين على مستوى المجالس القضائية، ومرجعا أيضا يمكن للقاضي الإداري الإستئناس إليه في الأحكام الإدارية ولما لا.

الفرع الثاني:

رقابة المحكمة العليا لقرارات تحول التصرف القانوني.

لا تعتبر المحكمة العليا درجة ثالثة من درجات التقاضي، كونها لا تنظر إلا في المسائل المتعلقة بحسن تطبيق القانون دون الإهتمام بالمسائل الواقعية³، لما كانت المحكمة العليا هي محكمة قانون فإنها تراقب نشاط القاضي الذهني، وراقبتها تقتصر على مجرد إعادة النظر في الأحكام والبحث في مدى صحة تطبيق قاضي الموضوع للقانون أو مخالفته

(1) نفس الحكم جاء في قرارات المحكمة العليا الآتية: قرار رقم 186058 المؤرخ في 17/03/1998، م.ع.غ.أ.ش، م. ق 1999، عدد 1، ص 119، قرار رقم 139123 المؤرخ في 09/07/1996، م.ع.غ.أ.ش، م. ق، 1996، عدد 2، 80، قرار رقم 179724 المؤرخ في 13/03/1998، م.ع.غ.أ.ش، ص 277، قرار رقم 197335 المؤرخ في 16/06/1998، م.ع.غ.أ.ش، ص 281، قرار رقم 219901، المؤرخ في 16/03/1999 م.ع.غ.أ.ش، ص 287، قرار رقم 256869 المؤرخ في 21/02/2001، م.ع.غ.أ.ش، م. ق 2002، عدد 2، ص 428.

(2) قرار رقم 256869 المؤرخ في 21/02/2001، م.ع.غ.أ.ش، م ق 2002، عدد 2، ص 428.

(3) تنص المادة 6 ق 1 م 1 على: « المبدأ إن التقاضي على درجتين، مالم ينص القانون على خلاف ذلك».

له دون أن تعيد النظر في وقائع الدعوى والتي تتركها لإجتهد القاضي¹، فهي تراقب مصادر السلطة التقديرية للقاضي بمعنى تراقب صحة أعمال القانون².

لكن الإشكال يطرح بالنسبة لمدى خضوع عملية تحول التصرف القانوني الباطل لرقابة المحكمة العليا، وللإجابة على ذلك يتطلب الأمر معرفة ما إذا كانت عملية التحول من المسائل الواقعية أو من مسائل القانونية؟.

تجدر الإشارة قبل الإجابة عن التساؤل المطروح إلى التنويه أن أغلب الدراسات القانونية تعتبر أن تكييف التصرف القانوني (العقد) هو تحويل للتصرف القانوني، وبالتالي فإن خضوع التكييف القانوني لرقابة أو عدم رقابة المحكمة العليا يعتبر هو نفسه خضوع تحول العقد لرقابة محكمة النقض³، هذا الخلط الحاصل بين تكييف العقد وتحويل التصرف القانوني (العقد) قد تم الإشارة إليه سابقاً، حيث يضرب الفقه مثالا في هذا الصدد بالقول: «إذا كان التصرف لا يصح للوراث لكونه يتعارض مع القاعدة لا وصية لوارث دون إجازة الورثة، فيفسر هذا التصرف على أنه بيع و هبة»⁴.

إن آلية التحول تعتبر من صميم عمل القاضي هدفه تحقيق غاية نهائية واحدة هي الوصول إلى حسن تطبيق القانون بتحويل التصرف القانوني الباطل إلى تصرف صحيح، يقوم من خلالها القاضي بالمقابلة بين التصرف الباطل والنص القانوني المنظم للتحول سواء كان نص عام أو نص خاص بغية إنفاذ التصرف من البطلان والحفاظ عليه قدر المستطاع

(1) علي علي أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع 2015، ص 84.

(2) جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الخامس، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2018، ص 426.

(3) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000، ص 276.

(4) جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 424.

وهذا بالإحتكام إلى الشروط القانونية للآلية التحول، وهذا يعني أن القاضي عندما يقوم بهذا الأمر الذي يجعل من آلية التحول عملية قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا.

الفصل الثاني:

أهم حالات وتطبيقات نظرية تحول التصرف القانوني.

يحتل تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري مكانة خاصة نظرا لما تتميز به من المحافظة على الإستقرار التعاقدى وإنفاذا للعقود من البطلان، الشيء الذي فتح المجال بتزايد التدخل التشريعي أحيانا كثيرة وذلك لإعتبارات إقتصادية وإجتماعية وأخلاقية أحيانا وضعت العقود أساسا لتحقيقها ليقدر المشرع تحول التصرف القانوني بقوة القانون دون البحث في مدى توافر الشروط القانونية اللازمة لذلك فتتزايد صور التحول بقوة القانون أمام التطبيقات العملية التي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني والتي جاءت قليلة جدا.

وربما يرجع ذلك إلى عدم الفهم الرصين للنظرية سواء من طرف المتعاقدين أو من طرف القاضي الجزائري، هذا الأخير الذي منحه المشرع سلطة واسعة للقيام بالتحول ورغم ذلك نجد دوره محتشم في تفعيل هاته الآلية عكس ما كان منتظر منه وإلا ما الفائدة من تبني النظرية وإقرارها في التنظيم التشريعي الجزائري، الأمر الذي جعلنا نعرض أبرز التطبيقات العملية وأكثرها تداولاً والتي تطرح العديد من الإشكالات على المستوى العملي وأمام القاضي الجزائري، رغبة منا في الإلمام بالنظرية سواء من الجانب النظري أو من الجانب العملي بغية إبراز أهمية آلية التحول.

فنعرض بعض تطبيقات التحول، وهي حالات تطبق فيها النظرية حتى دون توافر الشرط الثالث من شروط التحول، الذي يتمثل في الإرادة الإفتراضية، حيث تحل إرادة المشرع محلها، يحتل تطبيق آلية تحول التصرف القانوني في القانون الجزائري مكانة خاصة نظرا لما قد يتميز به من محافظة على الإستقرار التعاقدى وإنفاذا للعقود من البطلان. أهم تطبيقات نظرية تحول التصرف القانوني في القانون المدني (مبحث أول)، الدور القضائي في تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني (مبحث ثان).

المبحث الأول:

أهم تطبيقات نظرية تحول التصرف القانوني في القانون المدني.

إن إدارة وإستغلال المال الشائع تولد الكثير من الصعوبات والمتاعب التي تواجه الشركاء في ذلك، فضلا عما تسببه من أضرار إجتماعية للشركاء، فتنشأ الخلافات بينهم وتساء العلاقات إضافة إلى أضرار إقتصادية تصل إلى تعطيل إستغلال العقار الشائع، هذا يضر بالمصلحة العامة ويمس بمبدأ الوظيفة الإقتصادية للملكية، ولتفادي مضار الشيوع سمح المشرع للشركاء بوضع طريقة للإنتفاع بالمال الشائع عن طريق قسمته مؤقتة، هاته القسمة المؤقتة يمكنها أن تتحول إلى قسمة نهائية إذا توافرت الشروط التي جاءت بها النصوص القانونية المنظمة لقسمة المال الشائع، وهو ما نحاول التطرق إليه بشيء من التفصيل، فنعرض تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية (مطلب أول)، مقارنة المادة 105 من القانون المدني بالمادة 733 من نفس القانون (مطلب ثان).

المطلب الأول:

تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية.

إن الشريك في المال المشاع لا يستطيع الإستئثار به لوحده لذا يجب أن تكون سلطته في إستعماله مقيدة بحقوق باقي الشركاء دون الإضرار بهم، وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 714 من القانون المدني: «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولى على ثمارها، وأن يستعملها بأن لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء»، والمال المشاع إما أن يكون قابلا للإستعمال المشترك، وإما أن يكون غير قابل لذلك، فهل يجوز في هذه الحالة الأخيرة للشريك أن يستأثر بإستعمال المال المشاع بين الشركاء أو بجزء منه؟.

الأصل أن يتم الإتفاق بين الشركاء على تنظيم كيفية الإنتفاع بالمال الشائع، ولا شك أن ذلك يعد الطريقة المثلى للتوفيق بين مصالح جميع الشركاء، غير أنه بالنظر إلى تعذر مثل هذا الإتفاق في حالات كثيرة فقد واجه المشرع هذا الفرض من خلال تقريره نظام قسمة المال الشائع بهدف تنظيم الإنتفاع بين الشركاء¹، وذلك عن طريق قسمة هذا الأخير قسمة أعيان أو قسمة منافع أي قسمة مهैयाة²، هاته القسمة يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية³، إلا أن هذا التحول يثير العديد من الإشكالات القانونية خاصة على الصعيد العملي، لتوضيح ذلك نعرض مفهوم قسمة المهैयाة (فرع أول)، مقارنة المادة 105 من القانون المدني بالمادة 733 من نفس القانون (فرع ثان).

الفرع الأول:

الإطار القانوني لقسمة المهैयाة.

يتعذر على الشركاء إستعمال المال الشائع إستعمال مشترك، ولم يعزموا على إزالة الشيوع بطلب القسمة، وتعتبر قسمة المهैयाة أهم وأفضل طريقة للإنتفاع بالعمق الشائع والتي يحبذها الشركاء قصد الإنتفاع به وإستغلاله، والتخلص من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط به من صعوبات، وهذا يقتضي أن نعرف أولاً بهاته القسمة فنعرض تعريف قسمة المهैयाة وطبيعتها القانونية (فرع أول)، أنواع قسمة المهैयाة (فرع ثان).

(1) مهدي كامل الخطيب، دعوى الفرز والتجنيد على ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الالفى القانونية، د س ط، ص 223.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال، الطبعة 3، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011، ص 881.

(3) تتنوع القسمة من حيث إن هاء الشيوع وبقائه إلى نوعين قسمة الاعيان وقسمة المنافع، قسمة الاعيان عرفت بأنها: "اعطاء كل شريك في الشيوع قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع، وهي القسمة التي يطلق عليها المشرع القسمة النهائية، على إعتبار إن ها تنهي الشيوع وهذه القسمة ترد على ملكية الشيء الشائع، ويكون أثرها إن هاء الشيوع، إما قسمة المنافع هي قسمة لا ينتهي بها الشيوع، أحمد المصطفى محمد الصالح الصادق، أحكام قسمة المهैयाة في قانون المعاملات المدنية السوداني والفقہ الإسلامي، مجلة جامعة شندى للدراسات والبحوث الشرعية والقانونية، السنة الأولى، العدد الأول، جمهورية السودان، 2019، ص 14.

أولاً: تعريف قسمة المهاية وطبيعتها القانونية.

لما كانت قسمة المهاية هي السبب الرئيس لإنقضاء الشيوخ فقد اختلف الفقه والقانون في تعريفها مما أدى إلى التطرق إلى تعريف قسمة المهاية، وطبيعتها القانونية على التوالي:

1- تعريف قسمة المهاية.

تعددت تعريفات قسمة المهاية بين اللغة، الشرع، والقانون، وهو ما نتولى عرضه كالآتي:

أ- تعريف المهاية في اللغة.

المهاية في اللغة مفاعلة وهي مشتقة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للشيء، التهايو تفاعل، وهو أن يتواصفوا على أمر فيتراضوا به¹، وحقيقته أن كلا من الشريكين رضي بهيئة واحد يختارها أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول مهاية الأمر المتهايا عليه، وتهايووا: توافقوا وياهى².

المهاية وسميت أيضا بالمهانة بالنون، لأن كل واحد من الشركاء هنا صاحبه بما أراد، وأيضا سميت بالمهابة بالباء لأن كل واحد من الشركاء وهب لصاحبه الإستمتاع بعقله، وهيا الأمر تهيئه: أصلحه فهو مهياً، ومنه الهيئة وهي صورة الشيء وشكله وحالته، وذوي الهيئات الحسنة أي الذين يلزمون حالة وسمة واحدة لا تختلف حالاتهم بالتنقل من هيئة إلى هيئة، وتهايو على كذا تمالئوا، والمهاية: الأمر المتهايا عليه³.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط القاموس المحيط، باب الهمزة فصل الهاء، ط 6، جمهورية مصر العربية، مطبعة الرسالة، ص 57.

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 1719.

(3) جمال الدين محمد بن مكرم الملقب بابن منظور الافريقي المصري، معجم لسان العرب، المجلد الأول، ط 1، بيروت، جمهورية لبنان، دار جادر، ص ص 187، 188.

ت- تعريف قسمة المهايأة في الفقه الاسلامي.

نجد تعريفات الفقه الإسلامي تكاد تكون جميعها متقاربة ومتطابقة نذكر منها الآتي:

عرفت المالكية قسمة المهايأة في قول ابن عرفة بالآتي: «إن القسمة هي تصيير المشاع من مملوك مالكين معيناً ولو بإختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض»¹، وعرفتها أيضاً بأنها: «إختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد»².

جاء في الشرح الصغير إن قسمة المهايأة هي: «تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو بإختصاص تصرف»، ذهب فقهاء الحنفية إلى القول أن قسمة المهايأة هي: «قسمة المنافع على التعاقب والتناوب»³، أو «مبادلة معنى وليست إفراز من كل وجه»، أما الحنابلة عرفوا قسمة المهايأة بـ: «جعل العين في يد أحد الشركاء مدة وفي يد الآخر مثلها»⁴.

الجدير بالذكر أن تعريف المالكية يتقارب مع تعريف الحنفية لأن معناه أن القسمة هي تعيين نصيب كل شريك من الشركاء في المال المشاع بينهم، وهو بعينه جمع نصيب شائع في مكان معين، غاية الأمر أن تعريف المالكية إشتمل على بيان أنواع القسمة وطريقتها.

(1) إعتبر الفقه الإسلامي قسمة المهايأة قسمة المال الشائع أمر مشروع، لأنه وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع، لأن حاجة الناس إلى المنافع قد تربو على حاجتهم إلى الاعيان ومن يسر الاسلام وسهولته إن قرر التعاون بين الناس على البر و التقوى فقال تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان،....، حمدي محمد اسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الاسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 19.

(2) أبي البركات أحمد بن محمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الامام مالك، ج 3، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، 2016، ص 120.

(3) عبد الحميد محمود طهماز، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، دمشق، جمهورية سوريا العربية، دار القلم، 1998، ص 316.

(4) أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق زهير الشاويش، الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، ج 4، دمشق، جمهورية سوريا العربية، المكتب الاسلامي، 1979، ص 130.

أما الشافعية فعرفت قسمة المهايأة بـ: «أن تكون العين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر»¹، كما نصوا على أن القسمة تكون قرعة أو تراضيا، وعرف بعض الفقه قسمة المهايأة بأنها قسمة وقتية تقع على الإنتفاع بالشيء الشائع وتهدف إلى تنظيم الإنتفاع به²، وبمقتضاها يختص كل شريك إما بمنافع الشيء الشائع فترة زمنية معينة تعادل حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة الزمانية، وإما بمنافع جزء مفرز محدد منه يوازي حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة المكانية.

يضيف بعض الفقه أيضا أن قسمة المهايأة أو كما تسمى قسمة الإنتفاع هي عقد يتفق فيه على إقتسام منافع الشيء المشترك مع الإبقاء على الملكية الشائعة، وهي زمانية أو مكانية وتعد من أعمال الإدارة في حين القسمة النهائية تهدف إلى إفراز الأعيان.

يرى البعض الآخر من الفقه أنها: «تقسيم مؤقت يهدف إلى تمكين كل شريك في المال الشائع من قدر من الإنتفاع به يناسب حصته، ويكون ذلك إما بتخصيص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يمارس عليه سلطاته في الإستعمال أو الإستغلال، وإما بالإتفاق على إستقلال كل من الشركاء بإستعمال كل شيء المملوك على الشيوع وإستغلاله خلال فترة زمنية محددة، ينتقل بعدها الإنتفاع به».

الملاحظ أن هذه التعاريف الفقهية إستندت على الآيات القرآنية التي أجازت المهايأة مصدقا لقوله تعالى: «قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم»³، وكذا قوله تعالى: «ونبئهم إن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر»⁴، فدللت الآيات على جواز المهايأة على الماء لأن قوم سيدنا صالح، جعلوا شرب الماء يوما للناقة ويوما لهم تحضيره من كل له

(1) نعيم سمارة المصري، قسمة المهايأة في الشريعة الإسلامية، جامعة الأزهر، مجلة الجمعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، جمهورية مصر العربية، 2011، ص 197.

(2) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 20.

(3) الآية 155 من سورة الشعراء.

(4) الآية 28 من سورة القمر.

توبة فالآية دالة على المهैयाة وهي قسمة المنافع كما أقر بذلك الله سبحانه وتعالى حسب نص الآيات.

كما عززت السنة النبوية ذلك فيما رواه ابن إسحاق في الخروج لغزوة بدر قال: «كانت إيل أصحاب رسول الله صل الله عليه وسلم يومئذ سبعين بعيرا، فاعقبوها أي ركبوها على التعاقب، واحد عقب الآخر، فكان رسول الله صل الله عليه وسلم وعلى ابن أبي طالب ومرثد بن أبي مرثد النتوي يعتقبون بعيرا وكان حمزة بن عبد المطلب، وزيد بن حارثة، وأبو كبشة، وأنس موليا رسول الله صل الله عليه وسلم يعتقبون بعيرا، وكان أبو بكر وعمر وبن عبد الرحمن بن عوف يعتقبون بعيرا...»¹.

ج- تعريف قسمة المهैयाة في المدني الجزائري.

لم يعرف المشرع الجزائري الملكية الشائعة صراحة²، كون المادة 713 من القانون المدني نصت على الآتي: «إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك»، وكذا قسمة المهैयाة على غرار التشريعات المقارنة³، وإكتفى بتنظيم قسمة المهैयाة في المواد 735، 734، 733 و736 من القانون المدني⁴.

(1) محمد بن يوسف الصالحي الشامي، سبل الهدى والرشاد في سيرة خير العباد، ج 4، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية، 2006، ص 143.

(2) نصت المادة 713 من القانون المدني: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك"، وأسباب الشيوع عديدة منها الواقعة القانونية الميراث الذي يعتبر من أهم أسباب الشيوع إن تشارا، كذلك التصرف القانوني كالعقد، وكذلك الحيازة والاستيلاء والالتصاق، محمد وحيد الدين سوار، شرح الحقوق العينية الأصلية، الاشياء والأموال، الطبعة الثالثة، مطبعة الدواي، دمشق، الجمهورية العربية السورية، 1980، ص ص، 359، 360.

(3) قضت المحكمة العليا في قرارها بالآتي: «تتم قسمة المال الشائع، في حالة اختلاف الشركاء وتعيين خبير من طرف المحكمة العليا، عن طريق تكوين الحصص واجراء القرعة»، قرار رقم 233109 المؤرخ في 2002/07/17، م.م.ع. عدد 2004، ص 323.

(4) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/2/29 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

حيث نصت المادة 733 على الآتي: « يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس (5) سنوات. إذا لم يشترط لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر (3) أنه لا يرغب في التجديد. وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة (15) سنة، إفترض حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة»¹.

من التعاريف السابقة نستنتج بأن قسمة المهايأة هي قسمة منافع لا قسمة ملكية ويقصدون من ورائها أنها لا تنهي الشيوع بل يسعى الشركاء من خلالها إلى تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، وذلك بتمكين كل واحد منهم بقدر من منفعه يتناسب مع حصته.

يبدو أن الهدف من وضع أحكام خاصة بالمهايأة من طرف المشرع هو رغبته في تنظيم إستعمال الشيء الشائع و إستغلاله تنظيما عمليا يمكن كل الشركاء المشتاعين من التمتع بهذا الإستعمال والإستغلال بما يوازي حصته، حتى لا يتعطل الإنتفاع بالأعيان التي لا يريد الشركاء قسمتها قسمة نهائية، لأن الأعيان خلقت للإنتفاع بها لا لتعطيلها. وبالتالي مواجهة الظروف التي تحول دون إمكان إجراء القسمة النهائية والخروج من الشيوع، وذلك بإعطاء الشركاء الحق في الإتفاق على تهايو الإنتفاع بالأشياء الشائعة.

(1) تقابلها المادة 846 من القانون المدني المصري: « في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الاجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. فاذا لم تشترط لها مدة، أو إن تهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إن تهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد. وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، إن قلبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، إفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة»، الملاحظ هو التشابه الكبير من نص المادة في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري.

بالإستناد إلى حق كل منهم في الإنتفاع بالشيء الشائع بمقتضى ماله من حق ملكية على هذا الشيء إذا أن الأصل أن قسمة المهايأة لا تحصل إلا نتيجة الإتفاق بين الشركاء لكن يجوز إستثناء للقضاء أن يأمر بها في حالة معينة¹، وهي حالة إتخاذ الإجراءات القضائية للقسمة النهائية²، وإذا لزم إتفاق الشركاء لإجراء قسمة المهايأة كما هو الأصل، وجب إجماعهم عليها، فإن عارض أحدهم فيها تعذر وقوعها.

2- الطبيعة القانونية لقسمة المهايأة.

بالرجوع إلى نص المادة 735 من القانون المدني التي جاء فيها: « تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة». هذه القسمة.

على هذا الأساس ذهب أغلب فقهاء القانون إلى تكييف قسمة المهايأة المكانية أو قسمة المهايأة الزمانية هي قسمة منفعة، كذلك يمكن تكييفها بأنها عقد إيجار، وذلك للتشابه الكبير

(1) إما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والامامية إلى إن المهايأة لا تتم قضاء، ولا يجبر القاضي من أبى من الشركاء عليها، واستدلوا على ما ذهبوا إليه إن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها الممتنع كالبيع، وقالوا أيضا إن حق كل واحد من الشركاء عاجل، فلا يجوز تأخيره بغير رضا كالدين بخلاف قسمة الاصل فإنها افرز النصيبين وتمييز الحقين، وكذلك ذهبوا إلى القول إن قسمة المهايأة غرر ولا سيما في قسمة المهايأة الزمانية، إذ قد يكون الشيء المشترك دابة مثلا فتموت أو تضعف في نوبة احدهما لذلك لا يجبر عليها، أحمد المصطفى محمد الصالح الصادق، المرجع السابق، ص ص 16، 17.

(2) القسمة الاتفاقية هي اتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع وجميع متعلقاته بطريقة ودية، إما القسمة القضائية فهي التي تكون نتيجة الخلاف بين الشركاء المشاعتين فيكون الحل أو الفصل للقضاء ويكون حكم القضاء هو الفاصل والمنهي لكل ما يمكن إن تكون قد أثارته هذه الملكية الشائعة من خلافات، محمد عقوني، القسمة الاتفاقية هي اتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع وجميع متعلقاته بطريقة ودية، إما القسمة القضائية فهي التي تكون نتيجة الخلاف بين الشركاء المشاعتين فيكون الحل أو الفصل للقضاء ويكون حكم القضاء هو الفاصل والمنهي لكل ما يمكن إن تكون قد أثارته هذه الملكية الشائعة من خلافات، محمد عقوني العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 382.

بين قسمة المهايأة وعقد الإيجار¹، ففي المهايأة المكانية ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفترزة الأخرى.

أما في المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الإنتفاع بالمال كله، فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع في مقابل حصول شركائه كل في نوبته على نصيبه هو في منفعة هذا المال، فالمهايأة إذن بنوعها هي مقايضة إنتفاع بإنتفاع، ومقايضة الإنتفاع بالإنتفاع تكون إيجارا إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار كما يكون الثمن في البيع نقدا، أما الأجزاء التي لم تشملها تلك القسمة فنظل شائعة وتخضع لأحكام الشيوع².

ومن أجل هذا قربت المهايأة من عقد الإيجار ولما كان الشريك من الشركاء في الشيوع يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجر لمنفعة حصص الباقي من الشركاء، فيجب أن تكون أهلية الشريك في المهايأة بنوعها أهلية كل من المؤجر والمستأجر، وهي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف إذ تعتبر المهايأة من أعمال الإرادة.

كذلك جواز الإحتجاج على الغير كمشتتر للمال الشائع تطبق فيه قواعد الإيجار فلا بد من أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل إنعقاد البيع حتى تسري في حق المشتري، وتطبق أيضا قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق المتهايئين والتزاماتهم، فكل شريك متهايئ

(1) إعتبر القانون المدني المصري عقد القسمة المهايأة هو عقد إيجار، وعللت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار، بأن كل شريك يعتبر مؤجرا للشريك ومستأجرا منه في ذات الوقت، إما الفقه الإسلامي قد اختلف آراء المذاهب المختلفة في تكييف قسمة المهايأة فذهب بعضهم إلى إن ها مبادلة، وبعض الآخر إلى أنها إيجارة، وذهب بعضهم إلى أنها كالبيع، إما ما ذهب إليه فقهاء المالكية وجرى عليه العمل إن قسمة المهايأة كالإيجار، ومن ثم نطبق عليها بعض أحكام الإيجار التي تتناسب معها، إما التي لا تتناسب معها فلا تطبق عليها، أحمد المصطفى محمد الصالح الصادق، المرجع السابق، ص 16.

(2) نسبية درار، قسمة المهايأة في الاعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد الثالث، سبتمبر 2014، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 298، أنور طلبة، الملكية الشائعة، أحكام الشيوع، التصرفات ومنازعاتها، الإستعمال والإستغلال، سلطة المدير، أعمال الإدارة، القسمة، ملكية الطبقات، إتحاد الشاغلين، جمهورية مصر العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2018، ص 288.

تكون له حقوق المستأجر من تسليم وتعهد بالصيانة وضمان للتعرض وضمان العيوب الخفية، وما عليه من التزاماته كدفع الأجرة (وهي منفعة حصته) وإستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند إنتهاء المهاية.

مع الإشارة إلى أن القسمة المؤقتة قبل أن تتحول إلى قسمة نهائية لا يترتب عليها حق عيني، وإنما يترتب عليها حق شخصي شبيه بحق المستأجر، وبالتالي فإنها تخضع من حيث الإحتجاج بها على الغير، ومن حيث حقوق وإلتزامات أطرافها وطرق إثباتها إلى أحكام عقد الإيجار التي لا تتعارض مع طبيعتها¹. وعليه تعتبر قسمة المهاية كاشفة للحق ومقررة له وليست ناقلة للملكية، ولذلك فإن تصرفات الشريك في جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة².

وقد إختلف الفقه حول إمكانية جواز رجوع أي طرف في العقد وفسخه بإرادته المنفردة، أو أن عقد القسمة غير لازم يسوغ لأطرافه الرجوع فيه وفسخه متى شاء أحدهم³، ونجد أن القانون المدني الجزائري لم ينص في المواد المتعلقة بقسمة المهاية على لزومها من عدمه، وعليه يجب الرجوع إلى القواعد العامة وبالضبط إلى نص المادة 106 من القانون المدني التي نصت: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون»، باعتبار قسمة المهاية هي قسمة إتفاقية فإنها لازمة لا يجوز لأحد أطرافها الرجوع فيها بإرادته المنفردة إلا باتفاق الجميع عليها.

(1) نسمية درار، المرجع السابق، ص 298.

(2) مريم تومي، المرجع السابق، ص 129.

(3) وهي عند المالكية وكذا الحنابلة المهاية عقد لازم كالإجارة من العقود اللازمة فليس لأحد الشركاء فسخها أو الرجوع عنها إلا إذا تراضيا على ذلك، وان كانوا جماعة برضاهم، وقال الشافعية عقد غير لازم لكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء ولا اجبار فيها من القاضي، وعند الحنفية كذلك المهاية عقد غير لازم، ومتى رجع أحد الشريكين إن قضت المهاية لأنها عندهم كالبيع ولو طلب احدهما القسمة كان له ذلك، ويبدو إن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من لزوم عقد المهاية هو الاقرب للصواب إذ لم تقصد بفساد عدم تعيين الزمان فهي عندئذ منفسخة للفساد لا لإرادة أحد الشركاء، وذلك لأنه يترتب على اللزوم استقرار الشركاء وحصولهم على المنفعة بكاملها، نعيم سمارة المصري، قسمة المهاية في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر العدد الأول، 2011، ص 189.

3- مدة المهاية:

الشركاء في قسمة المهاية إما أن يتفقوا على تحديد مدة لها وإما أن لا يتفقوا على ذلك فإذا إتفق الشركاء على تحديد مدة قسمة المهاية فلا يجوز أن تزيد هاته المدة عن خمس (5) سنوات¹، عملاً بالفقرة الأولى من نص المادة 733 من القانون المدني التي جاء فيها: « يتفق الشركاء في قسمة المهاية على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات»، منه نستنتج أن المشرع فرق بين حالتين:

أ- حالة إتفاق الشركاء على مدة المهاية.

يجوز للشركاء الإتفاق على قسمة المال الشائع قسمة مهاية لكن بشرط أن لا تزيد هذه المدة عن خمس (5) سنوات²، إذا إنقضت المدة جاز تجديدها مرة ثانية وثالثة، ولقد أضافت المادة 733 من القانون المدني الآتي: « إذا لم يشترط لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة (3) أشهر أنه لا يرغب في التجديد».

معنى ذلك أن الشركاء إذا إتفقوا على مدة تزيد على خمس سنوات كان الإتفاق فيما زاد على خمس سنوات باطلاً ولا يلزم باقي الشركاء، تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي ببطلان الشق الباطل لوحد من عقد قسمة المهاية، وفقاً للمادة 104 من القانون المدني التي نصت على نظرية إنقاص العقد والتي تم التطرق إليها بالتفصيل في الباب الأول من هذه الدراسة،

(1) محمد حسن القاسم، موجز الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، حق الملكية، (حق الملكية في ذاته، أسباب كسب الملكية)، جمهورية سوريا العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 153.

(2) أحمد محمود خليل، ادارة المال الشائع والتصرف فيه، طبعة 1، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص 130.

ويبقى الإتفاق على مدة معينة في قسمة المهاية ضروري لمنع الشريك من رفع دعوى قضائية في أي وقت شاء لطلب القسمة¹.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: «... لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي رغم عدم الإتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهاية فإنهم عرضوا قرارهم للنقض والإبطال لإنعدام الأساس القانوني»².

وعليه يمكن القول أن المهاية وإن كانت تفرز المال الشائع من حيث المنفعة تبقيه شائعا من حيث الملكية، فيبقى الشيوع قائما ما دامت المهاية، ومن ثم لم يجر الإتفاق على المهاية لمدة تزيد على خمس (5) سنوات حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوع عن طريق المهاية مدة أطول من ذلك، هذا لكي يتمكن كل شريك من ترتيب أموره وعدم الإلتزام بعقود مع الغير من شأنها منع الشريك غير الراغب في إبقاء المهاية من تحقيق رغبته في إنهاء قسمة المهاية الجارية لأنه لا يرغب في التجديد.

ب- حالة عدم إتفاق الشركاء على مدة المهاية.

إذا لم يتضمن عقد القسمة على تحديد مدتها بأن جاء خلوا منها أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد كانت مدة المهاية سنة (1) واحدة بحكم القانون، أي تجدد ضمنا إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين قبل إنقضاء السنة الجارية بثلاثة أشهر برغبته في إنهاء القسمة وفقا للفقرة الأولى من المادة 733 من القانون المدني: «... فإذا لم تشترط لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة (3) أشهر أنه لا يرغب في التجديد»، فإذا حصل التنبيه إنتهت القسمة بنهاية السنة.

(1) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 131.

(2) قرار المحكمة العليا، الغرفة الادارية، ملف رقم 148362، بتاريخ 1997/5/28، المجلة القضائية عدد 1، سنة 1997، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، ص 173.

وعليه يجب أن ينحصر التنبيه أو الإخطار في المدة التي تحدد فيها العقد حتى لا تمتد سنة أخرى وأن يتم الإخطار قبل إنتهاء السنة بثلاثة أشهر على الأقل، فيجوز الإخطار قبل أربعة (4) أشهر أو خمسة (5)، لكن الملاحظ أن القانون المدني لم يحدد كيف يتم إعلان الشركاء الرغبة في عدم التجديد أو وسيلة هذا الإعلان بشكل رسمي أو خطاب لذا يجوز أن يتم بجميع طرق الإثبات ويكون عبء إثباته على الشريك الذي يدعيه تطبيقاً للقواعد العامة¹.

قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بـ: «القاعدة الواردة بالمادة 1/846 من التقنين المدني القديم والتي تقضي بأنه إذا إتفق على قسمة المهياة المكانية ولم تشترط لها مدة، أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد، وهذه قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين المدني الملغى، فلا يجوز أعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم»².

4- إثبات قسمة المهياة.

تثبت قسمة المهياة طبقاً لأحكام إثبات عقد الإيجار، ومن ثم فإنها تخضع في إثباتها لحكم القواعد العامة، في هذا الإطار نصت المادة 467 مكرر من القانون رقم 07-05 المتضمن تعديل القانون المدني على أنه: «ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا»³، بمعنى أنه بعد 2007 فإن المهياة لا يمكن أن تكون إلا كتابة مع ضرورة أن يكون لها تاريخ ثابت، فإذا إشتراط القانون شكلاً ونموذجاً معيناً للإنعقاد فإنه لا يجوز إثبات هذا التصرف إلا وفقاً لذلك الشكل المقرر⁴.

(1) محمد بلبل، قسمة المهياة المكانية في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 24، العدد 2، جامعة باجي مختار، عنابة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2018، ص ص 84، 83.

(2) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 390.

(3) حمدي إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص 221، 222.

(4) أنور طلبية، المرجع السابق، ص ص 391، 390.

أما فيما يتعلق بالمهياة التي ترد على الأراضي الفلاحية فبالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني نجدها نصت على: «زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو عقود عقارية أو محال تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصره أو تنازل من أسهم شركة أو حصص فيها أو عقود الإيجار الزراعية يجب أن تحرر في شكل رسمي».

لكن مع صدور القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري نجد أن المادة 53 منه تنص على: «تكيف الأحكام التشريعية المعنية المعمول بها في مجال عقود الإيجار حسب الحاجة من أجل أن تنص على كل الأشكال القانونية التي تحت على استثمار الأراضي، لاسيما عن طريق ترقية الإستثمارات المنتجة وتحسين هيكل المستثمر العقاري السالفة الذكر، ويمكن أن تحرر عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية»¹، فالمهياة إذا تعطلت بعقار فلاحى بعد صدور قانون التوجيه العقاري فإنها تثبت بالكتابة فقط لأن الشيوخ أجاز أن يكون الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية.

يبدو أنه لا يمكن تطبيق أحكام المادة 324 مكرر 1 على قسمة المهياة إذا تعلقت بعقود إيجار فلاحية وإشترط الكتابة الرسمية لأن المشرع أخضع المهياة لأحكام عقد الإيجار من حيث الإثبات فقط وأن الرسمية المقررة في المادة 324 مكرر 1 للإنعقاد ولا يمكننا أن نحمل الشركاء المشتاعين أعباء الإثبات كون المهياة تتم غالبا على سبيل إرتياح الشركاء لمدة القسمة التي يجب أن يكون إثباتها كتابة عرفية على غرار شكل إنعقادها وهذا طبعا من باب التسيير على الشركاء في الإثبات من طرف المشرع، لأن أغلب هذه العقود تحرر بين أشخاص تربطهم روابط أسرية.

(1) محمد بلبل، المرجع السابق، ص 90.

الفرع الثاني:

أنواع قسمة المهايأة.

قسمة المهايأة هي التي يتفق فيها الشركاء على إقتسام منافع المال الشائع دون الملكية التي تبقى شائعة، وهي نوعان إما أن تكون قسمة مهايأة زمانية، وإما أن تكون قسمة مهايأة مكانية، نعرضهما على التوالي:

أولاً: قسمة المهايأة الزمانية.

عرض المشرع الجزائري أحكام قسمة المهايأة الزمانية في المادة 734 من القانون المدني التي تنص: «يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الإنفعا بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته»¹، على هذا الأساس فإن قسمة المهايأة الزمانية هي عبارة عن إتفاق جميع الشركاء المشتاعين على أن يتناولوا الإنفعا بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته²، دون تقسيمه بينهم إلى حصص مفرزة.

(1) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 125.

(2) ذهب المالكية إلى أن قسمة المهايأة الزمانية هي إن ينتفع كل واحد من الشركاء بالعين مدة متساوية لمدة إن نفاع صاحبه، ويذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى إن المهايأة هي إن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة متساوية لمدة إن نفاع صاحبه أو بنسبة حصته، مثل إن يتفق الشريكان في الدار المشتركة بينهما، على إن تكون في يد أحدهما شهراً، أو عاماً، أو أعواماً، بحسب ما يتراضيان وفي يد الآخر مثل المدة التي كانت في يد الأول، وكما لو تهاياً اثنان على إن يزرع أحدهما الارض المشتركة بينهما سنة، وأن يزوعها أو يؤجرها الآخر سنة أخرى، ولكن المالكية قد بينوا مقدار المدة التي يجوز فيها المهايأة، فقالوا تجوز المهايأة الزمانية في المنقولات في المدة اليسيرة ولا تجوز في المدة الكثيرة، فلا تصح لزمن طويل في الحيوان والثياب فينتفع الشريك بهذه الاشياء شهراً مثلاً لا أكثر لأن هذه المنقولات يسرع لها التغيير بخلاف العقار، بل إن هم قد أضافوا إلى شرط الزمن شرطاً آخر، وهو إن نفاء الغر— ولذلك لم يجيزوا طول الزمن في الحيوان ونحوه كالثوب، أمام العقارات فقد أجاز المالكية المهايأة فيها كالدار والأرض المأمونة بأن كانت ملكاً بعيدة فتجوز المهايأة فيها لسنة أو أكثر كنحو عشر سنوات، حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص، 148، 150، 151.

ويترتب على المهاية الزمانية أنه يجوز لكل واحد من الشركاء المشتاعين التناوب الواحد تلو الآخر في الإنتفاع بكل المال الشائع، فيستقبل بإرادته والإنتفاع به وإستغلاله على إنفراد، دون أن يتقاضى منه باقي الشركاء شيئاً، وذلك لمدة معينة يتم تحديدها، بحيث تتناسب مع نسبة الحصة المملوكة له في المال الشائع¹.

الغالب حصول هذه القسمة في المنقولات المملوكة على الشيوع، عندما يتعذر إنتفاع جميع الشركاء بها في وقت واحد فيتفقون على تناوب الإنتفاع بها حسب حصصهم فيها، مثل السيارة المملوكة على الشيوع فيتفق الشركاء على أن يركبها كل شريك مدة معينة بحسب الحصة المملوكة له، وأيضاً أن تكون أرض زراعية أو دار مملوكة على الشيوع بين شريكين فيكون لأحدهما الثلثان، والآخر الثلث، فهنا يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها بحيث يستغلها وحده لمدة سنتين، ثم يختص بها الآخر لمدة سنة، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والشريك الآخر لمدة شهر واحد كل حسب حصته.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم القانون مدة المهاية الزمانية كما نظم مدة المهاية المكانية²، ومن ثم تسري القواعد العامة في هذا الشأن، مقتضى هذه القواعد أنه يجوز للشركاء في المال الشائع الإتفاق على عدد من دورات التناوب في الإنتفاع به، بشرط ألا يترتب على إتفاقهم إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس (5) سنوات، ضف إلى ذلك أن المهاية الزمانية لا تنشئ وضعا مؤقتا يمكن أن يصبح نهائياً، كما لم ينص القانون على تحول قسمة المهاية الزمانية إلى قسمة نهائية بقوة القانون.

(1) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص 143، 142.

(2) فرق الفقه بين قسمة المهاية الزمانية و قسمة المهاية المكانية هو إن المهاية المكانية أعدل من المهاية الزمانية، إذ أن كل واحد من الشريكين ينتفع بها في زمن واحد، إما المهاية الزمانية فهي أكمل من المهاية المكانية لان كل واحد من الشركاء ينتفع بجميع المال المشترك في نوبته، نفس المرجع، ص 155.

وعليه فلا تتحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها لأن هذه القسمة تبقى المال الشائع على حاله دون إفراز وكل ما تفعله هو تقسيم أزمان الإنتفاع به، فهي لا تهيب القسمة النهائية، وبالتالي لا يمكن أن تتحول أو تنقلب إلى قسمة نهائية نظرا لتناوب الشركاء الإنتفاع بالمال الشائع.

ثانيا: قسمة المهايأة المكانية.

لم يعرف المشرع الجزائري قسمة المهايأة المكانية بل إقتصر الذكر فقط على أحكام قسمة المهايأة من خلال نص المادة 733 من القانون المدني، وعليه عرفها بعض شراح القانون بأنها القسمة التي يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال في مقابل التنازل لشركائه عن الإنتفاع بباقي الأجزاء الأخرى¹، بمعنى آخر فهي من قبيل الإفراز بجمع منفعة كل واحد من الشركاء المشتاعين في قطعة مفرزة من المال الشائع.

كما عرفت بأنها القسمة التي يقسم فيها الشركاء الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما يحصل له مدة محدودة، والرقاب باقية على أصل الشركة²، وذهب أحد الفقهاء المحدثين إلى القول أن قسمة المهايأة المكانية هي أن يختص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشارك بنسبة حصته فيتم الإنتفاع معا في وقت واحد³.

(1) نسيمه درار، المرجع السابق، ص 295.

(2) أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والمقارن، دراسة مقارنة، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 150.

(3) اختلف الفقهاء في اشتراط المدة في المهايأة المكانية على النحو الآتي، ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه لا يشترط المدة في المهايأة المكانية لان المهايأة بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم، فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها، وقد ذهب المالكية إلى أنه يشترط في المهايأة المكانية أن يكون الزمن معلوما سواء اتحد المقسوم كدار، أو تعدد كدارين حتى يعرف به قدر الانتفاع، فإذا لم يكن الزمن معيناً فسدت المهايأة اتفاقاً، إذا كان المقسوم متحداً، أو متعدداً، على ما ذهب إليه ابن عرفة، وهو إن تعيين الزمن شرط في المهايأة المكانية، نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 186 .

عرفت أيضا بأنها: «قسمة منفعة لا قسمة مال، ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع، وبذلك تنهياً لكل منهم أن يحوز مالا مفرزا مستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به»، عرف بعض الفقه أيضا المهايأة المكانية على أنها تلك القسمة التي يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء¹.

وتعتبر قسمة المهايأة المكانية من بين الأنواع التي يحبذها الشركاء في الإنتفاع بالمال الشائع وإستغلاله لا سيما في تلك الملكيات الموروثة التي غالبا ما يحبذ الورثة العيش فيها معا للحفاظ على الروابط الأسرية، من أمثلة قسمة المهايأة المكانية قد يكون المال منزل مكون من أربعة طوابق يمتلكه أربعة شركاء فيسكن الشريك الأول الطابق الأول، والشريك الثاني الطابق الثاني، والشريك الثالث الطابق الثالث، والشريك الرابع الطابق الرابع، أو أن يكون العقار الشائع أرضا يملكها الشريكان يختص أحدهما بالجزء الشرقي والآخر بالجزء الغربي. كما تتخذ المهايأة المكانية عدة صور، بحيث يستطيع الشركاء الإتفاق على قسمة جميع الأموال المملوكة على الشيوع قسمة مهايأة، كما يمكن لهم الإتفاق على قسمة جزء منها قسمة مهايأة مكانية والبعض الآخر قسمة مهايأة زمانية².

مما تقدم يتضح أن قسمة المهايأة المكانية بمقتضاها يحصل إتفاق بين الشركاء على الشيوع على تقسيم المال الشائع بينهم إلى أجزاء لينتفع كل شريك منهم بجزء يعادل حصته في المال الشائع، في مقابل إنتفاع غيره بالأجزاء الأخرى فهي قسمة ترد على منافع المال الشائع ولا ترد على الملكية بإعتبارها قسمة مؤقتة.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 93.

(2) محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 2013، ص 248.

فيتسنى بهذا الشكل لكل شريك أن يحوز مالا مفرزا ينفرد بإدارته، فيستعمله أو يستغله بنفسه أو بواسطة غيره، ولا يحاسبه أحد من الشركاء في إدارته لهذا الجزء ولا على ما حصله من هذه الإدارة¹، ولا يكون له بدوره أن يحاسب غيره من الشركاء فيما إختص به كل منهم من جزء فيتخلص كل شريك من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات.

ثالثا: المهاية التي تسبق القسمة النهائية.

هذه القسمة تعتبر صورة خاصة من قسمة المهاية، يلجأ إليها الشركاء لقسمة المال الشائع لأنه قد تطول إجراءات قسمة هذا الأخير، وتكون غالبا في المهاية المكانية، على أن تبقى هذه المهاية قائمة إلى أن تتم القسمة النهائية فهي لا تحكمها مدة معينة قد تبقى خمس (5) سنوات أو أقل أو أكثر²، إما المهاية المكانية العادية فمدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات (5) قد تتجدد وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد³.

كما لا يشترط فيها إتفاق الشركاء جميعا فهي حتما ليست قسمة إتفاقية، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقي⁴، وعندئذ يتعين على القاضي إجراؤها بالرغم من معارضة الشركاء أحيانا، وقد يستعين القاضي بخبير في إجراء هذه المهاية، ويغلب أن يكون هو نفس الخبير الذي يستعين به في إجراء القسمة النهائية.

(1) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص125،123.

(2) السيد عبد الرحمن عرفة، الملكية الشائعة في ضوء أحكام النقص، جمهورية مصر العربية، المكتبة العالمية، 2013، ص ص، 28،29.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، المرجع السابق، ص 115.

(4) محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء، ط 3، جمهورية مصر العربية، دار محمود للنشر، 1994، ص 534.

إذن أجاز القانون إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة المؤقتة إلى أن تتم القسمة النهائية إذا خشي من طول إجراءات القسمة النهائية، فإذا لم يتفق الشركاء على تلك القسمة فللقاضي المختص بدعوى القسمة النهائية الأمر بها وذلك بناء على طلب أحد الشركاء بقصد التقليل من المنازعات التي تسبق القسمة النهائية.

المطلب الثاني:

مقارنة المادة 105 من القانون المدني بالمادة 733 من نفس القانون.

لقد ضبط المشرع الجزائري التحول بشكل واضح وصريح من خلال المادة 105 من القانون المدني بإعتباره النص العام لنظرية تحول التصرف القانوني في التشريع الجزائري، نظرا لدوره الكبير في إنفاذ العقود من البطلان بما يضمن المحافظة على إستقرار العلاقة التعاقدية، وضمان مصالح المتعاقدين.

نظم أيضا تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية لما لها من أهمية في الإنتفاع من المال الشائع، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤل حول طبيعة العلاقة التي تربط فيما بين الآليتين تحول التصرف القانوني الذي أشارت إليه المادة 105 من القانون المدني وتحول قسمة المهايأة الذي أشار إليه بدوره المادة 733 من نفس القانون، ومنه نحاول إجراء مقارنة بسيطة بينهما، حيث نعرض مقارنة تحول العقد وتحول القسمة النهائية إلى قسمة مؤقتة (فرع أول)، مقارنة تحول العقد وتحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية (فرع ثان).

الفرع الأول:

مقارنة تحول التصرف القانوني وتحول القسمة النهائية إلى قسمة مؤقتة.

بالرجوع إلى نص المادة 723 من القانون المدني: « للشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.»

نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مصير القسمة التي يكون أحد شركائها المشاعين ناقص الأهلية إذا إتفق الشركاء على القسمة النهائية، وكان ضمن هؤلاء الشركاء المتقاسمين ناقص الأهلية¹، الأمر يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة فيعتبر عقد القسمة النهائية عقد قابل للإبطال، لكن من أجل إنقاذ القسمة من البطلان وحفاظا على إستقرار المعاملات فبدلا من الحكم بإبطالها فإنها تتحول إلى قسمة مؤقتة.

إن المادة 105 من القانون المدني التي تعتبر النص العام المنظم لنظرية التحول والتي تنص على الآتي: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد»، يتضح من خلال المادة وجوب توفر مجموعة من الشروط حتى يمكن السير إلى التحول وهي كآلاتي:

أولا- بطلان العقد الأصلي.

يعد بطلان العقد الأصلي أساس تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني حيث أنه إنطلاقا من عناصره يسعى القاضي إلى تكوين عقد آخر جديد، فشرط الرجوع إلى العقد الأصلي هو شرط أساسي ذلك أن على القاضي أن يثبت من بطلان العقد بأكمله، كخطوة أولى نحو التصريح بالتحول وإنتاج آثاره²، وقد جعل البطلان على درجتين وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي، أما العقد الصحيح فلا يتحول إلى عقد آخر حتى ولو كان المتعاقدان يؤثرانه عن العقد الأول لأن نظرية تحول التصرف القانوني لا تعني العقد الصحيح.

(1) نصت المادة 466 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والمتعلقة بنظام الميراث أنه للحصول على الآثار العقدية بالنسبة للقاصر تجاه البالغين فإن القسمة يجب إن تكون أمام القضاء، ومع ذلك يستطيع مجلس العائلة أن يجيز القسمة لم يسمى كاتب العدل وعدم إحترام الشكلية تعتبر القسمة مؤقتة.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج3، عقد البيع، ط 4، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1980، ص 80.

ثانيا- موافقة العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح.

يقصد به اشتراط إحتواء العقد الباطل على كل عناصر العقد الجديد فإذا إختل هذا الشرط إمتنع التحول، بمعنى آخر يجب أن يتضمن العقد الباطل جميع العناصر والأركان المطلوبة لقيام التصرف الآخر دون إضافة أي عنصر جديد إليه، أما إذا كان العقد الجديد المراد التحول إليه لا يقوم إلا بإضافة عنصر جديد على العقد الباطل فإن التحول يصبح ممتنع، ونكون أمام تصحيح العقد.

جاء في قرار محكمة النقض المصرية: « يشترط لصحة التحول أن تظل صفى المتعاقدين في العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التي أنصفا بها في العقد القديم، فليس في سلطة القاضي إجراء أي تغيير في هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول، لما كان ذلك فإن تحول العقد يكون ممتنعا إذا كان يستلزم ذلك إدخال متعاقد جديد ليعقد العقد، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية، فإنه لا يكون خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه».

ثالثا- إنصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح الآخر.

لما كانت الإرادة هي أساس وجود صحة كل تصرف قانوني، فقد أقام المشرع الجزائري التحول على أساس إستبدال الإرادة الحقيقية بإرادة مفترضة، ومضمون ذلك أنه يجب أن تنصرف إرادة الأطراف المفترضة أو النية المشتركة الإفتراضية إلى العقد الجديد في حالة بطلان العقد الأصلي، وليس المقصود بالإرادة الإفتراضية الإرادة الباطنة الحقيقية بل الإرادة المفترضة التي لا يوجد بالعقد ما ينافيها¹.

(1) سؤالم سفيان، المرجع السابق، ص ص 143، 142.

إن العقد القابل للإبطال يمكن أن يتحول إلى عقد آخر حسب ما ذهبت إليه المادة 105 من القانون المدني: «...إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال...» وعقد القسمة النهائية يعتبر عقد قابل للإبطال لوجود شريك ناقص الأهلية من بين الشركاء المشاعين¹، وهذا يعني تحقق الشرط الأول، بالإضافة إلى أن عقد القسمة النهائية يحتوي على جميع عناصر قسمة مهياًة مؤقتة، أي لا يحتاج إلى إضافة عنصر جديد للعقد وهو الشرط الثاني من شروط التحول.

أما الشرط الثالث هو إنصراف النية المفترضة للشركاء المشاعين إلى قسمة مهياًة مؤقتة طالما أن قسمة النهائية باطلة ولا تحقق هدفهم المنشود في الخروج من الشيوع فلا مانع أن تنكبا السبيل بولوج طريق خاطئ لا يحقق مبتاغهم وكان هناك طريق سليم يوصل إلى الإنتفاع بالمال الشائع بشكل منظم يرضاه جميع الشركاء، فإن إرادتهم بلا شك قد إجهت إلى السير في هذا الطريق.

إن قوام نظرية تحول التصرف القانوني هي الشروط الثالث المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني والمتوفرة في عقد القسمة النهائية الباطل كون أحد الشركاء ناقص الأهلية، وبالتالي فإن العقد قابل للإبطال، وجميع عناصر النهائية الباطلة متوفرة في العقد الصحيح الجديد وبالتالي لا نضيف أي عنصر جديد.

أما فيما يخص نية الأطراف فالتالما أراود إنهاء الشيوع والخروج بغية الإنتفاع بالمال الشائع هذا قصد الإنتفاع والحفاظ على العلاقات والروابط الأسرية فأكد أن إرادتهم المفترضة تنصرف إلى القسمة المؤقتة طالما أبطلت القسمة النهائية وتحقق نفس الغرض بالنسبة إليهم، وعليه تتحول القسمة النهائية الباطلة إلى قسمة مؤقتة، هاته القسمة التي تعتبر إحدى التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني.

(1) تنص المادة 101 من القانون المدني: «يسقط الحق في ابطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الاكراه من يوم إن قطاعه، غير إن ه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه إذا إن قضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد».

الفرع الثاني:

مقارنة تحول التصرف القانوني وتحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية.

لقد نظم المشرع الجزائري مسألة تحول القسمة عند تطرقه لأحكام المهايأة المكانية وبالتحديد في الفقرة الثالثة من المادة 733 من القانون المدني التي تنص على: «إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك». في ذات السياق قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 198689 بالآتي: «من المقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الإنتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع.

وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال - أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساءوا تطبيق المادتين 732 و733 من ق.م.¹

الأصل أن قسمة المهايأة هي قسمة مؤقتة يقصد منها تنظيم الإنتفاع بالمال المشترك، ولكن الملاحظ عمليا أن قسمة المهايأة المكانية كثيرا ما تدوم خمس عشرة (15) سنة أو أكثر من دون رغبة أحد الشركاء في إنهاؤها، فيكون ذلك بمثابة دليل على أن هذه المهايأة هي خير قسمة للمال الشائع، وقد إطمأن إليها الشركاء وإرتاحوا إلى التعامل على أساسها².

(1) قرار المحكمة العليا رقم 198689 المؤرخ في 2000/05/31، ا.ق 2004، عدد خاص، ج1، ص 283.

(2) أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 19.

ومنه أوجب المشرع أن تنقلب إلى قسمة نهائية أي بقوة القانون دون أثر رجعي¹، ويقع التحول في اليوم الموالي لإنقضاء خمس عشرة سنة²، حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 59514 المؤرخ في 9/5/1990 الآتي: «... من المقرر قانوناً أنه إذا دامت قسمة مهاياة خمسة عشر سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على ذلك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون، لما كانت من الثابت - في قضية الحال- أن القسمة قد تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع منذ أكثر من 15 سنة، ومن ثم فإن مصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه».

وقضت أيضا المحكمة العليا في قرارها رقم 181703 بالآتي: «... أنه إذا تمت قسمة المهاياة خمس عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة مهاياة، وبما أن المطعون ضده مارس حيازة طويلة منذ 1973 لغاية 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهاياة تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والإستغلال دون أن يقع أي إحتجاج من قبل الورثة الآخرين طبقاً للفقرة الثانية من المادة 733 من القانون المدني فإن قضاة الموضوع قد إستنتجوا ذلك

(1) جاء في قرار المحكمة العليا رقم 59514 المؤرخ في 9 ماي 1990 نص على الآتي: «من المقرر قانوناً إن ه إذا دامت قسمة مهاياة خمسة عشر سنة إن قلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على ذلك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون، لما كانت من الثابت - في قضية الحال- إن القسمة قد تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع منذ أكثر من 15 سنة، ومن ثم فإن مصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»، المجلة القضائية سنة 1998، عدد 2، ص 39،38،37،40، إن ور طلبية، المرجع السابق، ص ص، 391،390.

(2) إذا كان المال الشائع عقار ووردت القسمة عليه وجب تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية طبقاً لأحكام المادتين 15 و16 من الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري مع مراعاة أحكام المواد 66،65،61،8،68،100،1،90، من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/3/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 132/3 يذكر فيها مضي 15 سنة مع مهاياة مكانية ويوقع عليها سائر الشركاء وتقع بمصلحة الشهر العقاري من أجل تسجيلها وشهرها، وإذا رفض أحدهم التوقيع عليها يرفع الأمر إلى المحكمة التي تقضي بثبوت القسمة النهائية، واستوجب المشرع هذا الاجراء حتى يعلم الغير به ويمكن المعني من الاحتجاج بها، كيجل حياة، قسمة المهاياة المكانية كوسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2011، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 312.

بما لهم من سلطة تقديرية فإنهم يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن».

ولما كان تحول المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بقوة القانون فإنها لا تعتبر قسمة إنفاقية، ومن ثم لا يجوز نقضها بسبب الغبن، أو لكون أحد الشركاء لم تتوافر فيه الأهلية المطلوبة في التصرفات القانونية، لذلك قلب المشرع عبء إثبات المهايأة على عاتق من يدعي أن حيازة الشريك لا تستند إلى مهايأة¹.

يترتب على هذه القرينة أن الشريك الذي يدعي أن هناك قسمة نهائية قد تمت بقوة القانون²، يكتفه إن يثبت أنه حاز هذا الجزء المفرز من العقار الشائع خمسة عشرة سنة، وعلى من يدعي عدم وجود قسمة مهايأة أن يقيم الدليل العكسي بإثبات أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهايأة أو أن هناك إنفاقاً بين الشركاء يقضي بعدم تحول المهايأة إلى قسمة نهائية³، ويجب لتحقيق ذلك أن تكون حيازة الشريك حيازة أصلية يستند فيها إلى أنه مالك في الشيوع، فإذا كانت حيازة عارضة كما لو كان مستأجراً للجزء الذي يحوزه فلا يصبح مالكا لها مهما دامت إجارته، وكذلك الحال إذا كانت حيازته تستند إلى عارية الإستعمال.

هذه القسمة وجب إتباع فيها الإجراءات القانونية التي نص عليها القانون شأنها في ذلك شأن أي قسمة أخرى⁴، حتى وإن تمت بحكم القانون وبناء على هذا وجب كتابتها في ورقة مثبتة لها ويعتبر تاريخ هذه القسمة النهائية من وقت إنهاء الخمس عشرة (15) سنة لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية⁵، وهذا طبعا في حالة لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف

(1) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 535، أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 19.

(2) السيد عبد الرحمن عرفة، المرجع السابق، ص 29، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج 3، عقد البيع، المرجع السابق، ص 80.

(3) عبد الهادي درار، قسمة المهايأة كالية لإدارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري، مجلة تشريعات التعمير والبناء، العدد الثالث، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، سبتمبر 2017، ص 120.

(4) كحل حياة، المرجع السابق، ص 156.

(5) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 223.

ذلك، ويستحسن تسجيل القسمة في السجل العقاري أثر إنتهاء المدة، وإن المهايأة قبل أن تتحول إلى قسمة نهائية لا يترتب عليها أي حق عيني وإنما يترتب عليها حق شخصي¹. إذا كان المال الشائع عقار ووردت القسمة عليه ووجب تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية طبقاً لأحكام المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مع مراعاة أحكام المواد 61، 65، 66، 68، 90، 100 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري يذكر فيها مضي 15 سنة مع مهايأة مكانية²، ويوقع عليها سائر الشركاء وتقع بمصلحة الشهر العقاري من أجل تسجيلها وشهرها.

إذا رفض أحدهم التوقيع عليها يرفع الأمر إلى المحكمة التي تقضي بثبوت القسمة النهائية، وإستوجب المشرع هذا الإجراء حتى يعلم الغير به ويمكن المعني من الإحتجاج بها في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه الوارد في سبب النفي، دفاعه بأن مورثه ومورث المطعون ضده خلف الورشة موضوع النزاع فضلاً عن شقة إتفقا على أن يختص بها هذا الأخير، وأنه إستعملها ورشة نجارة وقام بإستخراج ترخيص تشغيلها بإسم زوجته، وإذا إنقضت على تلك القسمة مدة تزيد على خمسة عشر عاماً فقد إنقلبت إلى قسمة نهائية طبقاً لنص المادة 2/846 من القانون المدني المصري».

تعتبر القسمة النهائية هي أفضل ما يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة وإطمأنوا إلى نتائجها، فإذا كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن ينفقوا مقدماً على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية³، قد يرد هذا الإتفاق بعقد القسمة أو بملحق لهذا العقد في وقت لاحق لإبرامه، فإن لم يوجد عقد قسمة مهايأة مكانية

(1) السيد عبد الرحمن عرفة، المرجع السابق، ص 29.

(2) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 223.

(3) مجيد مخلوفي، نظام الشهر العقاري الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2003، ص 115.

وتبين أن أحد الشركاء قد حاز جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة (15) سنة، قامت قرينة قانونية بسيطة تشهد بأن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاياة مكانية إنقلبت إلى قسمة نهائية¹، وفقا لما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة 733 من القانون المدني: «إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، إفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهاياة».

يكفي إستفادة الشريك بهذه القرينة، أن يثبت أن حيازته للجزء المفرز دامت خمس عشرة (15) سنة حيازة هادئة مستمرة²، وحينئذ يتحمل باقي الشركاء إثبات أن القسمة مازالت قسمة مهاياة³، فيتقدم أحد الشركاء بعقد القسمة أو إتفاق لاحق لهذا العقد متضمنا أن حيازة الشريك الآخر تستند إلى قسمة مهاياة مكانية وأنها لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما إنقضى عليها من زمن.

قضت محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 5285 بـ: «بأن حيازة الشريك على الشيوع بالإتفاق مع باقي الشركاء جزءا مفرزا يوازي حصته من المال الشائع مدة خمس

(1) إن ور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، المملكة الاردنية الهاشمية، ص 398.

(2) قضت محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 5285 المؤرخ 2000/11/21، ص 69 على الآتي: "بأن حيازة الشريك على الشيوع بالاتفاق مع باقي الشركاء جزءا مفرزا يوازي حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة يؤدي لى إن قلاب قسمة المهاياة المكانية إلى قسمة نهائية يؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء مالم يتفق الشركاء على غير ذلك، إذ يفترض استناد حيازة الشريك المشتاع إلى قسمة نهائية، باعتبار إن ه يشترط لتوافر القرينة القانونية التي تضمنتها المادة 846 من القانون المدني، اقامة الدليل على حيازة الجزء المفرز واستمرارها المدة المذكورة، وان تمسك الطاعن في دفاعه أمام محكمة الموضوع بوجود قسمة مهاياة بينه والمطعون ضده لورشة النزاع والشقة المختلفين عن مورثهما، اتفقا بموجبها على إن يختص الأخير بالشقة، وأن القسمة إن قلبت إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشرة سنة عملا بالفقرة الثانية من المادة 846 من القانون المدني طالبا تمكينه من اثبات ذلك، والتفات الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع الجوهرى أخذا بإقرار الطاعن أمام الخبير بأن للمطعون ضده حصة ميراثية في الورشة بالفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع، إن ور سلطان، المرجع السابق، ص 398.

(3) حسنا ما فعل المشرع عندما نص على الحيازة كون ذلك يتوافق مع قواعد التقادم المكسب الذي كرسه المشرع الجزائري لأنه لو خالف ذلك لكان تعارض مع أحكام التقادم، كون المشرع افترض الحيازة التي تدوم لأكثر من خمس عشرة سنة سبب من أسباب كسب الملكية يجعل من حائزها مالكا له أوصاف وحقوق المالك، ومن ثم فهذا يعد من التنسيق المحكم لتقنيات التشريع، وعدم التناقض في المواد القانونية، مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 223.

عشرة سنة يؤدي إلى إنقلاب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية يؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء مالم يتفق الشركاء على غير ذلك، إذ يفترض إستناد حيازة الشريك المشتاع إلى قسمة نهائية، بإعتبار أنه يشترط لتوافر القرينة القانونية التي تضمنتها المادة 846 من القانون المدني، إقامة الدليل على حيازة الجزء المفرز وإستمرارها المدة المذكورة، وأن تمسك الطاعن في دفاعه أمام محكمة الموضوع بوجود قسمة مهايأة بينه والمطعون ضده لورشة النزاع والشقة المختلفين عن مورثهما، إتفقا بموجبها على أن يختص الأخير بالشقة، وأن القسمة إنقلبت إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشرة سنة عملا بالفقرة الثانية من المادة 846 من القانون المدني طالبا تمكينه من إثبات ذلك، وإلتفات الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع الجوهري أخذا بإقرار الطاعن أمام الخبير بأن للمطعون ضده حصة ميراثية في الورشة بالفساد في الإستدلال والإخلال بحق الدفاع».

بذلك تنقض القرينة وهي قرينة بسيطة وليست قاطعة إذ لو كانت قاطعة لتحوّلت قسمة المهايأة المكانية حتما إلى قسمة نهائية بمجرد إكتمال تلك المدة¹، ويدل على ذلك الفقرة الثانية من المادة 733 من القانون المدني التي إستبعدت تطبيق القرينة إذا وجد إتفاق على إستبعادها، لكن قسمة المهايأة المكانية لا تنقلب إلى قسمة نهائية إلا إذا توافرت مجموعة نذكرها:

أولا: شروط تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية.

من خلال نص المادة 733 من القانون المدني نذكر الشروط الواجب توافرها لتحول القسمة نجمها في مجموعة الشروط الموضوعية والشروط الإجرائية. كما أضاف الفقه شرط وجوب أن تكون حيازة الشريك حيازة أصلية يستند فيها إلى أنه مالك في الشيوع، وللتوضيح أكثر نعرض الشروط الموضوعية، والشروط الإجرائية على التوالي:

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 398، مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 223.

1- الشروط الموضوعية:

هناك العديد من الشروط الموضوعية يجب أن تتوافر في القسمة منها ما هو متعلق بمدة القسمة ومنها ما هو متعلق بالشريك نوضحها:

1. دوام قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة.

تنص الفقرة الثانية والثالثة من المادة 733 من القانون المدني على الآتي: « وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة إنقلبت قسمة نهائية، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة»، يتضح من الفقرتين أن الشرط الأول من شروط تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية هو دوام قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة (15) سنة.

ذلك أن المشرع اتخذ من عنصر الزمن قرينة على تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، ومؤدى هذه القرينة أن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة (15) سنة تستند إلى قسمة مهايأة، حيث يكون تاريخ القسمة النهائية هو تاريخ تمام هذه المدة لا تاريخ الإتفاق على المهايأة المكانية¹.

يترتب على ذلك أنه يكفي الشريك الحائز أن يثبت أن حيازته لهذا الجزء المفرز إستمرت مدة خمس عشرة سنة (15) سنة لكي يعد مالكا له دون أن يطالب بإثبات أن حيازته كانت مستكملة للشروط القانونية²، لأنه يستند إلى الحكم الخاص الوارد بالمادة 733 من القانون المدني وليس إلى الحكم التقادم المكسب الوارد بالمادة 827 من القانون المدني³.

فقد تنقض القرينة هنا بالدليل العكسي، بأن يثبت أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهايأة، وإذا ثبت هذا إنتفت قسمة المهايأة، وإنتفى بالتالي ما يترتب على ذلك من إنقلابها

(1) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص131،130.

(2) محمد بلبل، المرجع السابق، ص 85.

(3) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص132،131.

إلى قسمة نهائية، كذلك لا يتحقق إنقلاب قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية إلا بصدد ما كان محلا للمهايأة من الأشياء الشائعة.

ب- عدم إتفاق الشركاء مقدما على غيرها:

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 733 من القانون المدني: «.... وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، إنقلبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك....» يتضح من هذه الفقرة أن الشرط الثاني من شروط تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية هو عدم إتفاق الشركاء مقدما على غيرها، لأن دوامها هذه المدة يعني أن الشركاء يطمئنون إلى نتائجها.

كما لا يجوز للشركاء الإتفاق بعد مضي الخمس عشرة سنة على عدم تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، وإنما يجوز لهم الإتفاق على ذلك مقدما قبل إستكمال مدة الخمس عشرة سنة، لأن هذا الحكم ليس متعلقا بالنظام العام فليس ثم ما يمنع من إتفاق الشركاء على منع هذا التحول مهما طالت مدة المهايأة، جاء في قرار محكمة النقض المصرية نقض بتاريخ 1988/4/21 رقم القضية 1058 الآتي: «إن حيازة الشريك على الشيوع بالإتفاق مع باقي الشركاء لجزء مفرز يوازي حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تنقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء مالم يتفق الشركاء على غير ذلك».

وقضت أيضا محكمة النقض المصرية: «إن قسمة المهايأة لا تتحول إلى قسمة نهائية وفقا للمادة 2/836 من القانون المدني إلا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، مالم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك»¹.

(1) مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 223، عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار هومة للطباعة والنشر، 2004، ص 63.

ج-عدم وجود ناقص أهلية بين الشركاء.

تنص المادة 723 من القانون المدني: «لشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون»، يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه أنه يلزم لتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يكون الشركاء الذين تم الإتفاق بينهم إبتداء على قسمة المهايأة كاملي الأهلية.

إذا كان بين هؤلاء الشركاء من هو ناقص الأهلية وجب في إبرام عقد المهايأة أن ينوب عليه وليه أو وصيه أو غيرهما فإذا بقي غير كامل الأهلية عند إنقضاء خمس عشرة سنة فلا تنقلب المهايأة إلى قسمة نهائية إلا بعد إتباع الإجراءات الواجب مراعاتها في حالة غير كامل الأهلية وفقا للمادتين 88 و89 من قانون الأسرة الجزائري¹، لأن المشرع أوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون لقسمة المال الشائع، إذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية بحصول قسمة مهايأة لم يتبع في شأنها هذه الإجراءات التي فرضها المشرع وذلك صيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية.

ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى عكس ما تقدم فيرى أنه ما دام أن تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون، لا تكون القسمة النهائية حينئذ قسمة إتفاقية، فإذا كان من بين الشركاء شخص لم تتوافر فيه الأهلية أو غائب فإن هذا لا يمنع تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية²، وعلى هذا الأساس لا يجوز نقض قسمة المهايأة بسبب الغبن، أو لكون أحد الشركاء لم تتوافر فيه الأهلية القانونية المطلوبة

(1) أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة والقانون المدني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار هومة للطباعة والنشر، 2008، ص 110.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دراسة مقارنة في القانون البناني والقانون المصري، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، دس ن، ص 212.

في التصرفات القانونية¹، وبذلك يقع عبء الإثبات في المهايأة وجعله على عاتق من يدعي أن حيازة الشريك لا تستند إلى مهايأة مكانية².

يبدو أن إشتراط أن يكون الشركاء الذين تم الإتفاق بينهم على قسمة المهايأة كاملي الأهلية، فإذا كان بينهم شريك ناقص الأهلية فلا يجوز التمسك في مواجهته بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بعد مضي خمس عشرة (15) سنة على الإتفاق المنشئ لها، وهو الأولى بالقبول والترجيح ذلك من أجل المحافظة على مصالح الشريك ناقص الأهلية لأن القانون يكف دائما الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وفي قسمة المهايأة المكانية نجد طبعاً ناقص الأهلية هو الطرف الضعيف وعليه وجب حمايته والحفاظ على ممتلكاته وبالتالي لا يفرض عليه التحول بقوة القانون الذي قد يمس بمصالحه في المستقبل³.

د- عدم جواز نقض قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بسبب الغبن:

بالرجوع إلى نص المادة 732 من القانون المدني التي تنص على: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة»، وعلى أساسها قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 196366 بالآتي: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد على الخمس ويجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ومن ثم فإن القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود غبن وبحجة أنها غير مصنفة وجزئية يشكل خطأ في تطبيق القانون»⁴.

(1) نسيمه درار، المرجع السابق، ص 296.

(2) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ص 134، 135.

(3) إما التشريع المصري قد حدد الاجراءات القانونية الواجبة في هذا المجال ضمن ما يسمى بقانون الولاية، حيث ألزم الوصي من في حكمه بعرض القسمة الاتفاقية على المحكمة من أجل التحقق من عدالتها، نجد المشرع الجزائري يخلو من هذا النص، فينبغي إن يتضمن الاذن بالتصرف والاذن بالقسمة الاسس التي على ضوئها يجب إن تتم القسمة على غرار ما هو معمول به في القانون المصري، حوري ديلمي، القسمة العقارية، اليوم الدراسي الاول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية، عدد خاص، جامعة سوق أهراس، يوم 2004/4/27، ص 61.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 196366 المؤرخ في 2000/07/26، ا.ق 2004، عدد خاص، ج1، ص 279.

بتطبيق هذا الحكم على قسمة المهايأة المكانية التي تتحول إلى قسمة نهائية نجد أن هذه القسمة وإن كانت تفترض وجود قسمة مهايأة تتم بالإتفاق، أي أن نقض القسمة للغبن قاصر على القسمة الإتفاقية وحدها أي القسمة الحاصلة بالتراضي بين الشركاء المشتاعين أي بموجب عقد القسمة¹، إلا أنها في حقيقتها ليست قسمة إتفاقية إذ أنها تتقلب أو تتحول إلى قسمة نهائية بقوة القانون وبالتالي لا يسري عليها هذا الشرط².

ثانيا: الشروط الإجرائية.

يعتبر تسجيل قسمة المهايأة المكانية من أهم الشروط الإجرائية³، لكن قبل التطرق إلى تسجيل عقد القسمة النهائية يجب أن يسبق هذا الإجراء صب القسمة النهائية في عقد رسمي أمام الموثق، كون القسمة في هذه الحالة هي قسمة عينية وليست قسمة منفعة، إذا لم يتفق الشركاء على كتابة القسمة في شكل رسمي أمام الموثق أو نازع أحدهم في وثيقة أو

(1) حمدي حمد اسماعيل سلطح ، المرجع السابق، ص 138.

(2) محمد بلبل، المرجع السابق، ص 87.

(3) نص المشرع المصري على تحول الاجراء الباطل صراحة في الفقرة الأولى من المادة 24 مرافعات جاء فيها: « إذا كان الاجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر اجراءات أخرى فانه يكون صحيحا باعتباره الاجراء الذي توفرت عناصره»، وأيد ذلك قرار محكمة النقض المصرية: « من الجائز إن يتحول الاجراء الباطل إلى اجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها اجراء آخر صحيح»، ومن الامثلة على ذلك حالة تحول الصلح غير الموثق أمام المحكمة إلى مجرد الرغبة في ترك الخصومة إذا رجع الطرفين عن الصلح، وبذلك يكون المشرع المصري قد وضع الأساس القانوني لنظرية التحول في قانون المرافعات، وهذا يدل على مدى ادراك المشرع المصري لاهمية نظرية التحول وعدم قصرها الا على القانون المدني، فاشتراط بطلان العمل الاجرائي، ويشترط أيضا تشكل العناصر الباقية أسس عمل اجرائي اخر، ولا يشترط اتجاه الإرادة المحتملة إلى العمل الاجرائي فاذا كان هذا الشرط مطلوب بالنسبة للتصرفات القانونية فهو ليس بمطلوب بالنسبة للاعمال الاجرائية، ومن ثم يتحول العمل الاجرائي إلى عمل آخر ولو لم تتجه إليه أصلا إرادة صاحب المصلحة، ولكن يستطيع القاضي من تلقاء نفسه إن يجري هذا التحول بالنسبة للبطلان النسبي، لأن العمل الاجرائي يقوم عليه طرف واحد هو المباشر له، ويترك أمر توافر عناصر الاجراء الصحيح من عدمه لقاضي الموضوع، رغم وجود بعض الاختلافات بين البطلان في القانون المدني والبطلان في قانون المرافعات، الا إن العناصر الاساسية الجوهرية كل منها واحدة، مرد ذلك يتعلق بأعمال قانونية واحدة، وان كانت متعددة الأطراف بالنسبة للقانون المدني، يحكم طبقة التصرف القانون مع تباين في الشكل والاثار، وقد أشار إلى ذلك أيضا كل من الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، عبد الحميد الشواربي في مؤلفاتهم وهو ما يعاب على الكتابات الفقهية الجزائرية التي لم تعط للنظرية حقها من التحليل والمناقشة والاكتفاء بسرد ما أشار إليه المشرع من شروط يجب توافرها بالنسبة للتحول بنوع من الاكتئاب، عبد الحكم فودة، موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون المرافعات، المرجع السابق، ص 347، 348.

قسمة المهايأة فإن الموثق لا يحرر العقد وعلى صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية لتثبت المهايأة في حكم قضائي.

ويكون تاريخ القسمة هنا هو اليوم التالي لإنقضاء خمس عشرة سنة لا يوم إبتداء المهايأة المكانية ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم، الموثق يطلب عند كتابة عقد القسمة من الأطراف إحضار الوثائق الضرورية لصب القسمة في عقد رسمي لاسيما إعداد مخطط موقع الأمكنة، وثائق الملكية الشائعة والشهادة السلبية، رخصة تجزئة العقار لكل تقسيم إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات، وهذا عندما يكون محل التجزئة أرضا عارية حسب المادة 57 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير¹، شهادة التقسيم بالنسبة للعقار المبني عملا بالمادة 59 من القانون 90-29 السالف الذكر². إذا كان العقار الشائع عمارة مجزأة فالمطلوب هنا جدول وضعي للتقسيم دون حاجة إلى شهادة تقسيم، وإذا كان العقار الشائع فلاحيا فإنه يجب على الموثق التقيد بالمرسوم التنفيذي 97-490 الذي يحدد شروط عملية تجزئة العقار الشائع الفلاحي لا سيما المساحات المرجعية، بعد كتابة قسمة المهايأة في عقد رسمي لا بد أن تشهر³، وهذا عملا بالمادة 15 من الأمر 75-74 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه: «... كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...»⁴.

(1) قانون رقم 90-29 المؤرخ في 1/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 سنة 1990.

(2) محمد بلبل، المرجع السابق، ص 87.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 شعبان عام 1418 الموافق ل 20 ديسمبر سنة 1997، الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج ر س ع 84 سنة 1997.

(4) الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 18 نوفمبر 1975 رقم 92 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بقانون المالية 2015.

في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: «من المقرر قانوناً أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهاياة تخص الإنتفاع فقط مع الإبقاء على ملكية العقار في الشيوخ، وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساؤوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني»¹.

وهذا ما جاء في المادة 324 مكرر من القانون المدني التي تنص: «...يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقارا أو حقوق عقارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد...».

بعد كتابة قسمة المهاياة في عقد رسمي لا بد أن تشهر وهذا عملاً بالمادة 15 و 16 من الأمر 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تنص المادة 15 من الأمر 74-75 على الآتي: «كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...».

كما تنص المادة 16 من نفس الأمر على الآتي: «إن العقود الإدارية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية»، وشرط تسجيل قسمة المهاياة في الحقيقة هو محل خلاف في الفقه القانوني بين وجوب وعدم وجوب التسجيل، وهذا الخلاف قد إنحصر في إتجاهين نذكرهما كالآتي:

(1) قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية رقم 198689 المؤرخ في 2000/5/31، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004، ص 283.

1- الإتجاه الأول:

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى القول بعدم وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية تأسيساً على أن تحول قسمة المهايأة في هذه الحالة إلى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون، فلا تعد القسمة في هذه الحالة قسمة إتفاقية¹، وإن كانت تقوم على إتفاق على قسمة المهايأة، ذلك أن القانون هو الذي يرتب هذا الأثر بجعل إستمرار قسمة المهايأة خمس عشرة (15) سنة يحولها إلى قسمة نهائية.

فلا يصح القول بأن هذا التحول مبني على إتجاه إرادة الشركاء إليه، فقد يجهل الشركاء القاعدة التي تنص على أنه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة (15) سنة إفتراض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة وهذه القاعدة واجبة التطبيق، فيكون في تأسيس هذه القاعدة على إتجاه الإرادة إفتراض مخالف للحقيقة، ولما كان تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية لا يتم بتصرف ولا بحكم وإنما بقوة القانون فإنه لا يكون واجب التسجيل².

2- الإتجاه الثاني:

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى القول بوجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية المتحولة إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشرة (15) سنة للإحتجاج بها على الغير كما هي القاعدة في القسمة الإتفاقية والقضائية³. حيث يرى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة إلى تفصيل القول في هذه المسألة فيرى أن القسمة النهائية في هذه الحالة لا يلزم تسجيلها إذا كان المال الشائع عقاراً، إذ أنها تتم بقوة القانون وليس بمقتضى إتفاق أو حكم غير أنه إذا وجد إتفاق

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الاصلية في القانون المصري واللبناني، بيروت، جمهورية لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 359.

(2) نفس المرجع، ص 359.

(3) توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، حقوق الملكية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المؤسسة الثقافية الجامعية، ص 274.

يقر هذه القسمة، أو قام نزاع فصدر حكم في شأنها فإن هذا الحكم أو ذلك الإتفاق يجب تسجيله.

يبدو أن ما ذهب إليه أصحاب الإتجاه الثاني القائلين بضرورة تسجيل قسمة المهايأة المكانية المتحولة إلى قسمة نهائية هو الأولى بالقبول والترجيح لأن تسجيل قسمة المهايأة المكانية التي تحولت إلى قسمة نهائية يؤدي إلى علم الغير بها، فلا يضر عند الإحتجاج عليه بها على الغير، وحماية للغير حسني النية.

مما تقدم يمكن أن نشير إلى أن المهايأة المكانية تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية عند توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 733 من القانون المدني والتي سبق الإشارة إليها، وهذا يعني الغياب التام للإرادة المفترضة وبالتالي غياب شرط من شروط نظرية التصرف القانوني، كما أن عقد القسمة المكانية ليس باطلاً أو قابلاً للإبطال بل هو عقد صحيح، وكما سبق الإشارة إليه أن العقد الصحيح لا تطبق عليه نظرية تحول التصرف القانوني ولا يمكن تحويله، وبالتالي غياب شرطين من شروط نظرية التحول ألا وهو شرط بطلان العقد الأصلي وشرط إتجاه الإرادة المفترضة إلى العقد الصحيح، وهذا يعني هدم نظرية التحول وعدم إمكانية تطبيقها.

لكن رغم هذا وحفاظاً على المصلحة الخاصة للأطراف أي الشركاء المشاعين وتحقيقاً أيضاً للمصلحة العامة بالإنتنفاع بالمال الشائع وعدم تعطليه، يتدخل المشرع قصد المحافظة على قسمة المهايأة المكانية ويقر بتحولها إلى قسمة نهائية بقوة القانون، هذا التحول الذي يمكن إعتبره إستثناءاً عن الأصل العام والذي إعتبره الفقه القانوني أحد التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني.

الفرع الثالث:

عدم إنقلاب قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية.

لم ينص المشرع الجزائري على تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها لأنها لا تهيأ للقسمة النهائية بقوة القانون¹، والقانون لم يورد هذا الحكم الإستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه في هذه القسمة كما تم تطبيقه في المهايأة المكانية والتي يقسم المال فيها إلى أجزاء مفرزة فهي إذن كالقسمة النهائية إلا أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك، إما المهايأة الزمنية فيبقى المال على حالته دون إفراز يقسم فيها زمن من الإنتفاع به²، فهي إذن لا تهيئ للقسمة النهائية ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إلى قسمة نهائية³.

مما سبق دراسته لكل من قسمة المهايأة المكانية والزمانية، يمكن القول بأنه إذا كانت المهايأة المكانية نوع من أنواع إفراز المال الشائع، فإن المهايأة الزمانية هي نوع من مبادلة إنتفاع كل شريك في الشروع بمنفعة حصته الشريك الآخر في نوبته، وغالبا ما تكون المهايأة الزمانية في المنقولات إذ يصعب الإنتفاع بها من خلال المهايأة المكانية لصعوبة تجرئتها أو قسمتها هاته القسمة التي لا تتحول إلى قسمة نهائية مهما طال الزمن. أما قسمة النهائية الباطلة فإنها تتحول إلى قسمة مؤقتة وفقا للنص العام المنظم لآلية التحول عند توافر الشروط القانونية المنصوص عليها، في حين نجد قسمة المهايأة الزمانية لا تتحول إلى قسمة نهائية مهما طالت المدة بل تبقى قسمة منفعة لا قسمة ملكية.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 522.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حق الملكية، مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 820.

(3) حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 147.

المطلب الثالث:**تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشئ للإلتزامات.**

من الطبيعي أن يتصرف الشخص فيما يملك كيف ما شاء سواء بالبيع أو الإستغلال أو الإستعمال وعلى الغير إحترام ذلك، إلا أنه كثيرا من الأحيان نجد شخصا يتصرف بالبيع في غير ملكه كأن يبيع الحاضر أموال الغائب، وهذا ما يؤدي إلى وقوعنا في مشكلة بيع ملك الغير، هذه الأخيرة تعتبر من المواضيع التي أسالت الحبر سواء لغموض أحكام بيع ملك الغير أو للإختلاف في تأصيله، كون بيع ملك الغير يتعارض مع الناحية المنطقية بل والقانونية مع القول الفقهي « فاقد الشيء لا يعطيه ».

وتبدو أن المشكلة أعظم إذا علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر العقاري المطبقة على البيوع تعارض بيع ملك الغير بما فيها المشرع الجزائري، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن هذا النوع من البيوع كثير الوقوع في الحياة العملية، لذا خص المشرع بيع ملك الغير بجموعة من المواد القانونية إلا أنها بقت في حقيقة الأمر قاصرة في أحكامها غامضة في فحواها، وهذا ما أدى إلى تضارب في آراء الفقهاء حول هذا النوع من البيوع وعلاقته خاصة بنظرية تحول التصرف القانوني، من أجل ذلك عرضنا التنظيم القانوني لبيع ملك الغير (الفرع الأول)، تأصيل أحكام بيع ملك الغير وفقا لنظرية تحول التصرف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول:**التنظيم القانوني لبيع ملك الغير.**

نظرا لإعتبار ملك الغير صورة من عقد البيع، ونظرا لأن بيع ملك الغير يفترض نقل ملكية الشيء ممن لا يملكه رأينا من الضروري تعريف عقد البيع لنرى ما إذا كان نقل الملكية حكما لعقد البيع أم مجرد أثر يترتب عليه، معرجين على تعريف بيع ملك الغير،

فالوصول إلى الشروط القانونية التي تضعنا أمام حالة بيع ملك الغير، وهو ما نعرضه على التوالي:

أولاً: تعريف عقد البيع.

عرف المشرع الجزائري عقد البيع في القانون المدني في المادة 351 منه بنصه على الآتي: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي»¹، وعرفه القضاء الجزائري من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/12/22 ملف رقم 106776: «من المقرر قانونا أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي»².

(1) عقد البيع في القانون الروماني لم يكن ينقل الملكية والقوانين المشتقة منه، كالقانون الفرنسي القديم بل كان يرتب على البائع سوى التزام وهو تمكين المشتري من وضع يده على المبيع وحيازته حيازة هادئة، إما التزامه بنقل ملكية فكان لا يتم الا باتباع أحد الاجراءات الشكلية وهي الاشهاد أو الدعوى الصورية أو التسليم، غير إن هذا الرأي لم يعد سديد وهجرته جل القوانين الحديثة، توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، جمهورية مصر العربية، الدار الجامعية، 1988، ص 16.

(2) عرفه التقنين المدني المصري في مادته 418 بمايلي: «البيع عقد يلتزم به البائع إن ينقل للمشاري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي»، وعرفه قانون الموجبات والعقود اللبناني إن ه: «البيع عقد يلتزم فيه البائع إن يتفرع عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري إن يدفع ثمنه»، إما فيما يخص القوانين الغربية، نجد المشرع الفرنسي عرفه في المادة 1582 من القانون المدني: «البيع اتفاق يلتزم به أحد الطرفين بتسليم ثمن ويلتزم الطرف الآخر بدفع ثمنه»، ما يلاحظ على هذا التعريف إنه لم ينص على التزام البائع بنقل الملكية ونص على التزام المشتري بتسليم الثمن، إما القانون المدني السويسري فعرفته في المادة 184 منه: «إنه عقد يلتزم به البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري ونقل ملكيته إليه مقابل إن يدفع المشتري الثمن للبائع»، وعرفه القانون الألماني في المادة 434 بأنه: «عقد يلتزم به البائع، بأن يسلم شيئا للمشتري، وأن ينقل ملكيته اليه، ويلتزم البائع بنقل هذا الحق للمشتري، وإذا كان هذا الحق يسوغ حيازة شيء فيلتزم البائع بهذا التسليم، إما المشتري فيلتزم بدفع الثمن المتفق عليه واستلام الشيء المبيع»، يعد هذا التعريف من أوضح وأشمل التعريفات على العموم حيث أنه حدد التزام البائع وهو نقل الملكية بالاساس، كما اهتمت الشريعة الإسلامية بتعريف عقد البيع ومن بين هاته التعريفات نجد: «عقد البيع تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمن للمبيع»، عرفته المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية بـ: «أنه مبادلة مال بمال يكون منعقد وغير منعقد»، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 16.

يستخلص من المادة 351 من القانون المدني أن لعقد البيع خاصية أساسية يمكن أن تميزه عن العديد من العقود المشابهة له، وهي خاصية نقل الملكية¹، وحتى يمكن نقل ملكية خاصة في العقار وترتيب آثارها فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير²، فإن البائع يجب أن يكون مالكا لهذا الأخير حتى يستطيع نقل ملكيته إلى المشتري³، فإن لم يكن كذلك فلن يستطيع أن يقوم بهذا الإجراء على إعتبار أن فاقد الشيء لا يعطيه، وعلى هذا الأساس فإن باع شخص مالا يملك فيعتبر بائعا لملك الغير وهو مانظمه المشرع الجزائري في المواد 397 إلى 399 من القانون المدني.

وبالرجوع إلى المادة 165 من القانون المدني نجدتها تنص: «الإلتزام بنقل ملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل إلتزام شئيا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العيني»، كما نصت المادة 792 من القانون المدني: «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد، متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية».

بالرجوع أيضا إلى الامر 74-75 المتعلق بسمح الأراضي وتأسيس السجل العقاري نجده في المادتين 15 و16 منه يجعل للشهر أثر ناقل للملكية، ومن ثم الملكية في بيع العقارات لا تنتقل بمجرد إبرام عقد البيع في شكله الرسمي طبقا لأحكام المادة 324 من القانون المدني⁴، بل يجب إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية، إذن بيع العقار دون شهره

(1) خيرة علي خوجة، بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الحلفة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2018، ص 225.

(2) زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ددن، 2008، ص 13.

(3) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 54.

(4) إن الفقه لم يفرق في الحكم بين بيع منقول وبيع عقار، إذ متى أبرم العقد صحيحا ترتب عليه حكمه الاصيلي، وهو ثبوت ملك المبيع للمشتري، ومسك البائع الثمن في الحال، وهذا ما نصت عليه المادة 369 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 74 من مرشد الحيوان.

لا ينشئ سوى حقوق شخصية دون الحقوق العينية التي تنشأ من يوم شهر العقد سواء بالنسبة للغير أو حتى المتعاقدين¹.

ثانياً: تعريف بيع ملك الغير في الفقه القانوني.

أما الفقه فعرف بيع ملك الغير بأنه ذلك البيع الذي يرد على شيء معين بالذات غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري حيث يشترط لكي تنتقل ملكية المبيع في الحال إلى المشتري أن يكون البائع مالكا له، ويعرف الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بيع ملك الغير بـ: «أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه».

وعرف بعض الفقه الآخر بيع ملك الغير بـ: «هو ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير المالك سواء بعلمه أو دونه، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات دون أن يكون موقوفاً أو مؤجلاً»².

(1) عرفت المالكية عقد البيع بـ: «عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة»، إما الشافعية فعرفت ملك الغير بـ: «مبادلة المال بالمال أو نحوه تملكياً»، إما الحنابلة عرفت عقد البيع بالاتي: «مبادلة مال بمال تملكياً وتملكاً»، أحمد الدردير أبو البركات، ج 3، الشرح الكبير، جمهورية مصر العربية، دار احياء الكتب العربية، ص 3، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ج 9، المغني، ط 1، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار عالم الكتب، 1997، ص 4، يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، ج 9، شرح المهذب في فقه الشافعية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المطبعة المنيرية، ص 149، خيرة علي خوجة، المرجع السابق، ص 225.

(2) بالمقابل يبحث الفقهاء المسلمين بيع ملك الغير تحت عنوان الفضولي وعرفت هذا الأخير بـ: «الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي»، وعرف الفقهاء المحدثون الفضولي بأنه: «من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع» أو هو «من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة»، واعتبر الفقه الإسلامي بيع ملك الغير أحد تطبيقات تصرفات الفضولي، فالأب يبيع عينياً ليست في التركة، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته، والشريك في الشبوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها، وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين فهذه كلها تعتبر ببوعاً لملك الغير، زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق ومعه منحة الخالق، ج 6، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الكتب العلمية، 1997، ص 275، أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 2، دمشق، الجمهورية السورية، دار القلم، 2004، ص 503، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 129.

ويقصد بالغير في العقود عادة الأطراف غير المتعاقدة أي الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد *la tierse personne*، غير أنه في هذا النوع من البيوع الخاصة يقصد بالغير المالك الحقيقي، وهو في حقيقة الأمر ليس له أي علاقة بالبيع المبرم بين البائع والمشتري، وهذا العقد لا يمكن أن يجعله لا دائن ولا مدين تجاه أطرافه.

تبعا لذلك يكون المالك الحقيقي ذلك الشخص الذي تصرف البائع في شيء مملوك له دون أن يكون طرفا في العقد، قد يكون المالك الحقيقي شخص خاص أو شخص عام، فكثيرا ما تطرح على القضاء قضايا تكون الدولة تدعي أنها المالكة الحقيقية للعقار وأن أحد الخواص قام بالتصرف فيها بالبيع¹، أو بيع الفضولي.

والأمثلة على بيع ملك الغير كثيرة الوقوع في الحياة العملية، كأن يبيع الزوج مال زوجته أو الإبن مال أبيه أو العكس لا بصفته وليا بصفته الشخصية، ويخرج عن هذا التعريف بيع الشيء غير المعين بالذات، وبيع الشيء المستقبلي، تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن يبيع شخص آخر².

(1) بيع ملك الغير يختلف عن إيجار ملك الغير الذي يصدر من شخص لا يملك العين المؤجرة، وليس له حق الانتفاع بها، ولا حق إدارتها ويكون صحيحا فيما بينه وبين المستأجر، ولما كان في عقد الإيجار لا يوجد نص تشريعي خاص فقد وجب الرجوع في شأنه إلى القواعد العامة، وهذه تقضي بأن إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر ويختلف الإيجار عن البيع في هذا الصدد بأن البائع لا يستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا فكان البيع الصادر منه قابلا للإبطال، أما المؤجر فليس هناك ما يمنعه من إن يلتزم بتسليم عين لا يملكها وليس له حق الانتفاع بها ولا حق الإدارة إلى المستأجر، ومن إن يمكنه من الانتفاع بها طول مدة الإيجار. وما دام المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر فليس لهذا الأخير إن يطلب إبطال الإيجار ولا فسخه، فالإيجار صحيح غير قابل للإبطال، والفسخ لا يكون إلا إذا تعرض المالك. ومن ذلك تمكن مقابلة بيع ملك الغير بإيجار ملك الغير، فالاثنتان يتفقان في إن هما لا ينفدان في حق المالك الحقيقي ولكنهما يختلفان في إن الأول قابل للإبطال فيما بين المتعاقدين إما الثاني فصحيح فيما بينهما، ويقال في بعض الأحيان إن إيجار ملك الغير باطل بالنسبة للمالك الحقيقي، ويقصد بذلك إن الإيجار لا ينفذ في حقه، ومن ثم يستطيع إن يسترد العين المؤجرة من تحت يد المستأجر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، المجلد الأول، الإيجار والعارية، المرجع السابق، ص 66، 67.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 744.

ثالثا: تعريف بيع ملك الغير في القانون المدني:

لم تعرف غالبية القوانين الوضعية بيع ملك الغير تاركة الأمر لإجتهد الفقهاء، لكن بالرغم من ذلك نجد المشرع الجزائري نظم بيع ملك الغير في القسم الثاني الذي جاء تحت عنوان أنواع البيوع، من الباب السابع المنظم للعقود المتعلقة بالملكية من القانون المدني، حيث نصت المادة 397 منه على تعريف ملك الغير بالآتي: « إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء ولو أجازته المشتري»¹.

رابعا: شروط بيع ملك الغير.

نصت المادة 397 من القانون المدني على أن كل بيع من غير المالك يعد بيعا قابل للإبطال لمصلحة المشتري، لأن البائع إذا لم يكن مالكا، فإنه لا يستطيع نقل ملكية المبيع، وحقيقة الأمر مسألة ملكية المبيع لا تثور إلا عند توافر كل شروط إنتقال الملكية بالتعاقد. وتبعاً لذلك لنكون أمام بيع ملك الغير فإنه يجب أن تتوافر الشروط العامة الواجبة في عقود البيع، إضافة إلى بعض الشروط التي تستلزمها طبيعة هذا التصرف، وسنحاول تفصيلها على النحو الآتي:

1- أن يكون التصرف بيعا:

يجب أن يكون التصرف المبرم بيعا وفقا لأحكام المادة 351 من القانون المدني، أما إذا كان هذا التصرف ليس بيعا فلا تنطبق عليه أحكام المادة 397 من القانون المدني، ومن بين التصرفات التي لا يمكن إعتبارها بيعا نجد التعهد عن الغير.

(1) تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري التي تنص على: « إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري إن يطلب ابطال البيع»، والمادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي جاء فيها: « بيع ملك الغير باطل الا في الاحوال الاتية: إذا أجازته المالك، اطا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع».

كأن يتعهد شخص بأن يحصل على رضا المالك لبيع للمتعهد له الشيء الذي يرغب في شرائه، إذ أن المتعهد لا يلتزم في هذه الحالة بنقل ملكية الشيء المرغوب في شرائه، وإنما يلتزم فقط بحمل المالك لبيع ذلك الشيء، وفي حالة رفض هذا الأخير لا يكون للمشتري سوى الرجوع على المتعهد بطلب التعويض طبقاً لأحكام المادة 124 من القانون المدني¹.
أما إذا أظهر الموعد له رغبته تحول الوعد إلى بيع من يوم إظهار هذه الرغبة وتبعاً لذلك فإن الواعد ليس مالكا في هذا الوقت ويعد بائعاً لملك الغير تطبق عليه أحكامه، كما أنه يجب ألا يكون المبيع مملوكاً للمشتري، فإذا كان المبيع مملوكاً للمشتري وأقدم على شرائه جهلاً منه بملكته لم ينعقد البيع لإستحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع، وهو نقل الملكية من البائع الذي لا يملك المبيع فعلاً².

2- أن يكون المبيع موجوداً ومعيناً بالذات يوم إبرام العقد.

نصت المادة 397 من القانون المدني: «إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات، وهو لا يملكه...»، من خلال هذا النص نجد أنه لتطبيق أحكام بيع ملك الغير لا بد أن يكون المبيع موجوداً أو معيناً بالذات يوم إبرام العقد، ويعتبر هذا الشرط إمتداداً لطبيعة عقد البيع، وهو بهذه المثابة مكمل للشرط الأول.

إذن إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد لكنه سيوجد في المستقبل لا يعد بيعاً لملك الغير، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع، وهذا راجع لكون المبيع لم يحدد بذاته ولذلك يقتصر البائع على الإلتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً أو إيجاداً إذا كان غير موجوداً ثم ينقل ملكيته للمشتري.

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 644.

(2) اسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1958، ص 25.

ولا يشترط أن يكون المبيع موجودا فقط، بل يجب أن يكون معينا بالذات فإذا أنصب البيع على شيء معين بالنوع فإن البيع لا يكون صحيحا، حتى ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت التعاقد، وهذا يتفق مع طبيعة البيع لأن التنفيذ العيني ممكن في جميع الحالات حيث يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري شيئا يتوافر فيه الوصف المطلوب، ومن ثم لا يكون للمشتري أن يطلب إبطال العقد¹.

فإذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشتري بحسن نية بناء على هذا العقد الصادر من غير المالك، جاز للمشتري أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة وفقا لقاعدة: «الحيازة في منقول سند ملكية»، وإذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشتري بحسن نية، جاز له أن يكسب ملكيته بمضي خمس سنوات أي من طريق التقادم قصير المدة، وهذا يعني أن المالك يفقد حقه في كلتا الحالتين في المبيع ويكون العقد الذي صدر من غير المالك أحد العوامل الفعالة في ذلك²، فيجدر بنا التحفظ والإلتفات إلى هذا الضرر، عند القول بأن بيع ملك الغير لا يضر المالك، وإذا تحقق هذا الضرر كان للمالك حق مطالبة البائع بتعويضه.

2- أن لا يكون البائع مالكا.

بالرغم من أن التعريفات تعد أصلا من عمل الفقه إلا أن المشرع الجزائري عرف حق الملكية في المادة 674 من القانون بقوله: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة»³.

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا ذلك أنه يرد على شيء من الأشياء ويخول لصاحبه الإستئثار بسلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف في هذا الشيء

(1) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 21.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 749.

(3) يقابل هذه المادة في القانون المصري المادة 802 التي جاء فيها: «لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»، أشار المشرع المصري إلى عناصر حق الملكية في هذا التعريف بما فيها الاستغلال والاستعمال، عكس المشرع الجزائري الذي أشار إلى عنصر الاستغلال فقط، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، المرجع السابق، ص 492.

وذلك في حدود القانون¹، فهاته السلطات الثلاث من شأنها تمكين المالك من الحصول على جميع المزايا التي يمكن إستخلاصها من الشيء، ويعتبر حق التصرف من أهم الحقوق على الإطلاق التي ترد على الملكية².

3- ألا يكون البيع موقوفا أو مؤجلا:

نجد أنه من المبادئ المتعارف عليها أن نقل الملكية بمجرد العقد ليس من النظام العام فيمكن الإتفاق على عكسه، ولا تنتقل الملكية في هذه الحالة بمجرد التعاقد، فإذا إتفق الطرفان على أن يتم البيع بعد أجل مسمى، فإن حل الأجل ولم يكن البائع مالكا جاز للمشتري طلب إبطال البيع على أساس أن البائع باع له ما لا يملك، أما إذا حصل الإتفاق على تأجيل دفع الثمن لا على الملكية وكان البائع غير مالك للمبيع، كان البيع بيعا لمالك الغير لأن دفع الثمن لا يؤثر على نقل الملكية فور إبرام العقد.

كما أنه إذا علق البائع البيع على شرط أن يكتسب هو ملكية المبيع فنكون أمام بيع معلق على شرط واقف، هو أن يكسب البائع ملكية الشيء المبيع، فالبيع هنا ليس باتا وقد إتفق المتعاقدان على كون البيع غير بات، بل معلق على شرط فإذا تحقق الشرط وأصبح البائع مالكا للمبيع صح البيع وانتقلت الملكية إلى المشتري، فإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع.

من خلال ما ذكر نخلص أنه يعد التصرف بيع ملك الغير، إذا كان المبيع موجودا ومعينا بالذات يوم إبرام البيع، وأن لا يكون البائع مالك لهذا البيع فضلا أن لا يكون البيع موقوف أو مؤجلا.

(1) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 14.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار النهضة العربية، ص 26.

الفرع الثاني:

تأصيل أحكام بيع ملك الغير.

بناء على المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: « بيع ملك الغير باطل، ولكن يمكن أن يخول للمشتري تعويضات إن كان حسن النية»¹، فهاته المادة إقتصرت على تقرير البطلان وذكر الحق في التعويض للمشتري دون أن تبين ماهية البطلان أهو بطلان مطلق أم بطلان نسبي وما يترتب على هذا العقد من آثار. وعليه تعددت آراء الشراح وإختلفت مذاهبهم في ذلك كثيرا، غير أنه يمكن ردها جميعا إلى أربعة آراء رئيسية، الأول يتمسك بنص القانون الذي يقرر أن بيع ملك الغير يقع باطلا للقول بأن هذا البطلان مطلق وأن ما ذهبت إليه المحاكم خروجاً على النص وعن قصد المشرع، والثاني يرى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا لا مكان للتوفيق بين نص القانون والنتائج و أما الثالث فيسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم ويردها إلى نظرية الفسخ².

(1) جاء في معنى نص المادة 576 من القانون المدني التونسي: « يصبح ملك الغير صحيحا إذا أجازهُ المالك أو صار المبيع ملكا للبائع أثارت هذه المسألة المتمثلة في بيع شخص لا يملك جدلا فقها جادا، لتنافي هذه العملية مع المبدأ العام الذي ينص لا يجوز لشخص إن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق»، كما إن هذه الاجازة تتضارب والقواعد العامة، ومبادئ النظرية العامة للتصرف القانوني تقابلها المادة 456 من القانون المدني الليبي، المادة 435 من القانون المدني السوري، المادة 136 من القانون المدني العراقي، المادة 385 من القانون المدني اللبناني، والمادة 405 من القانون المدني السوداني، محمد بقيق، النظرية العامة للتصرف القانوني، الجمهورية التونسية، مجمع الاطرش للنشر، 2009، ص 160.

(2) نظم القانون المدني الكويتي هذا النوع من البيوع في المادة 509 من القانون المدني الذي اعتبر إن بيع ملك الغير عقدا صحيحا بين المتعاقدين، في حين نجد المشرع المصري اعتبر بيع ملك لغير هو عقد باطل ونص على ذلك في المادة 466 من القانون المدني، واعتبر القضاء المصري إن ه عقد باطل بطلانا نسبيا، إما المشرع الفرنسي اعتبر هذا النوع من البيع باطلا وهذا في المادة 1599 من القانون المدني، ونجد المشرع اللبناني اعتبر البطلان الحاصل في بيع ملك الغير هو بطلان نسبي في المادة 385 من القانون المدني، وعلى النقيض من أغلب التشريعات اعتبر المشرع العراقي إن هذا النوع من العقود هو عقدا موقوفا متأثرا في ذلك بموقف الفقه الاسلامي، وهذا ما جاء في المادة 135 من القانون المدني حيث اعتبر المشرع العراقي من يتصرف في ملك غيره فضوليا يتوقف عقده على اجازة المالك فهو وحده الذي يملك هذا الحق دون غيره، فإن أجاز العقد عدت اجازته اللاحقة بمثابة توكيل سابق، إما إذا رفض اجازة مثل هذا البيع وقام بنقضه عد التصرف كأنه لم يكن له إن يسترد المبيع أينما وجد، كما ويتحتم على القاضي اجابة طلبه هذا، حيث لا توجد للقاضي أية صلاحية في هذا المجال، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 519.

والرابع يرى أن العقد يكون في هذه الحالة موقوفا على إجازة المالك الحقيقي كما في الشريعة الإسلامية، ومنهم من قال بتحول هذا البيع وفقا لنظرية تحول التصرف القانوني وهو محور دراستنا.

لكن هذا لا يمنع من معرفة وعرض بقية الآراء التي سبق الإشارة إليها قصد الإمام بالموضوع أكثر وفهمه من جميع الزوايا والإطلاع على مختلف الآراء التي قيلت في هذا البيع والتي نعرضها على التوالي:

أولاً: تأصيل بيع ملك الغير وفقا لنظرية البطلان.

نتيجة لعدم وضوح النصوص القانونية التي عالجت موضوع بيع ملك الغير التي تميزت بالغموض الذي إكتنفها والقصور في تنظيمها لهذا البيع، ونتيجة للخلاف الحاصل في التشريعات التي إعتبرت أن بيع ملك الغير إنما يمثل عقدا باطلا، حيث أن ظاهر النص يبدو أن بيع ملك الغير هو باطل نسبيا، لكن في الحقيقية هذا البطلان يختلف عن أحكام البطلان النسبي الذي يعتبر العقد صحيحا مرتبا لجميع آثاره إلى حين يتقرر بطلانه، مما جعل آراء الفقهاء تتضارب في هاته النقطة والتي نوضحها كالاتي:

1- نظرية البطلان المطلق:

قد تكون صياغة المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي أهم باعث أدى بشرح القانون المدني، إلى تبني رأي بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا، وإستمد الفقه رأيه من صياغة هاته المادة، وكذا الأعمال التحضيرية لهذا القانون¹.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، العقود التي ترد على الملكية، المرجع السابق، ص 276، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ف 303، ص 716، عمران محمد علي رسلان، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة للقانون الليبي والقانون المصري، دولة ليبيا، المكتبة الوطنية، 1978، ص 225.

وقد أيدت المحكمة العليا ذلك بمجموعة من القرارات نذكر منها قرار رقم 102057 المؤرخ في 1993/6/09 غير منشور، وقرار رقم 10876 رقم المؤرخ في 1994/4/6 أهم ما جاء فيه: «... بيع ملك الغير، عدم إجازته من طرف المالك، عقد باطل».

الملاحظ أن أنصار هذا الرأي ومنهم الفقهيان الفرنسيان " أوبري Aubry " و " رورو Rau " ذهبوا إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا إلا أنهم اختلفوا في أساس هذا البطلان¹، فرأى بعضهم أن أساس البطلان مبني على تخلف أو إنعدام السبب، والمقصود بالسبب هنا هو السبب القصد المباشر الباعث للمتعاقد، كون المشتري إنما قام بدفع الثمن دون سبب طالما أن البائع غير مالك وعليه فهو غير قادر على أن ينقل الملكية إليه²، كان إلتزام المشتري دون سبب وتخلف ركن السبب يعني العقد باطلا بطلانا مطلقا.

أما البعض الآخر من الفقهاء فيرى أن أساس بطلان بيع ملك الغير هو الإستحالة المطلقة لعدم توفر المبيع أي إستحالة المحل إستحالة مطلقة، الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى إنعدام ركن المحل ومن ثم بطلان العقد باطلا مطلقا³، وهو ما ذهبت إليه المادة 93 من القانون المدني المعدلة بالمادة 27 من القانون رقم 05-10 الذي جاء فيها: «إذا كان محل للإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا»⁴.

والأستاذ منصور مصطفى منصور الذي قال في هذا الشأن بأنه قد يصبح إعتبار العقد في بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا لإنعدام سبب الإلتزام المشتري، وإنما الإستحالة محل الإلتزام البائع بنقل الملكية وذلك وفقا للقواعد العامة، وهذا يعني أن الإلتزام المشتري بدفع

(1) جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الفكر، 1980، ص 77.

(2) محمد بقيق، المرجع السابق، ص 217، اسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 95.

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 755.

(4) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، بن عكنون، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 185.

التمن يكون بل سبب¹. فوفقاً لهاته النظرية يستحيل على البائع أن ينقل الملكية إلى المشتري، وبالتالي فإن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقاً، أما إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه خطأ البائع في بيع ما لا يملك²، وليس أساسه العقد³. لأن البائع مخطأ ببيعه ما لا يملك وبالتالي خطأه تقصيري يطالب المشتري بالتعويض على هذا الأساس، وإنما له فقط إسترجاع الثمن الذي قدمه.

أما الأستاذ عبد النبي شاهين علق قائلاً: «بيع ملك الغير باطلاً بطلانا مطلقاً على أساس تخلف المحل والسبب، ولا يترتب عليه أي أثر، إذ أن سبب إلزام المشتري بدفع الثمن هو إلزام البائع بنقل الملكية، وما دام البائع غير مالك فإن إلزام المشتري لا يقابله شيء»⁴. يرفض أغلب الشراح إخضاع بيع ملك الغير إلى البطلان المطلق كون هذا الأخير يتعارض مع قابلية العقد للإبطال⁵، لأن البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف أحد الشروط الجوهرية لأي ركن، أما بيع ملك الغير توافرت أركانه وشروط كل ركن⁶، فلو كان بيع باطل بطلانا مطلقاً لما أنتج أثراً، وأن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته⁷، فينفذ إلزامه فالسبب إذن غير معدوم والمحل غير مستحيل إستحالة مطلقة⁸.

(1) منصور مصطفى منصور، البيع والمقايضة الايجار، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، 1957، ف 115، ص 227.

(2) المادة 124 من القانون المدني.

(3) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، العقود المسماة، ج 9، العقود التي تقع على الملكية البيوع الخاصة، الجمهورية اللبنانية، 1997، ص 106، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 717.

(4) اسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 77، 87.

(5) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 107.

(6) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 717، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 80.

(7) محمد حسنين، المرجع السابق، ص 185.

(8) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 277.

على هذا الأساس لا مجال للقول بإنعدام السبب، كما أن المحل موجود كذلك وغير مستحيل إستحالة مطلقة، لكون البائع لا يمكنه نقل الملكية مردود عليه بأن نقل الملكية إلتزام من إلتزامات البائع، ينتج عن عدم تنفيذه الفسخ لا البطلان، لأن شرط ملكية المحل ليس شرط إنعقاد إنما هو شرط نفاذ فالعقد إنعقد ولكن تعطلت آثاره.

وعلق الأستاذ إسماعيل غانم على فكرة الإستحالة المطلقة هذه بالقول: «أما إستحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي إستحالة نسبية إذ هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي». فالإستحالة هنا يحكم بناء عليها بإنحلال العقد ولكن لا نقول أنها مانعة إبتداء من إنعقاده حتى نحكم ببطلانه، ذلك أنه حسب القواعد الفقهية العامة فإنه يجب إذا توافرت شروط إنعقاد خلاف الأولى، والأولى تصحيحه حتى إذا تعذر التصحيح أبطل.

كذلك قابلية الإبطال في بيع ملك الغير حق معقود للمشتري دون غيره طبقا للمادة 397 من القانون المدني، أما إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان¹، كما يمكن أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها²، فلا يمكن القول إذن أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع نص المادة 397 من القانون المدني، لهذا هناك من يرجع جزاء بيع ملك الغير إلى أنه باطلا بطلانا نسبيا.

2- نظرية البطلان النسبي:

ذهبت غالبية الشراح والمحاكم في فرنسا وفي مصر وكذا في الجزائر إلى أن بطلان بيع الملك الغير بطلان نسبي بإعتبار أن هذا النوع من البطلان هو الذي يسمح بترتيب جميع الأحكام التي رتبها المحاكم³.

(1) المادة 102 من القانون المدني.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 81، محمد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع التأمين الأيجار، دراسة مقارنة، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 183، سليمان مرقس، الوافي في شرح

القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 718

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 756.

وفي هذا الإطار نصت المحكمة العليا في قرارها رقم 1150364 المؤرخ في 2008/10/11 على الآتي: «... حيث أن بيع ملك الغير ليس من النظام العام إذ وطبقا للمادة 398 من القانون المدني يعد بيعا صحيحا ويصبح ناجزا إذا أقره المالك، وهو بذلك عقد قابل للإبطال تطبق بشأنه المادة 101 من القانون المدني، ولا تطبق لتقرير بطلانه المادة 102 من نفس القانون الخاصة بالبطلان المطلق».

وقضت أيضا في قرارها رقم 216365 المؤرخ في 2005/01/12 الذي جاء فيه: «..... إذا باع شخص ملك الغير فلا يكون نافذا في حق مالكه، ولما فصل قضاة الموضوع بإبطال عقد بيع الشقة (موضوع النزاع) لإستتاده إلى عقد باطل بموجب قرار إداري تضمن بطلان البيع لوقوعه ممن لا يملك فإنهم بفصلهم هكذا تطبيقا لأحكام المادة 379 يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين رفض الطعن».

وجاء أيضا في طعن محكمة النقض المصرية: «بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد، ومالم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ إلتزاماته...»¹.

غير أنهم إختلفوا في تأسيس هذا البطلان فقال البعض أنه راجع إلى فكرة الغلط والذي يكون إما على أساس الغلط في شخص البائع على إعتبار أن المشتري قد توهم بأنه المالك الحقيقي للمبيع، وإما على أساس الغلط في المبيع كون المشتري قد توهم بأنه مملوك للبائع.

(1) نجد المالكية تجعل من بيع الفضولي لازم في جهة من البائع والمشتري، وغير لازم في جهة المالك، ويفرقون في الحكم بالنسبة للمالك في حالتين، الحالة الأولى وهي حالة حضور المالك للعقد، فإن حضر المالك وسكت فهو يعتبر مجيزا = للعقد وكان من حقه مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد والاسقط حقه، إما الحالة الثانية وهي حالة ابرام العقد دون حضور المالك، ففي هذه الحالة يكون أمام المالك عام واحد يبدأ من وقت البيع ليقرر فيه اجازة العقد أو رفضه، فإذا لم يقرر خلال هذا العام وبقي ساكتا يفسر سكوته عل إن ه اجازة للعقد، ويبقى له الحق بمطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا إن قضت هذه المدة سقط حقه، طعن رقم 35 لسنة 22 في جلسة 1956/6/23 س 7، ص 201، أحمد الدردير أبو البركات، المرجع السابق، ص 12.

وحيث أن الغلط من شأنه أن يؤثر على الإرادة ويكون سببا في تعييبها، الأمر الذي يجعل من العقد المبرم على هذا الأساس هو عقد باطل بطلان نسبي على أساس الغلط¹، وقال فريق آخر من الشراح أن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي ولكنه غير مبني على القواعد العامة، بل بطلان من نوع خاص مقرر في بنص القانون².

إنّقد هذا الإتجاه أيضا كونه يشترط لإبطال عقد بيع ملك الغير أن يكون المشتري الذي إشتري ملك الغير حسن النية فيكون بالتالي قد وقع في الغلط الذي يجيز له طلب إبطال العقد كونه باطلا بطلانا نسبيا، أما لو كان المشتري سيء النية فلا يحق له طلب إبطال العقد.

كذلك بيع ملك الغير يختلف تماما عن البيع الصحيح حيث أن هذا النوع من البيع لا ينقل الملكية ولا ينتج آثارها وعليه فإنه يتعارض مع أحكام البطلان النسبي³. ونتيجة لهذه الإنتقادات فقد عدل أصحاب هذا الإتجاه عن التمسك بفكرة الغلط كسبب للبطلان النسبي معتبرين أن سبب البطلان هو خطأ البائع في الإلتزام بما لا يستطيع الوفاء به، وهي إستحالة قائمة عند إبرام العقد، ومن ثم يحق للمشتري فقط دون البائع المطالبة بالبطلان ذلك أن البائع كان يعلم منذ البدء بهذه الإستحالة.

إلا أنه يرد على هذا القول كذلك أن مثل هذه الإستحالة إن ما تؤدي إلى إنعدام المحل وبالتالي فهي إستحالة مطلقة تؤدي بالتأكيد إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، حيث يشترط في محل العقد كي يكون صالحا للإنعقاد أن يكون هذا المحل ممكنا بالفعل⁴.

يعاب على هذا الرأي وقد لقي إعتراض غالبية الشراح إذ يقتضي أن لا يكون بيع ملك الغير قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية، وهذا يتعارض مع عموم النص في القانون الجزائري 399 من القانون المدني، إذ المادة تصرح إذا كان المشتري حسن

(1) المادة 81 من القانون المدني تقابلها المادة 120 من القانون المدني المصري.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 756، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 539.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 534.

(4) جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 293.

النية وجب له التعويض حتى ولو كان البائع حسن النية أيضا وله الحق في المطالبة بإبطال العقد، وفي حالة كان المشتري سيء النية ألا يحق له طلب إبطال العقد، وبالتالي هذا يعتبر تحميل للنص أكثر من معناه، فالمشتري سواء كان حسن النية أو سيء النية يحق له في الحالتين المطالبة بالتعويض، وكذلك القول أن الغلط كسبب للإبطال يشترط فيه أن يكون البائع حسن النية، إلا أن الأمر في بيع ملك الغير لا يعقد بحسن النية أو سوء نية البائع.

3- نظرية الفسخ:

ما دامت النصوص القانونية قاصرة في تحديد نوع الجزاء المترتب على هذا النوع من البيوع لم يخرج بعض شراح القانون على تطبيق القواعد العامة بالنسبة لجزاء بيع ملك الغير، فذهب بعض الفقه إلى أن الجزاء المترتب على هذا البيع هو الفسخ¹، بإعتبار عقد البيع ملزم لجانبين ويقع صحيحا وإن لم ينقل الملكية إلى المشتري، لأن نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع²، بل هو أثر يترتب على العقد، وهو يعد أساسا كالإتزام واقع على البائع³، لأن هناك أنواع كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية ومع ذلك مسلم بصحتها كبيع المثليات وبيع الأموال المستقبلية وغيرها⁴.

ويضيف جانب من الفقه الفرنسي أن البطلان المنصوص عليه في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي ما هو إلا فسخ للعقد، ومن ثم كان البطلان المنصوص عليه في المادة السابقة ما هو إلا تطبيق للفسخ المنصوص عليه في المادة 1184 الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين.

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 714، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 160.

(2) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 296.

(3) أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط 1، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص ص، 82، 83.

(4) عبد الحميد الشورابي، المرجع السابق، ص 753.

وبما أن المادة 1599 من القانون المدني قررت نوعا آخر من الفسخ لصالح المشتري من الوقت الذي تبين فيه أن البائع غير مالك للشيء المبيع لعدم قدرة هذا الأخير على تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري فإنها وضعت هذا النوع الخاص من الفسخ تحت إسم البطلان، أي أن البطلان الوارد في هذه المادة ما هو إلا دعوى فسخ خاصة بالمشتري¹. لأن البائع في بيع ملك الغير لا يقوم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري مما يمكن هذا الأخير أن يطلب فسخ العقد تطبيقا للقواعد العامة في الفسخ المادة 119 من القانون المدني²، وعليه المشتري يملك حق طلب الإبطال سواء كان حسن النية أو سيئها³.

وتأسيسا لذلك جاء في طعن محكمة النقض المصرية الآتي: «لئن أجازت المادة 446 من القانون للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية»⁴.

وجاء أيضا في قرار محكمة النقض المصرية: «تنص المادة 466 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو ما يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد كما تقضي الفقرة الثانية بعدم سريان هذا البيع في حق المالك للعين المباعة، وإذا كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليهما الثاني والثالث إستنادا إلى الأعيان المباعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن في صفيحة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتها، فإن التكييف القانوني السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع في حق الطاعن، وإذا كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى إبطال عقد

(¹) Beudant.cours de le droit civil francais (la vente et le louage) publie par Robert Beudant Paris, 1908,Al, n° 117 .

(²) تقابلها المادة 157 من القانون المدني المصري، والمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، وهذا ما أخذ به التقنين المدني الايطالي الجديد لسنة 1942، إذ جعل بيع ملك الغير قابل للفسخ حتى ولو كان المشتري يجهل أن البائع غير مالك، وأخذ به المشرع الألماني في المادة 433 وما يليها، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 103.

(³) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 293.

(⁴) طعن رقم 256 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/11، س 28، ص 211.

البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل في الإستئناف لعدم تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون». ويرى الأستاذ محمد كامل مرسي أن حق المشتري في طلب الإبطال حق مكتسب مادام كان سابقا على السبب الذي تترتب عليه إستقرار الملكية له، ويكفي لإكتساب هذا الحق في نظره أن يكون المشتري قد أظهر إرادته في طلب البطلان بأي شكل، ويضيف بأنه يكفي إظهارها ولو برسالة من غير رفع الأمر إلى القضاء¹.

كما أن إكتساب البائع ملكية المبيع بعد البيع هو أمر لا صلة له بإرادة المشتري، ومنه ذهب الأستاذ جميل الشرقاوي إلى القول أن البطلان يخضع لأحكام الفسخ، وإن السبب الحقيقي في الفسخ يرجع لعدم قيام البائع بتنفيذ إلتزامه بنقل الملكية الأمر الذي يتيح للمشتري بالنتيجة طلب الفسخ²، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ سليمان مرقس الآتي: «... غير أنه إذا تمكن البائع من تملك المبيع ونقله إلى المشتري فلا يكون ثمة محل لطلب الفسخ»³.

فإن تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري، كما لو حمل المالك على الإقرار بالبيع، أو تمكن من إكتساب ملكية المبيع ونقلها بعد ذلك إلى المشتري فلا يكون ثمة محل لأن يطلب المشتري الفسخ⁴.

المحكمة العليا في ذلك إذ جاء في قرارها رقم 108763 المؤرخ في 1994/04/06 الذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أنه يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد إنعقاد العقد. ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع، لما حكموا بإبطال العقد المتضمن الوعد بالبيع وجميع الإجراءات التي تمت أمام

(1) محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج5، عقد البيع وعقد المقايضة، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، ف234، ص 446.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 754، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 259.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 714.

(4) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 103.

الموثق المطعون ضدهم، يكونون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال»¹.

ويبدو أن هذا الإتجاه يتعارض تعارضا صريحا مع نص القانون المدني الفرنسي ومع نص القانون المدني الجزائري أيضا، فالنص في التقنين ينص على البطلان سواء كان بطلان مطلق أو بطلان نسبي، والبطلان شيء غير الفسخ، إذ يختلف في أحكامه وشروطه وآثاره عن هذا الأخير.

كما أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى بعض المسائل التي تخالف النتائج التي تقرها دعوى الفسخ، إن قواعد الفسخ تقضي بأنه لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعدار المدين، في حين أنه يجوز للمشتري طلب الإبطال دون إعدار البائع في بيع ملك الغير، كما أن قواعد الفسخ تجيز للمحكمة أن تمنح للمدين أجلا للوفاء في حين أن القضاء يقضي بأنه متى طلب المشتري الإبطال تعين الحكم له به، ولو كان جزاء بيع ملك الغير الفسخ فقط لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، في حين أن المحاكم تقضي بأنه متى طلب المشتري الإبطال في بيع ملك الغير تعين له الحكم به على خلاف الأمر في الفسخ.

4- نظرية العقد الوقوف:

خرج بعض فقهاء القانون بصدد تأصيل الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير عن القواعد العامة في القانون المدني²، وإستعانوا بنظرية العقد الموقوف التي عرفها الفقه الإسلامي³،

(1) طعن رقم 120 لسنة 39 ق جلسة 1977/11/10، س 28، ص 1659.

(2) هاته النظرية وان خرجت عن القواعد العامة في القانونين المدني الجزائري والمصري فإنها تعتبر من القواعد العامة حسب القانونين المدنيين الادرنى والعراقي، عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والعشرون 25، قسم 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، هامش رقم 209، ص، 74.

(3) يقول الأستاذ صلاح الدين محمد شوشاري: «ويسمى العقد الموقوف بهذا الاسم لان نفاذه أو عدم نفاذه موقوف على اجازة صاحب الحق في الاجازة أو عدم اجازته»، صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص 26.

هاته النظرية التي توقف تصرف البائع في ملك غيره على إقرار المالك نفسه ذلك أن بيع ملك الغير غير نافذ في حق المالك ولو أجازه المشتري، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وبذلك لا يعتبر العقد هنا باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا.

وهو ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني، وأيدته محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه: «أنه لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع، إلا أن المالك يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل، أما إذا كانت الملكية مازالت باقية لمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع، فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من ملكه، لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته»¹.

فالعقد يعتبر في هاته الصورة عقد موقوفا والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك²، حتى لا يضار من تصرف غيره فإن أثر هذا التصرف بأن رأى مصلحته في هذا البيع فإن البيع يسري في حقه وفي حق غيره³، وإن رأى أن مصلحته في رفض هذا البيع ورفض إقراره، بطل البيع وإنعدم أثره⁴.

الملاحظ رغم قوة هذا الرأي المأخوذ من أحكام الفقه إلا أنه لا يستقيم مع التنظيم القانوني لبيع ملك الغير⁵، فلو كان هذا الأخير عقدا موقوفا لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي، كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال مثله مثل أي عقد قابل للإبطال إلا في مسألة نقل الملكية إلى المشتري.

(1) مجموعة أحكام النقض مدني مصري، س 35، ص 1539.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 718، رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء معلقا عليها بأحدث أحكام النقض، ط 5، جمهورية مصر العربية، دار الالفي، 2002، ص 69.

(3) شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المطبعة العمالية، 1955، ص 79، عبد البر محمد زكي، المرجع السابق، ص ص، 74، 75.

(4) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ص، 756، 755، اسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 79.

(5) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 719، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش رقم 157، ص 281.

كما نجد المادة 397 من القانون المدني تقضي بأن المشتري في بيع ملك الغير يحق له طلب إبطال هذا البيع والعقد الموقوف عقد صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله، من هنا نشأ تعارض بين النص التشريعي والأخذ بنظرية العقد الموقوف، رغم أن هاته النظرية تفضل على الكثير من النظريات الأخرى فلا يمكن الأخذ بها مع وجود نص تشريعي صريح¹. في هذا الصدد علق الأستاذ الياس ناصيف قائلاً: «... لأن الرجوع إلى الفقه لإسلامي لا يجوز إلا في الحالات التي لا يوجد بشأنها نص صريح في القانون كما الأمر في تجاوز الوكيل لحدود الوكالة، إذ يكون تعاقد موقفاً على إجازة الموكل ولا نص يمنع الأخذ بهذا»²، وعليه وجب عادة النظر في أحكام بيع ملك الغير وفق هذا التصور الإسلامي.

ثانياً: تأصيل بيع ملك الغير وفقاً لنظرية تحول التصرف القانوني.

نظراً لإختلاف أحكام بيع ملك الغير عن النتائج التي تترتب عن البطلان المطلق، كما أنه لا يستقيم مع نتائج البطلان النسبي الذي ذهب إليه المشرع الجزائري ونظيره المصري، إذ يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير، وإذا أقر المالك الحقيقي البيع سرى في حقه وإنقلب صحيحاً لصالح المشتري، الأمر الذي أدى إلى لكن تجاذب في الفقه حول طبيعة بيع ملك الغير ونظراً للانقسام الكبير في تأصيل أحكام هذا البيع فقد ظهر رأي آخر في الفقه ذهب إلى الإعتماد على مبدأ جديد في تأصيل أحكام هذا البيع، وذلك بالإستناد على آلية تحول العقد الباطل إلى آخر صحيح أو ما إصطلح عليه بنظرية تحول التصرف القانوني³.

نجد أول من نادى بتطبيق أحكام هاته النظرية بالنسبة لبيع ملك الغير هو الأستاذ حلمي بهجت بدوي، وكذلك الأستاذ عبد الحميد الشواربي في مؤلفه البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، عندما نادا إلى القول بتكملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول التصرف

(1) المادة 1 من القانون المدني.

(2) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 113.

(3) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 85.

القانوني، فذهبوا إلى القول بأن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لإستحالة المحل إستحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع¹، حيث عرض الأستاذ حلمي بهجت بدوي ثلاث حالات في مثل هذا النوع من البيوع هي:

الحالة الاولى: وهي حالة أن يكون المشتري قد أقدم على الشراء وهو يجهل أن المبيع لا تعود ملكيته للبائع وكان يقصد من وراء هذا العقد أن تنتقل الملكية إليه دون تأخير أو تأجيل، وأنه لم يكن يقدم على الشراء لو علم بأن المبيع لم يكن مملوكا من قبل البائع، حيث في هذه الحالة يمكن الحكم بالبطلان المطلق على أساس الغلط².

الحالة الثانية: التي يمكن أن يحصل فيها التواطؤ بين البائع والمشتري على إبرام العقد على عين لا تعود إليهما وهما يعلمان بذلك والهدف من إبرام هذا العقد هو الإضرار بالمالك الحقيقي من خلال معارضة هذا المالك في الحيابة وفي ملكية المبيع وهو ما يعد مخالفة للنظام العام وبالتالي فإن مثل هذا البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا.

الحالة الثالثة: فتكون في الحالة التي يجهل فيها البائع والمشتري بأن العين محل العقد تعود لشخص آخر يقدمان على إبرام هذا العقد، وبالتالي وفقا للقواعد العامة فإن هذا العقد لا يمكن الحكم ببطلانه ومع ذلك فإن القانون يقضي ببطلانه، لكن هذا العقد يمكن إن يتحول من عقد باطل إلى عقد منشئ للإلتزامات مفاده تعهد البائع بالحصول على الملكية ومن ثم نقلها مقابل مبلغ من المال.

كل هذا طبعا مع إشتراط أن تكون نية الطرفين أو أحدهما كانت ستتصرف عن هذه النتيجة كما في حالة الغلط، وذلك فيما لو أثبت المشتري أنه لم يكن يقدم على إبرام مثل هذا العقد لو كان قد تحقق لديه العلم بأن المبيع غير مملوك للبائع أنه لن يتمكن من تملك المبيع، حيث في هذه الحالة يبطل العقد بطلانا مطلقا و يصبح غير قابل لإنتاج أي أثر

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 722، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، ص 279.

(2) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 156.

قانوني¹، ويلزم البائع بالتعويض بإعتباره متسببا بخطئه في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقدا باطلا ويتعذر إجراء التحول بالنسبة اليه².

بالإتجاه نفسه ذهب الأستاذ سليمان مرقس فقد إعتبر أن بيع ملك الغير إنما هو باطل بطلانا مطلقا، وذلك لإستحالة المحل إستحالة مطلقة وقد رفض الإنتقاد الموجه إلى القول بالإستحالة المطلقة، حيث يقول بهذا الصدد أن الإستحالة المطلقة التي تستتبع البطلان المطلق ليس المقصود بها إستحالة الأمر في ظروف معينة هي الظروف المحيطة بالمدين. وتقدر الإستحالة بمعيار موضوعي أي بمعيار الرجل العادي، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد إذا وجد في مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الإلتزام ولو كان يستطيع القيام به في ظروف أخرى، يعتبر من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك لشيء معين أن ينقل ملكيته إلى غيره، فيعتبر محل إلتزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا إستحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا³.

هذا من الناحية النظرية أما من ناحية الأحكام أو النتائج العملية فمن الواضح أن نظرية البطلان المطلق إذا أخذ بها وحدها تؤدي إلى نتائج مغايرة للأحكام التي نص عليها القانون، والتي جرت عليها المحاكم من قبل ولكن إذا أمكن تكملتها بقاعدة أو نظرية أخرى من القواعد العامة التي يقوم عليها التشريع بحيث تؤدي إلى النتائج والأحكام المسلمة، كان ذلك أولى بالإتباع من القول بأن بيع ملك الغير باطلانا بطلانا نسبيا من نوع خاص.

فالعقد الباطل يمكن أن يتحول من عقد بيع العقد منسئ للإلتزامات فقط، فيما لو تبين أن نية الطرفين المحتملة كانت تتصرف إلى هذا العقد لو تبينا أن هذا العقد غير ممكن إنعقاده لعدم ملكية البائع للعين محل العقد. كون المشرع فرض فرضا غير قابل

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 758.

(2) علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 542.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 546.

لإثبات العكس أن البائع قد إنصرفت نيته المحتملة إلى تحول العقد من عقد بيع إلى عقد منشئ للإلتزامات شخصية (عقد بيع من نوع ثان لا ينقل الملكية بذاته في الحال)، وعلى هذا الأساس فإن القانون لم يقرر للبائع الحق في أن يتمسك ببطلان العقد ولو كان باطلا بطلانا مطلقا بينما الأمر مختلف بالنسبة للمشتري حيث أن نيته مفترض فيها الرغبة في التحول لحين ثبوت العكس.

وعلى هذا الأساس ينتج عقد بيع ملك الغير آثار العقد من النوع الثاني كاملة ما دام المشتري لم يتمسك بالبطلان، وهذا يفسر أن بيع ملك الغير ينشئ إلتزامات شخصية فقط، وهذا دليل على أن إنصراف نية المشتري منذ إبرام العقد إلى تحوله من النوع الأول (الناقل للملكية بذاته) إلى النوع الثاني (الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال)¹.

ينهي الأستاذ مرقس بأن أحكام بيع ملك الغير ما هي إلا إحدى التطبيقات التشريعية لنظرية تحول التصرف القانوني تجاوز فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول، عندما ذهب إلى إفتراض إنصراف نية البائع المحتملة إلى التحول إفتراضا غير قابل لإثبات العكس.

وبهذا القول يمكن تفسير أحكام ملك الغير وفيه كذلك يمكن الإستغناء عن الإلتجاء 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. قد إنتقد الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذا الرأي بالقول أن العقد الباطل يتحول إلى عقد منشئ للإلتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد لا بعد ذلك إلى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل².

(1) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 74.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط3، المرجع السابق، ص 280.

فإما أن تكون النية قد إنصرفت إحتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات النقيض من ذلك وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع وإما ألا تكون قد إنصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.

ورد الأستاذ سليمان مرقس على هذا الإعتراض بقوله إننا لا ننكر أن تحول بيع ملك الغير الباطل بإعتباره عقداً ناقلاً للملكية بذاته إلى عقد منشئ لإلتزامات فحسب لا يتفق كل الإلتفاق مع نظرية التحول المعروفة، ولكننا نقول أن النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المشرع نظرية التحول تطبيقاً تشريعياً على هذا البيع، ومن المعلوم أن المشرع عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء من الآثار التي ترتبها هذه النظرية ويمكن أن يعتبر من هذا القبيل التطبيق التشريعي لنظرية تحول العقد الباطل على بيع ملك الغير¹.

في حين يرى الإتجاه الآخر أن بيع ملك الغير هو إتفاق يكون بموجبه كلا الطرفين على بينته بما يفيد به، ذو طبيعة مزدوجة فهو ينشئ إلتزاماً شخصياً بنقل الملكية على كاهل البائع في الأول ويتحول هذا الإلتزام الشخصي إلى حق عيني في مرحلة ثانية²، متمثل في الإنتقال الفعلي للملكية عندما يجيز للمالك البيع أو عندما يصبح البائع مالكا للمبيع أي أن بيع ملك الغير يتضمن في الواقع عملتين إثنيتين عملية أولى إلى حد بعيد الوعد بالبيع ولا تتضمن إلا الإلتزامات شخصية محمولة على كلا الطرفين وعملية ثانية تنتقل بموجبها ملكية المبيع يمكن أن تطلق عليها تسمية البيع النهائي.

(1) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المرجع السابق، هامش رقم 48، ص 735.

(2) محمد بقبق، المرجع السابق، ص 163.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول من الممكن الأخذ بنظرية تحول التصرف القانوني الباطل لما لها من دور في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، حيث لا يمكن وصف هذا النوع من العقود قابل للفسخ باعتبار أن النص قد جاء صريحا يجعل جزاء هذا العقد هو البطلان كما أنه لا يمكن القول بأن هذا العقد هو من العقود الموقوفة، ذلك أن العقد الموقوف لا يمكن أن يجيزه إلا المالك الحقيقي بينما في نص المادة المشتري هو الذي يملك حق الإجازة، كما لا يمكن القول بأن هذا العقد هو عقد باطل بطلانا نسبيا. ذلك أن البطلان النسبي يتحقق في حالة ما إذا كان العقد مستوفيا لأركانه، غير أن الرضا قد إختل بأن صدر هذا الرضا غير صحيح، وذلك في حالة ما إذا كان العقد قد صدر من ناقص الأهلية، أو شاب الرضا غلط أو تدليس أو إكراه، وحيث أن بيع ملك الغير يختلف عن هذه الأحوال لذا لا يمكن وصفه بالبطلان النسبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قواعد البطلان النسبي لا تسمح بأن يتم إجازة العقد وتصحيحه بإرادة شخص أجنبي حيث أن من يحق له إجازة العقد في حالة البطلان النسبي إنما هو المشتري وليس شخص أجنبي عنه¹.

يبدو أن حالة أن يكون كل من البائع والمشتري يجهلان أن العين المباعة إنما تعود لشخص آخر ويقدمان على الإرتباط بالعقد، ففي مثل هذه الحالة يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا وذلك لإستحالة المحل²، وبالتالي يمكن لنا تطبيق نظرية تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح هو عقد منشئ للإلتزامات مفادها الحصول على ملكية المبيع ومن ثم نقلها إلى المشتري مقابل إلتزام الأخير بدفع مبلغ من المال، ويمكن التوصل إلى هذه النتيجة من خلال تجاوز بعض شروط نظرية التحول.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 610، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 477، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 548، 549.

(2) جاء في قرار محكمة استئناف مصر: « إن من يبيع ملك غيره على إن ه ملك لنفسه فيبيعه باطل ولا تلحقه الاجازة لعدم إن عقاده أصلا»، قرار محكمة استئناف مصر رقم 44 في 1994/5/23، المجموعة الرسمية 36.

تعرضت هاته النظرية للنقد كون القول بتحول العقد الباطل إلى عقد منشئ للإلتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة، فهذه النظرية تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تتصرف وقت العقد الباطل إلى العقد الصحيح، ونية المشتري المحتملة تصعب على هذا التأويل.

فإما أن تكون هذه النية قد إنصرفت إحتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال العقد، وإما ألا تكون النية قد إنصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح لبيع ملك الغير الذي نص عليه المشرع الجزائري في التقنين المدني، لذلك أخذ الأستاذ إلياس ناصيف أمران على هذا الإتجاه تعارضه مع نصوص القانون المدني وتعارضه مع نظرية التحول المعروفة. يعد بيع ملك الغير أحد تطبيقات الفصولي، فإن وقع البيع أو الشراء دون إذن المالك الحقيقي، فإن هذا يعتبر بيع فضولي.

المطلب الرابع:

حكم الوكالة في القانون المدني الجزائري.

يعتبر عقد الوكالة من العقود الأكثر أهمية سواء من الناحية الواقعية أو من الناحية الإجتماعية أو من الناحية القانونية، والوكالة مهمة من الناحية الواقعية لأن التعامل بها شائع بين الناس في تصرفات قانونية كثيرة كالبيع والشراء والإيجار، مفهوم عقد الوكالة (فرع أول)، تحول عقد الوكالة إلى فضالة (فرع ثان).

الفرع الأول:

مفهوم عقد الوكالة.

تناول المشرع الجزائري النص على عقد الوكالة في الباب التاسع من القانون المدني تحت عنوان «العقود الواردة على العمل»، وإختلف اللغويون وفقهاء القانون والمشرعون في تعريف الوكالة عموماً، ولنعرض تعريف الوكالة لغة ثم تعريفها فقها وتعريفها قانوناً على التوالي:

أولاً: تعريف الوكالة في اللغة.

ويراد بالوكالة في اللغة العربية معان كثيرة منها:

التفويض: وكلت أمري لغيري أي فوضته إليه، ومنها قوله تعالى: «وعلى الله فيتوكل المتوكلين»¹، وقوله أيضاً: «وعلى الله فيتوكل المتوكلين»². وكلمة وكالة مستعملة كثيراً في اللغة وهي بفتح الواو وكسرهما إسم للفعل وكل يكول غيره³، التفويض والإعتماد، فيقال فوض شخص أمره لغيره، وأعطاه تفويضاً ليقوم في عمل ما، ويقال أيضاً إعتد فلان على غيره في إنجاز عمله.

كما أن لفظ الوكالة هو مصدر يشتق منه الفعل وكل، فيقال يوكل توكيلاً غيره، أي إنابة عن نفسه وفوض إليه أمره، والوكيل هو الذي يسعى في عمل غيره وينوب عنه فيه⁴. إما في اللغة الفرنسية القديمة تعني كلمة وكالة إعطاء تعليمات، وتشير بصفة عامة إلى

(1) سورة إبراهيم، جزء من الآية 11.

(2) سورة إبراهيم، جزء من الآية 12.

(3) محمود المسعدي، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1991، ص 1343.

(4) بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، القبة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الخلدونية، ص 5.

الميكانيزمات التي بواسطتها تسند إلى شخص ما مهمة تمثيل الغير وأن يسعى لصالحه وتبعا لتعليماته¹.

ثانيا: تعريف عقد الوكالة في الفقه القانوني.

يذهب معظم رجال القانون ومن بينهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري ويوافقه في ذلك الأستاذ محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الإلتزام إلى تعريف الوكالة بأنها: «حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة هذا التصرف إلى الأصيل»²، أما الأستاذ محمد كامل مرسي باشا عرفها بأنها: «عقد بمقتضاه يلتزم شخص (يقال له الوكيل) بأداء عمل قانوني واحد أو أكثر لحساب شخص آخر (يقال له الموكل) بناء على إذن منه»³.

عرفها الفقيه دوما Domat بأنها mandement:

«Celui que ne peut vaquer lui-meme a ses affaires et donne alors pouvoir a un autre de le faire a sa place, soit qu'il faille simplement gerer et prendre soin de quelque bien, ou de quelque affaire, ou que ce siot pour traiter avec d'autres»⁴.

عرفها بوتتيه Pothier بقوله :

«Le mandat est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'un ou plusieurs affaires pour la faire a sa place»⁵.

¹(Alain. Benalbert : Droit civil« les contrats speciaux et commerciaux » .8^{eme} editon ; paris, Montcherstien Lextenso, edition. 2008.p423, note, 900.

² بو عبد الله رمضان، المرجع السابق، ص 9.

³ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج 1، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المطبعة العالمية، 1952، ص 302.

⁴ Jacques Ghestin, Jeronne Huet, Georges Decoq, qu'il Gril Grimaldi, Herve Lecuyer avec la collaboration, de Juliette, Moel-Maroger : trait de droit civil les contrats speciaux, 3^{eme} edition, Paris, alpha edition-L-G-D-J lextenso edition, 2012, p 985.

⁵ ibidem, p 885.

ثالثاً: تعريف عقد الوكالة في القانون المدني الجزائري.

من المقرر أن التعاريف في القانون ليست من مهام المشرع، ولا تقتضيها المصلحة الشرعية، وذلك لصعوبة إيجاد تعريف جامع مانع خال من النقد ومتفق عليه فقهاء وقضاء، لكن بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري نص على تعريف الوكالة خروجاً عن المؤلف نظراً لأهميتها وقلة في المادة 571 من القانون المدني الوكالة بما يلي: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه»¹.

عبر المشرع الجزائري عن الإتفاق الواقع بين طرفي الوكالة بمصطلح العقد². وهي أنواع إما أن تكون قانونية وإما إتفاقية فعلى سبيل المثال الولي والوصي والقيم والكفيل في قانون الأسرة الجزائري والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه هم نواب قانونيين، بمعنى أن مصدر نيابتهم هو القانون، أما الوكيل فيعد وحده النائب الإتفاقي لأن مصدر نيابته هو عقد الوكالة، وذلك ما يستخلص من المادة 571 من القانون المدني³.

(1) تقابلها المادة 699 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل»، المادة 665 من القانون المدني السوري، المادة 698 من القانون المدني الكويتي، المادة 927 من القانون المدني العراقي، المادة 833 من القانون المدني الاردني، المادة 769 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وموافقة أيضاً للفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وجاء النص الجزائري مطابقاً حرفياً للنص الفرنسي حيث نصت المادة 1984 من القانون المدني على الآتي:

« Le mandat ou procreation est un acte par lequel une personne donne a une autre, le pouvoir de faire quelque chose pour le mandat et on son nom . Le contrat ne se forme que par l'acception du mandataire».

(2) تعرف الوكالة في الفقه المالكي هي نيابة في حق غير مشروطة بموت ذي الحق وغير امانة وأركانها أربعة: موكل، وهو صاحب الحق، ووكيل، وموكل فيه، وهو الحق الذي يقبل النيابة، وصيغة، أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة وحكمها الجواز. وقد يعرض لها غيره وتكون في عقد كبيع وإجارة ونكاح وصلح وفسخ كطلاق، وخلع وقبض حق وأداء دين وعقوبة وحوالة وحج غير الفريضة وان كان مكروه والهبة والصدقة وكل ما يقبل النيابة بخلاف ما لا يقبلها فلا يصح توكيل من يحلف أو يصلي فرضاً أو نفلاً، ولا تصح في المعاصي كالقتل والسرقة، قبل ويجوز للوكيل إن يوكل بغير إذن الأصيل، ومنع توكيل عدو على عدوه وتوكيل كافر على مسلم في بيع أو شراء أو تقاض لدين لأنه لا يتحرى الحلال وربما أغلظ في المسلم ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً، محمد محمد سعد، المرجع السابق، ص 212.

(3) بوعبد الله رمضان، المرجع السابق، ص9.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم عقد الوكالة بنصوص خاصة في القانون المدني، وبذلك يكون قد فصل عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام، إذ جعل مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للألتزامات، وجعل عقد الوكالة من ضمن العقود المسماة التي ترد على العمل طالما إن الوكالة محلها العمل القانوني الذي يقوم به الوكيل¹.

رابعاً: الطبيعة القانونية لعقد الوكالة.

إن موضوع الوكالة هو قيام الوكيل بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه، ومن ثم يمكن القول بأن عقد الوكالة هو من العقود الواردة على العمل، مهما كانت طبيعة هذا العمل طالما أنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ويجيزه القانون.

بالإضافة إلى ذلك فإن العمل التبرعي هو مفترض في الوكالة بصريح نص المادة 581 من القانون المدني التي تنص على: «الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص من حالة الوكيل...»، فمعنى ذلك أن المبدأ في الوكالة أنها تبرعية، وإستثناء قد تكون بمقابل، أي أجر، وذلك بإتفاق صريح بين الموكل والوكيل أو يستخلق ضمناً من ظاهر الشروط التي قد يضعها الوكيل لتنفيذ الوكالة، بحسب طبيعة التعامل الواقع بين الموكل والوكيل².

عناصر الأركان الثلاثة للفضالة وهي: أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، وهذا هو الركن المادي، أن يقصد في قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل وهذا

(1) بوعبد الله رمضان، المرجع السابق، ص 10.

(2) نفس المرجع، ص 10.

هو الركن المعنوي، ألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزما به ولا موكلا فيه ولا منهيا عنه، وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانوني¹.

تختلف الفضالة عن الوكالة فالالتزامات الفضولي مصدرها واقعة قانونية²، والتزامات الوكيل مصدرها عقد الوكالة، لذا فالفضالة أوسع نطاقا من الوكالة لأن الأولى يمكن أن تكون تصرف قانوني أو عمل مادي بينما الثانية تقتصر على التصرف القانوني، ومع ذلك تنقلب الفضالة إلى وكالة في الفرض الذي يقر فيه رب العمل لما قام به الفضولي³.

الفرع الثاني:

تحول عقد الوكالة إلى فضالة⁴.

النيابة محدودة بحدود الوكالة فإذا لم يكن التوكيل قائما، كأن يتوهم الشخص إنعقاد عقد الوكالة ويقوم بتنفيذ التصرف لحساب الموكل الموهوم في حين أن عقد الوكالة لم ينعقد، أو إذا كان التصرف الصادر من الوكيل خارجا عن حدود التوكيل، فقد يتعدى الوكيل حدود الوكالة بأن يقوم بتصرفات لا يجوز له بمقتضى سند التوكيل القيام بها لحساب موكله، ففي جميع هذه الأحوال لا يمكن أن تترتب آثار التصرف الذي أجراه الوكيل في ذمة الموكل نتيجة لفكرة النيابة، إذ فيما عدا حدود الوكالة يعتبر العقد معدوما⁵.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 1230.

(2) عرف المشرع الجزائري الفضالة في المادة 150 من القانون المدني بالاتي: «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون إن يكون ملزما بذلك»، تقابلها حرفيا المادة 188 من القانون المدني المصري.

(3) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 447.

(4) عبد الحميد محمود البعلي، تحول العقود وإعادة تكييفها وآخر العوارض الطارئة في ذلك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، ص 183.

(5) تصنف الوكالة بالنظر إلى التصرفات القانونية التي تكون محلا لها إلى صنفين أساسيين: وكالة عامة ووكالة خاصة طبقا للمادتين 573 و574 من القانون المدني، فالوكالة العامة هي تلك التي ترد بألفاظ عامة فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته فمثلا يقول الموكل للوكيل أمنحك توكيلا في جميع أعماله،

إذا قلنا أن هذه الأعمال ترتب آثارها القانونية فليس مرد ذلك إلى عقد الوكالة لأنها خارج هذه الحدود وبالتالي لا يوجد سند قانوني، أي الوكيل ليس بنائب عن الموكل في شأنها، ولا صفة له في مباشرتها فلا ترتب آثارها في ذمة الموكل¹، ومع ذلك فقد تتحول الوكالة إلى فضالة إذا توافرت شروط هذه الأخيرة إذا النية إتجهت إليها لو علم الطرفان بأمرها سلفاً².

وكان التصرف الذي قام به الفضولي نافعاً لرب العمل³. إذا وكل قاصر آخر في القيام بتصرف قانوني وهو غير أهل لذلك ثم قام الوكيل بالتصرف وكان تنفيذه للوكالة نافعاً فإنه يمكن الرجوع على الموكل القاصر إن لم يكن على أساس الوكالة فعلى أساس الفضالة إذ يعتبر في هذه الحالة الوكيل فضولياً، أما إذا لم يكن العمل نافعاً أو يدور بين النفع والضرر فسوف يحرم الوكيل - فضلاً عن حرمانه من دعوى الوكالة - من دعوى الفضالة ولا يبقى له إلا الرجوع على الموكل القاصر إذا أثبت سوء نيته.

=أو جعلتك مفوضاً عني. إما الوكالة الخاصة تكون في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يتعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات، فلا بد من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف كالبيع والشراء أو في الهبة أو في الصلح أو في الرهن، بو عبد الله رمضان، المرجع السابق، ص 65، 67.

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 909.

(2) الفضولي في الفقه الإسلامي هو شخص يقوم بعمل لحساب الغير دون إن يكون مأذوناً له بذلك وعليه فإن الفقهاء المسلمين لا يشترطون إن يكون تصرف الفضولي لأمر عاجل أو ضروري لا تستلزم عنصر الضرورة، يقاها في القانون الوضعي التصرف في ملك الغير والفضالة، وعليه فإن مصطلح الفضولي في الفقه الإسلامي أوسع وأدق وأشمل من مفهومه لدى شراح القانون، محمد يونس لاشين الغياثي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط 1، جمهورية مصر العربية، مكتبة جامعة طنطا، د س ن، ص 122.

(3) تعتبر الفضالة في القانون الوضعي مصدر من مصادر الالتزام وأحد تطبيقات الفعل النافع، صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 138، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 184، 182.

أما في حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته وإستحالة إخطار الموكل بهذا التجاوز¹، فعليه أن يقوم الوكيل بإبلاغ الموكل بهذا الخروج على حدود الوكالة في أقرب وقت ممكن، بمعنى المخالفة أن الشأن عاجلا²، لأنه إذا لم يكن عاجلا فلا فضالة كما لو كان البيت غير أيلا للسقوط وإنما صرف عليه الجار من أجل تحسينات لا تستدعيها الظروف³، وكذلك إذا قام الشخص بشأن عاجل لنفسه لا لحساب شخص آخر فهو لا يكون فضوليا، لأن الفضولي هو من يتولى شأن غيره إلا أن يكون بين الشئيين إرتباط كإصلاح الجار الجدار المشترك مع جاره إذا كان أيلا للسقوط فمن قام بالإصلاح عد أصيلا عن نفسه وفضوليا عن جاره⁴.

المفروض أن التصرف الذي قام به مع الغير لحساب الموكل لا ينعقد لا من الوكيل لأنه ليس طرفا في العقد ولا مع الموكل لأن التصرف خارج عن حدود الوكالة، وإنما يكون لهذا الغير أن يرجع على الموكل في الحدود التي يكون فيها التصرف نافعا أو الموكل مقصرا في إعطائه توكيل مبهما، وأن يطالب بتنفيذ التصرف في هذه الحدود إذا كان العمل نافعا لأن عمل الوكيل يعتبر في هذه الظروف فضالة.

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

(2) مفهوم المخالفة هو من المعايير العامة في تفسير النصوص وبمعنى آخر استمداد الأحكام من النصوص، ويعرفه فقهاء القانون بأنه: «إعطاء حالة لم تتضمنها النصوص التشريعية عكس الحكم الذي تتضمنه حالة أخرى إما لاختلاف الحالة في الحالتين أو لأن الحالة المنصوص على حكمها تعتبر استثناء من الحالة المسكوت عنها»، إما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعرفون مفهوم المخالفة بأنه: «هو دلالة على اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق المسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المقيدة في الحكم»، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 491.

(3) يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 23، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، بن عكنون، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص ص 263، 267.

(4) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 138، يوسف رحمان، المرجع السابق، ص 23، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 263، 267.

كما للغير أن يرجع على الوكيل شخصيا بما لا يستطيع أن يرجع به على الموكل إذا ثبت إهمال الوكيل، لكن يغلب الظن قبول الموكل لهذه التصرفات إذا كانت نافعة، وبالتالي تسري على هذه الأخيرة قواعد الوكالة فيجب على الوكيل أن يحدد قبل إجراء هذه التصرفات التي تخرج عن حدود وكالته ما إذا كانت الظروف يغلب معها الظن بقبول هذا التجاوز متمثلا في ذلك معيار الرجل العادي¹.

قد تؤدي الفضالة إلى ترتيب إلتزامات على عاتق الطرفين، فيلتزم الفضولي بالمضي في العمل، وبذل عناية الرجل الحريص، وتقديم حساب شأنه شأن الوكيل. أما صاحب العمل فيلتزم بتعويض الفضولي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وهذا هو الفارق بين الفضالة والإثراء بلا سبب، لأن الفضولي يقصد تولى شأن غيره فيصير جديرا بالرعاية.

ويسترد الفضولي النفقات الضرورية والنافعة دون النفقات الكمالية. والأصل فيه أنه متبرع فلا يستحق أجرا عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته، كالمقاول يصلح الجدار المشترك، والوكيل بالعمولة يبيع سلعا يهددها التلف السريع لحساب تاجر لم يوكله بذلك².

هذا وقد يحصل العكس أي أن الفضالة قد تتحول في حالات معينة إلى نيابة عن صاحب العمل والمالك الحقيقي. وهو ما جاء في نص المادة 152 من القانون المدني: «تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي»، ويحدث مثل هذا التحول بالنسبة إلى ناقل البضاعة الذي يكون له الحق بسبب ظروف معينة، وذلك لمصلحة صاحب

(1) رأفت الدسوقي، المرجع السابق، ص 101، 102، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 707.

(2) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 142، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 909، بو عبد الله رمضان، المرجع السابق، ص 65، 67.

العمل أو المالك إن يقوم ببيع أورهن البضاعة، أو أن شخصا يعثر على بضاعة قابلة للفساد فيقوم ببيعها لصالح صاحبها¹.

الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً— وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن الحدود الوكالة .

فالوكيل قد يتعدى حدود الوكالة بإبرام تصرفات أو القيام بأعمال قانونية لا يجوز له أن يجريها عن حدود الوكالة، ولكن بالنظر إلى أنها أعمال نافعة، كان الموكل سيوافق حتماً، فإن الوكيل يعتبر بالنسبة لهذه الأعمال بمثابة فضولي وتنطبق في هذا قواعد الفضالة.

وإذا قلنا أن هذه الأعمال ترتب آثارها القانونية فليس مرد ذلك إلى عقد الوكالة لأنها خارج هذه الحدود، وبالتالي فالوكيل ليس بنائب عن الموكل في شأنها، ولا صفة له في مباشرتها، فلا يرتب آثارها في ذمة الموكل لإنعدام السند القانوني النسبة لها.

ولكن تتحول الوكالة إلى فضالة إذا توافرت عناصر الفضالة، وكانت النية يمكن أن تتجه إليها، لو علم الطرفان بأمرها سلفاً، فلو أبرم الوكيل تصرفاً قانونياً خارج حدود الوكالة²، فالمفروض أن هذا التصرف لا ينعقد، ولا يلزم الموكل لأنه ليس طرفاً فيه، ولكن للغير أن يرجع على الموكل في الحدود التي يكون فيها التصرف نافعا، وأن يطالب

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص ص 157، 158.

(2) يصير الوكيل فضولياً إذا خالف الوكيل وجاوز الحدود الموسوعة لوكتاله، ويتوقف العقد على اجازة الموكل، جاء في البحر الرائق: «وكيل ب شراء العبد جاء إلى مالكة فقال، بعث هذا العبد من الموكل وقال الوكيل. قلبت لا يلزم الموكل لأنه خالف أمر ألا ترجع العهدة إليه وقد رجع، قال أبو القاسم الصفار، والصحيح إن الوكيل يصير فضولياً، ويتوقف العقد على اجازة الموكل، وإذا كانت الوكالة بجعل و عوض وأجرة تصبح اجازة لازمة بالعقد عند فريق من الفقهاء»، زين الدين بن نجيم، المرجع السابق، ص 135.

بنتفيذ التصرف في هذه الحدود كما للغير أن يرجع على الوكيل شخصيا بما لا يستطيع أن يرجع به على الموكل إذا أثبت إهمال الوكيل¹.

المبحث الثاني:

حكم تصرفات المريض مرض الموت.

إن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاتها العملية وإمتدادها وتشعباتها النظرية، لكن بالرغم من ذلك نجد أن هذا الموضوع لم تعطه الكتابات الفقهية القانونية ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية الشرعية، وقد إستقى المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات المقارنة حكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كانت تبرعات أم بيوع من الشريعة الإسلامية، هاته التصرفات تكون نافذة في حالات معينة وبحدود معينة وغير نافذة في حالات أخرى كونها قد تلحق ضررا بمصالح الآخرين.

كما أشار بطريقة غير مباشرة لإرتباط أحكام تصرفات المريض مرض الموت بنظرية تحول التصرف القانوني محور دراستنا والتي أثارت العديد من الإشكالات والتساؤلات نحاول الإجابة عنها، لكن قبل ذلك ومن أجل الإلمام بالموضوع لأ بأس أن نحدد المقصود بمرض الموت وبيان شروط تحققه والإطار القانوني له والتي تنظم تحت مفهوم مرض الموت (مطلب أول)، ثم نعرض حكم تصرفات المريض مرض الموت وعلاقتها بنظرية تحول التصرف القانوني(مطلب ثان).

(1) عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 717.

المطلب الأول:

مفهوم مرض الموت.

لم يبين القانون المدني الجزائري المقصود بمرض الموت ولا أمارته ولا من يلحق بمرض الموت رغم أهميته وتعلقه بقدرة الشخص على التصرف في أمواله، ولما كان مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية فيكون المرجع لتأصيله لأحكام الشريعة الإسلامية، وللتوضيح أكثر نعرض تعريف مرض الموت (فرع أول)، شروط مرض الموت (فرع ثان).

الفرع الأول:

تعريف مرض الموت.

تعددت التعاريف عن مرض الموت سواء في اللغة أو الفقه الإسلامي أو القانوني، حيث إستعمل لفظ مرض الموت للدلالة على أكثر من معنى، وكذلك إختلف الفقه والقضاء والقوانين المدنية في تعريف مرض الموت ولكن كلهم فرقوا بينه وبين الأمراض الأخرى وذلك بيانا لأهميته وأهمية التصرفات الناتجة عنه، وعليه سنعرض التعريفات المختلفة لمرض الموت كالاتي:

أولاً: تعريف مرض الموت في اللغة.

مرض الموت يتكون من مفردين، مرض، موت، وسنوضح معنى المفردين كل على حده.

-المرض له معان كثيرة في اللغة العربية، ومن أهم المعاني ما يأتي:

- السقم نقيض الصحة¹، كل ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة والإعتدال من علة أو نفاق أو تقصير في أمر.

(1) عبد الله العلايلي، مقدم الصحاح في اللغة والعلوم، مجلد 2، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الحضارة العربية، ص

- النقصان، يقال يد مريض، أي ناقص قوة، وقلب مريض أي ناقص الدين¹.

والأمراض بالإجمال توقع المريض بحالة من الضعف والإرهاق الجسدي².

كما إن للموت معان كثيرة أيضا، أهمها:

-السكون: يقال ماتت النار موتا، أي برد رماها، فلم يبق من الجمر شيئا، ويقال: ماتت الريح، أي نكدت وسكنت، ويقال مات الماء بهذا المكان أي نشفته الأرض³، وكل ما سكن قد مات.

-الموت ضد الحياة، الموت هو مفارقة الروح للجسد لعدم صلاحية الجسد لإحتوائها.

ثانيا: تعريف مرض الموت في الفقه الاسلامي.

عرف الفقه الإسلامي المرض بأنه السقم وهو نقيض الصحة أو هو خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعمل فيها أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، والأمراض بالإجمال توقع المرضى بحالة من الضعف والإرهاق الجسدي ولهذا قيل العقل السليم في الجسم السليم، وعليه فإن المراد بالمرض هنا هو مرض البدن، أي المرض العضوي الذي يصيب البدن يؤثر على التصرفات الصادرة من المريض، إما الأمراض النفسية كالحقد والحسد والغرور وكذا ضعف الدين، فلا تعتبر أمراض عضوية بل هي أمراض نفسية⁴.

أما بالنسبة لمرض الموت فلم تتفق كلمة جمهور الفقهاء الأربع على تعريفه وتفسيره رغم أنهم يتفقون على أن المرض الذي يغلب فيه الموت، وأن يموت الشخص بالفعل موتا

(1) ابراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيان واخرون، المعجم الوسيط، ج 2، جمهورية مصر العربية، مطبعة مصر، 1960، ص 170.

(2) محمود اسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، ط 1، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، مطبعة الوفاء، 2013، ص 25.

(3) حبيب ادريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ج1، ط1، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، 2001، ص 14.

(4) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 20، سارة محمد الزيادة، المرجع السابق، ص 5.

متصل به فلا تكاد تجد إختلاف بين الفقهاء في أن هذان الأمران لا بد من تحققهما لكي يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت¹.

يذهب فقهاء المذهب المالكي إلى القول أن: «مرض الوت ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب»²، وأسند الأمر لأهل الطب، لأنهم على خبرة ودراية وتجربة ومعرفة³.

فالمناط هو خوف المريض الهلاك، ولذا وجب أن تكون عناية القاضي الذي ينظر في أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره في حال المريض، في البحث عن أمارات المرض التي تدل على حالة المريض النفسية، ليعلم أهى حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها؟ أم هي حالة إطمئنان وقرار نفس ورجاء الحياة⁴.

في حين قال الشافعية والحنابلة هو المرض الذي لا تطول به الحياة، وقيل هو كل ما إتصل بالموت، يكثر حصول الموت منه⁵، والمراد بالكثرة هنا أن يكون المرض سببا صالحا للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده، وكان ذلك الموت باعثا للإقبال المريض

(1) رابع بن غريب، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني والفقہ الاسلامي، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 347.
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 313، إياذ محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، مجلة الجامعة الإسلامية، 2011، ص 524، على العدوي الصعيدي أبو عبد الله الخرخشي، شرح الخرش على مختصر سيد خليل ومعه حاشية الشيخ، ج 5، ط 2، جمهورية مصر العربية، المطبعة الاميرية ببولاق، 1317، ص 304.

(3) أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، الطبعة 1، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العالمية، 1998، ص 394.

(4) رابع بن غريب، المرجع السابق، ص ص، 248، 249.

(5) أحمد بن عبد الحميد بن تيمية، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن قاسم، مكتبة ابن تيمية، مكة، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 191، لموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 6.

على أعمال البر والخير¹، وعليه إشتراط الحنابلة لتحقق مرض الموت شرطين هما: وقوع المرض فعلا، وأن يكون مخوفا، وهذا الرأي يتوافق مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية². إضافة مجلة الأحكام العدلية في المادة 1595- وهي تقنين الفقه الحنفي- والشيخ عبد الوهاب خلاف شرطا ثالثا لمرض الموت هو عجز المريض عن قضاء حوائجه، وأن يموت في أجل قدر بسنة فعرف مرض الموت بالآتي: « هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر والذي يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان أو لم يكن، وإن مرض مضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه وتغير حاله ومات، يعد حاله إعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت»³.

في نفس السياق قال الكاساني: «مرض الموت هو الذي يقعد الإنسان عن عمله المعتد في حالة الصحة، فيقعد الرجل عن عمله خارج البيت ويقعد المرأة عن عملها في البيت»⁴. وعرف بن همام مرض الموت بأنه: «المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا وأن يكون بحالة لا يقوم بحوائجه كما يعتاد الإصحاء، ولا فرق بين ما إذا كان بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل»⁵.

(1) الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ط 1، جمهورية الكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، 1997، ص 6.

(2) محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص 63.

(3) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 38، اياد محمد جاد الحق، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الإسلامي، 2007، ص 56.

(4) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، ط 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة الجمالية، 1910، ص 224.

(5) كمال الدين محمد عبد الواحد ابن همام، شرح فتح القدير، ج 3، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة مصطفى محمد، ص 155.

وقد أرجع الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري تعريف مرض الموت إلى الفقه الإسلامي كما جاء في الفتاوى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح حسب رأيه، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن¹.

عرف أيضا مرض الموت بأنه: «المرض المخوف الذي حكم بكثرة الموت به سواء أكان المريض طريح الفراش أو لم يكن لذا فإن المرض المخوف بأنواعه كالإيدز، السرطان²، والسارز، إنفلونزا الطيور، الجمره الخبيثة، الحمى، الرعاف الدائم، وجع القلب، الرئة³، تشمع الكبد، وكوفيد19... الخ⁴، إذا إتصل به الموت كان مرض الموت وجرت عليه

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، ص 313.

(2) هذه الامراض أثاره بعض الاشكالات القانونية حيث ظهر ما يعرف بالقتل الرحيم، هذا القتل نجد من الناحية النظرية إن معظم الدول لا تتيح القتل الرحيم(موت الرحمة) فيما عدا هولندا التي اباحتها إما من الناحية العملية فالامر مختلف فعلى سبيل المثال نجد 70% من الاطباء في الولايات المتحدة الامريكية يمارسون القتل الرحيم(قتل الرحمة) والقضاء هناك متردد فتارة يحكم بالبراءة وتارة يحكم بالإدانة، إما في فرنسا فإن 85% من الشعب الفرنسي يؤيد القتل الرحيم إن طلاقا من حق الانسان في تحديد لحظة موته وأن 76% منهم طالبوا بتعديل قانون العقوبات على هذا الأساس مع العلم إن القضاء في فرنسا قد استقر على تبرئة من يقتل بدافع الرحمة ومن ذلك إن حكما بالبراءة قد صدر لصالح وكيل نيابة قام بقتل زوجته =المصابة بشلل نصفي ناتج عن اصابة دماغها تخليصا لها من الالام المبرحة التي لا تطاق، وأن محكمة استئناف باريس قد حكمت بالبراءة أيضا لصالح فتاة فرنسية قتلت خطيبها المصاب بالسرطان بحقنه بكمية كبيرة من المورفين ثم اطلقت عليه الرصاص، ويعتبر القتل بدافع الشفقة بموجب قانون العقوبات في سوريا وكذلك في لبنان عذرا مخففا للعقوبة بشرط إن يلج المريض في طلب الموت، ويذهب الفقه القانوني حيال قتل الرحيم إلى اتجاه يبيح القتل الرحيم مطلقا، إما الاتجاه الثاني فيميز بين القتل الرحيم الايجابي والقتل الرحيم السلبي فيحرم الاول ويبيح الثاني، إما الاتجاه الثالث فيحرم بشكل قاطع كل شكل من أشكال قتل الرحمة، ابراهيم الصادق الجندي، القتل الرحيم بين الدين والقانون والأخلاق، مجلة الامن والحياة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 30.

(3) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 35، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 131، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 7.

(4) أعلن سابقا رئيس منظمة الصحة العالمية بأن العالم خال من الطاعون وغيرها من الامراض الفتاكة مثل الجدري والحصبة والملاريا والكوليرا لوجود علاج لتلك الامراض إلا إن ه ظهرت أمراض أخرى فتاكة لم يتوصل الطب الحديث إلى علاج لها لحد الان تدخل المريض بها ضمن أحكام المريض مرض الموت، وهذه الامراض هي السرطان، الايدز وأيضا الاورام الخبيثة لكن لقد ظهر حاليا فيروس كوفيد 19(covide) الذي حصد أرواح العديد من المرضى لعدم وجود

أحكام المريض مرض الموت، وإذا لم يتصل به الموت بأن صح المريض من مرضه ثم مات بعد ذلك فحكمه حكم الصحيح لا المريض»¹.

أما غالبية الجمهور فتري أن مرض الموت هو: «المرض الذي مات فيه المقر أو الموصي مطلقا ولا يتعين المرض إن كان مرض موت أو مرض شفاء إلا بعد الوفاة»²، ولذلك تبقى عقود المريض وإقراراته صحيحة ومعتبرة ما دام حيا فلا يجوز الإحتجاج بالمرض لإبطال تصرفاته إلا بعد وفاته».

ثانيا: تعريف مرض الموت في القانون المدني.

لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت³، ولم يأت بتنظيم دقيق له وإقتصر التقنين المدني على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت بصفة عامة، دون أن يبين المقصود بهذا المرض ولا أمارته، ولا من يلحق بالمريض مرض الموت، وكان من الأجدر به أن يورد تعريفا لمرض الموت تجنباً للإختلافات وسوء التفسير وإبتعاداً عن الخوض في آراء الفقهاء وتفصيلاتها وتسهيلاً لمهمة القضاء في تطبيق القانون⁴.

= لو قاح أو علاج خاصة في بداية إن تشاره، نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الإقرار، الإبراء، موسوعة الفكر القانوني، عين مليلة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الهدى، ص 194.

(1) محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991، ص ص 39، 40، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 37.

(2) حسين المؤمن، نظرية الاثبات بالمحررات أو الادلة الكتابية، ج 3، بيروت، الجمهورية اللبنانية، مكتبة النهضة، 1975، ص 148.

(3) يرجع خلو القانون المدني من تعريف مرض الموت إلى عدة أسباب منها: إعتبار مرض الموت وأحكامه من مسائل الأحوال الشخصية التي ترجع فيها لأحكام الشريعة، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 96.

(4) عرف القانون المدني الاردني مرض الموت في المادة 543 بالمرض الذي يعجز فيه الانسان على متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتدد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرف الصحيح، والواضح إن المشرع الاردني تأثر بالمذهب الحنفي، وقد سار القضاء العراقي على نحو ذلك عند تعرضه لمرض الموت، في حين نجد القانون المغربي هو الآخر لم يعرف مرض الموت، أما القانون الاماراتي عرف مرض الموت في القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 باصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987 فنكرت المادة 597 من هذا القانون تعريف مرض الموت، أما القانون المدني الفرنسي فلا يوجد فيه تعريف لمرض الموت ولا يوجد في هذا التقنين مقابلة للنصوص الواردة

وإكتفى بإيراد حالات خاصة في قانون الأسرة، ولهذا كان لزاما علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طالما أن مرض الموت يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية¹، بإعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني في القانون إستنادا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»²

أما القضاء الجزائري نجده عرف مرض الموت في القرار رقم 33719 الذي نص على الآتي: «من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، ويفقد المتصرف وعيه وتمييزه»³، وعليه فإن القضاء الجزائري لم يشترط في مرض الموت مدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية وبالتحديد الفقه الحنفي⁴.

في القانون المدني الجزائري من جهة، ولا في التقنيات العربية الأخرى كالقانون المصري والعراقي والادري، لكن جرى شراح الفرنسيون على تعريف مرض الموت: «المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ويكون الغالب فيه موت مرض»، وان مرض الموت لا يبدأ بظهور الاعراض الأولية وانما يبدأ عند اضطرار المريض لتغيير نوع معيشتة والتحقق من إن ه غير قابل للشفاء، نورة خميس الباروت، أحكام عقد البيع في مرض الموت في القانون الاماراتي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، 2019-2020، ص ص، 6،7، محمد محمد رافع يونس، أحكام وقف المريض مرض الموت، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، الموصل، جمهورية العراق، عدد 38، ص 74.

(1) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، طبعة 5، الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 216.

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

(3) قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 33719 الصادر بتاريخ 1984/07/09، م ق، عدد3، 1989، ص 51، قرار المحكمة العليا رقم 43719 المؤرخ في 984/07/09، م.ع.غ.أ.ش، م.ق. 1989، عدد 3، ص 50.

(4) كما عرفت محكمة النقض المصري مرض الموت بـ: «المرض الشديد الذي يغلب فيه الهلاك، والذي ينتهي بموت المريض»، وعرفته محكمة التمييز العراقية بـ: «إن مرض الموت يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة الأولى من القانون المدني، وهو الذي يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت وان طالته مدته أكثر من سنة وهو على حال واحد

كما لم يشير إلى إشتراط عنصر فترة حدة المرض الذي أشارت إليها المادة 408 من القانون المدني في صياغتها باللغة الفرنسية بقولها: « Dans la periode aigu de la maladie qui a entraire la mort », بينما النص العربي لم يشترط هذا الشرط.

والأصل أن مرض الموت في الجسم لا يؤثر في عقل الإنسان ولا يتناول أهلية الوجوب أو الأداء بالزوال أو النقص لأن مناط الأولى الحياة، ومناط الثانية العقل والتمييز، والمريض المذكور متمتع بالحياة وبالعقل والتمييز، إلا إذا تأثر عقل الإنسان بسبب المرض أو بسبب آخر فتطبق على المريض أحكام عديم العقل و ناقصه تبعا لخطورة آفة العقل رغم أن بعض الفقه رأوا أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية وأن المريض مرض الموت يعد محجورا عن بعض التصرفات الضارة بورثته ودائنيه¹.

ومع هذا فقد قرر جمهور الفقهاء أحكاما إستثنائية للمريض مرض الموت في بعض تصرفاته سواء كانت معاوضة أو تبرعا، وإعتبروا مرض الموت سببا للحجر على المريض في كل ما يضر بدائنيه وورثته، ويرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض.

=فإن تصرفات المريض كتصرفات الصحيح، وإذا بحثنا في القضاء الفرنسي لوجدنا فيه كثيرا من الأحكام المعبرة عن مدى صعوبة وضع تحديد حاسم لمرض الموت بالرغم مما بين تلك الأحكام من تناقض، في حين نجد المشرع الفرنسي لا يعرف مرض الموت لأنه حفظ لبعض الورثة حصة تدعى بالحصة المحفوظة، قرار محكمة التمييز العراقية رقم 289/هئية عامة 1973 في 1974/4/20 منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الرابعة، وزارة العدل 1974، ص 198، أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها في الشرع الاسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد 3، السنة الاولى، جمهورية مصر العربية، 1931، ص 383.

(1) عوارض الأهلية هي: الجنون، العته، السفه، الغفلة، منصوص عليها بالمواد 42، 43 من القانون المدني، والمادة 85 من قانون الأسرة، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، هامش رقم 81، ص 41، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، هامش رقم 283، ص 122، فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 383.

من التعريفات السابقة يمكن أن نعرف مرض الموت بالمرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً أو المرض المخوف الذي يتصل بالموت أو الذي يغلب فيه الهلاك، ومن ثم الخوف من الهلاك هو الدافع الذي يحمل المريض على تصرفات تؤدي في الغالب إلى الإضرار بمصالح الورثة أو الدائنين الأمر الذي يوجب على المشرع التدخل لتقييد تصرفاته، فالعبرة بالحالة النفسية التي تولدت لدى المريض بسبب المرض الذي قضى على حياته¹. هذه هي حالة اليأس من الحياة حيث تنعدم قيمة الأشياء في نظر هذا المريض ومنها المال الذي لا تعود له أي قيمة عنده ولذلك يسهل التأثير عليه فيما يتصل هو نفسه بهذا المال بل قد يعتمد إلى تبذير أمواله بتصرفات ضارة فهو لا يخشى المستقبل لأن الأجل لن يطول به ولذلك نراه يهبها أو يبيعها الآخرين بغبن فاحش قاصداً بذلك محاباة المشتري أو الموهوب له.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل النصوص القانونية المشار إليها سابقاً سواء في القانون المدني وقانون الأسرة كفاية لضبط مرض الموت وكذا تصرفات المريض مرض الموت في ظل المستجد من النوازل، وخاصة ما نعشيه في وقتنا الحاضر من تفشي جائحة كورونا (كوفيد 19)، والتي أثرت على مناحي الحياة إقتصادياً وإجتماعياً وسياسياً وحتى قانوناً، والمريض يتعامل في كل المجالات التي تدخل في دائرة القانون مهما كان هذا التصرف سواء بيع أو هبة أو غيره من التصرفات القانونية².

فإذا كان القانون المدني والمقارن نظم وقيد تصرفات المريض مرض الموت، فإن هذه القوانين لم تنظم الطبيعة القانونية لكوفيد 19 ولم تعطه التكييف القانوني الذي يستحقه، طبعاً يمكن القول أن هذا المرض جديد ولم تعرفه البشرية من قبل، لكن الواقع الذي نعشيه نجد أشخاص مصابين بمرض كوفيد 19 ويقومون بتصرفات قانونية تكسب حقوقاً، فأبي نظام قانوني ينظم هذه التصرفات الصادرة من الشخص المصاب، خاصة أن التقارير

(1) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 41.

(2) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 122.

الطبية بما فيها تقارير منظمة الصحة العالمية تؤكد بأنه مرض يؤدي إلى الموت لا محالة، وأبعد من هذا أن الشخص قد يكون مصابا به ولا تظهر أعراضه إلا بعد مرور مدة زمنية ليست بالقصيرة.

رابعاً: حالات يكون لها حكم مرض الموت.

ذهب الفكر الإسلامي إلى إلحاق بعض من الأصحاء بحكم المريض مرض الموت، بالرغم من عدم توافر المرض أصلاً، ولكن يجب على قضاة الموضوع تكييف المرض تكييفاً دقيقاً للقول أنه مرض الموت، وإستجلاء جميع الظروف والملابسات والقرائن الدالة على ذلك، مع تسبيب حكمهم تسبيبا واضحا حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها في إقتناع قضاة الموضوع¹، ذلك أن الوارث الطاعن عليه أن يثبت أن التصرف وقع في مرض الموت، حتى يستفيد بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت، وسريان حكم الوصية على التصرف².

كون الشخص قد يكون صحيحا ولكنه في حالة ما إذا غلب عليه الهلاك دون السلامة، فإنه حينئذ يأخذ حكم المريض مرض الموت في أي تصرف يقوم به³، لأن الخوف من الموت هو الغالب، كون المناط الذي كان سببا في شرع الأحكام المتعلقة بالمريض هو خوف المرض، فالأصحاء الأقوياء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت، ويغلب عليهم اليأس على الرجاء، والموت على الحياة، والهلاك على النجاة⁴.

(1) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 38.

(2) نفس المرجع، ص 38.

(3) نصت الفقرة الثانية من المادة 543 من القانون المدني الاردني على إن ه: «يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي تحيط بالانسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا»، وتتص الفقرة الثانية من المادة 505 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على إن ه: «يعد في حكم المريض مرض الموت الحالات التي فيها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا».

(4) رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 349.

وقد ذكر الفقه أمثلة كثيرة في هذا الصدد أهمها الأمراض المزمنة، والأصل أن الأمراض المزمنة أو الممتدة هي التي تستمر زمنا طويلا لا تعتبر مرض موت¹، والعلة تكمن في أن المرض إذا طال ولم يحسن منه الموت صار مرضا مزمنًا لا قاتلا بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره، ولم يعد هناك خطر داهم حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش، ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل، وتعتبر تصرفات المريض في مرضه الذي طال ولم يشدد ولم يتغير صادرة من صحيح القاعدة أنها لا تعتبر الأمراض المزمنة من الوهلة الأولى مرض موت²، إلا إذا اشتدت وطأته وغلب هلاكه ابتداءً من وقت التغيير، وإنتهى بالموت متصلا فهو في حكم المريض³، وفصل الخطاب في ذلك هو شهادة الأطباء عند الاختلاف⁴.

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

(1) الخبرة الطبية تأخذ بان مرض السكري ليس هو مرض الموت لأنه من الأمراض الشائعة والتي تلازم المريض عشرات السنين، قرار 408 / 1987، أساس 896، محاكم النقض، سورية، قاعدة 356، م. المحامون 1987، اصدار 11.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، ص ص 316، 318.

(3) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 35، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 131، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 7.

(4) أحمد ابراهيم بيك، التركة والحقوق المتعلقة بالميراث علما وعملا، الوصية، تصرفات المريض مرض الموت، ط 2، ص 1103.

جاء في رأي طبي: « أن حياة المريض بالإيدز قد تطول عشر سنوات أو أكثر صحيح أن نهايته - بحسب معارف اليوم - محتومة، وهي الموت إلا أنه كالمصاب بالسرطان يمكن أن يعيش سنين، من أجل ذلك لا ينبغي الحكم على تصرفاته على أنها تصرفات مريض مرض الموت إلا في مراحل النهائية، إلا أنه وفقا لقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية المؤرخ في 1994/07/09 فإن مرض الإيدز يعتبر مرض موت شرعا إذا اكتملت أعراضه وأعد المريض عن ممارسة الحياة العادية، وإتصل به الموت¹، كذلك يعتبر في حكم مرض الموت من قدم لتنفيذ حكم الإعدام، والجندي في ساحة القتال، ومن كان في سفينة وأشرفت على الغرق².

الفرع الثاني:

شروط مرض الموت وإثباته.

تبين لنا فيما تقدم أن التعاريف الفقهية أو القضائية قد تعددت حول تحديد معنى مرض الموت وأن القاسم المشترك بين معظمها عند شراح القانون هو الإنطواء على شروط لتحقق مرض الموت، لذا لا بد من تبيان شروط مرض الموت التي يمكن من خلالها إعتبار الشخص فيها مريضا مرض الموت وبالتالي فإن أي تصرف يصدر منه يكون له أحكام خاصة به، حيث تنثور العديد من التساؤلات من حيث ماهي الشروط التي تنطبق على المريض حتى نعتبره مريضا مرض الموت، وهل يكفي توافر أحد هذه الشروط، أم يجب أن تكون مجتمعة؟، ولا يكفي توافر هذه الشروط بل يجب إثباتها نظرا لأهمية ذلك وما يترتب عليه من آثار قانونية لذا نعرض شروط مرض الموت أولا، إثبات مرض الموت ثانيا.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص612، محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، صص72،73، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 131.

(2) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 36.

أولاً: شروط مرض الموت.

إن شروط مرض الموت إختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، فذهب الفقه المالكي إلى إعتدال ثلاث شروط وهو ما ذهب إليه الجمهور أيضاً لتحقق مرض الموت، في حين أضاف الفقه الحنفي شرط آخر لتحقق مرض الموت وهو مدة السنة حيث حددت مجلة الأحكام العدلية فترة مرض الموت بسنة في معرض تعريفها لمرض الموت¹، وبما أن الفقه المالكي هو الفقه المعتمد في الدولة الجزائرية، وكذا في القضاء الجزائري فإنه لازمنا علينا الإحتكام إلى شروطه، والتي نوضحها كالاتي:

1- المريض يعقد عن قضاء مصالحه.

هذا الشرط قال به الفقه الحنفي وهو عجز المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعماله المهنية إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذ كان المريض من الإناث، وليس واجبا ليكون المرض مرض موت أن يلزم المريض الفراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه.

(1) نص المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة 543 من القانون المدني على الاتي: «إن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح»، وهو امتداد مرض الإنسان لسنة لا أكثر يعد مرض موت لكن إذا امتد لأكثر من سنة وكان مرضاً متفاقماً أو متزايداً فإنه يعد مرض موت إذا إن تهى بالإنسان للوفاة، وهو رأي أخذت به مجلة الأحكام العدلية أيضاً يقدر المدة التي يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة، فإذا طال المرض المزمّن سنة دون إن يشتد لم يعتبر مرض موت، وإذا اشتد المرض بعد ذلك حتى إن تهى بالموت فعلا قبل إن قضاء سنة من اشتداده، اعتبر في هذه الفترة مرض الموت، وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أكثر أحكامه، عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص 38، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، 319، كما جاء في قرار محكمة التعقيب مدني عدد 11510 مؤرخ في 1985/12/31 على الاتي: «إذا طال المرض بصاحبه أكثر من سنة و لو كان مخوفا يلحق صاحبه بالأصحاء في تصرفاته»، وكذلك القرار التعقيبي مدني عدد 22149 مؤرخ في 2003/05/07: «يرى شراح القانون إن ه إذا امتد المرض و مضت عليه سنة و المريض على حال واحدة كان في حكم الصحيح و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله و يموت قبل سنة فيعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت».

على العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض فلا يعتبر في مرض الموت، فقد يصل الإنسان إلى سن عاتية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون يحتاج إلى من يعاونه عليها، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أوهنته¹، فهذا لا يكون مريضا مرض موت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء².

2- أن يغلب في المرض خوف الموت.

قد أعتبرت فكرة مرض الموت فكرة مرنة متطورة تختلف من زمان إلى آخر وفقا لتغيرات العصر وما يواكبه من إكتشافات طبية مختلفة، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولة أعماله المعتادة، ومثال ذلك الفشل الكلوي المزمن، ومرض الإيدز³،.....، فذهاب المريض إلى المحكمة أو إلى عيادة الطبيب لا ينفي أن مرضه مرض موت طالما توافرت فيه غلبة الهلاك، وعليه فإن المعيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الإعتقاد لدى المريض بدنو الأجل من عدمه⁴.

(1) الشيخوخة لا تعتبر مرض الموت، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان حتى وان وصل الإنسان إلى سن متقدمة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، وتبقى تصرفاته تبعا لذلك مثل تصرفات الأصحاء، إما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الانسان شيخا أو شابا، وينتهي بالموت بحيث يشعر المصاب معه بقرب إن تهاء أجله، إيااد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص ص 520،521.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، ص ص، 314، 315.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، دمشق، الجمهورية السورية، دار الفكر، 1985، ص 612، محمد أحمد البديرات، مدى إعتبار مرض الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المجلد اثنان وعشرون، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة جرش الأهلية، المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة جامعة جرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2006، ص ص 72،73، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 131.

(4) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 38، حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 108.

يبدو أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه، لا يغني عن الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت، ولكن هل يغني الشرط الثاني عن الشرط الأول؟.

هناك رأي من الفقه يذهب إلى أنه يغني الشرط الثاني عن الشرط الأول، فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه، وهناك رأي آخر يستبقي الشرطين معا ويجعل الأصل فيما هو أن يغلب في المرض خوف الموت، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه العلامة مادية التي تشعر المريض بأن المرض يتهدهه بالموت.

يغني عن هذه العلامة المادية أي علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور، فمتى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافيا ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه، ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يكفي أن يغلب في المرض خوف الموت بل يجب أيضا أن يشعر المريض بذلك، وعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضعاً مادياً يدل على شعوره بذلك.

هذا الأمر قد لا يقره الواقع العملي والعلمي لأن هناك حالات مرضية كثيرة في وقتنا الحالي تأخذ وقتاً طويلاً وهناك حالات مرضية تأخذ فترة قصيرة وهذه الحالات تختلف حسب نوع كل مرض، وهذا الإتجاه سارت على نهجه بعض القوانين الوضعية¹.

3- أن يعقب المرض الموت مباشرة.

يجب أن ينتهي المرض بالموت فعلاً، فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت ولكنه مع ذلك برىء منه، وكان قد تصرف في ماله أثناء

(1) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 38، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، 319.

المرض، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأوصياء¹، سواء كان الموت بسبب المرض أو بسبب آخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق أو تصادم أو غير ذلك².

مفاد ذلك أن الموت إذا اتصل بالمريض كان التصرف الذي أبرم خلال المرض قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل أو الموت حرقاً أو غرقاً³، ومعنى هذا أن لا يشترط في مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حاجته أو أن يؤثر هذا المرض في قواه العقلية أو أهليته⁴.

وهذا ما ذهب إليه الفقه المالكي، وأيديه قرار المحكمة العليا رقم 33719 الذي جاء فيه: «المبدأ متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد العامة الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص»⁵.

في نفس السياق جاء في قرار رقم 87/1960 محكمة التمييز الحقوق الأدرنية الآتي: «... يشترط لإعتبار المريض مرض الموت توافر ثلاث صفات هي العجز عن العمل، وغلبة الموت من المرض، وإنتهائه فعلاً بالوفاة، وتحديد هذه النواحي يرجع فيها

(1) جاء في قرار محكمة النقض السورية الدوائر المدنية رقم 1241 المؤرخ في 2000 الآتي: «وان امتداد المرض الذي توفي فيه المورث لأكثر من سنة وان الفراغ تم عندما كان المورث بوضعه الصحي المستمر وأن المرض لم يشتد إلى بعد العقد فإن مؤدى ذلك إن هذا المرض لا يعتبر مرض موت بحسب الأحكام الفقهية»، أساس 1580، قاعدة 293، مجلة المحامون 2002، اصدار 11 و 12.

(2) الموسوعة الفقهية، مرض الموت، ماهرة، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الاولى، دولة الكويت، مطابع دار الصفاة، 1997، ص 6.

(3) محمد زهدور، المرجع السابق، ص 40.

(4) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 437.

(5) قرار المحكمة العليا رقم 33719 المؤرخ في 1984/07/09، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 3، ص 51.

إلى تقرير الطبيب المختص وما يقرره من شأن نوع المرض الذي يغلب فيه الموت والى ظروف كل دعوى وتقدير المحكمة»¹.

لكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب، وتبقى هذه الشروط خاضعة للمعيار الشخصي، فالمرض يختلف من شخص لآخر وكذا نوعيته.

ثانياً: إثبات مرض الموت.

إثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقاً وأكثرها حيوية نظراً لأهميتها في حماية دائني ورثة المريض مرض الموت وفي حماية الموصى له، إذ كثيراً ما تتوقف عليه نتيجة الدعوى بالسلب أو الإيجاب²، وعليه نجد أن المشرع الجزائي ورغم أنه لم ينص على تعريف مرض الموت في التقنين المدني³.

(1) قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم 87/1960 مجلة نقابة المحامين الاردنية، السنة 1960، ص 90، جاء في قرار محكمة التمييز الاتي: «إن المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية تشترط لاعتبار المرض مرض موت إن يبقى المريض داخل بيته ويعجز عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره وهذا الشرط لم يتوفر في هذه القضية لأن البيئات التي قنعت بها محكمة الموضوع تثبت إن البائع كان حين البيع يمارس أعماله ويرعى مصالحه خارج داره طلية السنة التي سبقت وفاته»، قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم 771/1982، مجلة نقابة المحامين الاردنية، السنة 1982، ص 425.

(2) حبيب ادريس عيسى، عباس زعيون العبودي، اثبات مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين، المجلد الرافدين، العدد 9، السنة 18، جمهورية العراق، ص 281.

(3) إما التقنين المدني العراقي قد خلا هو الآخر من أي نص يشير إلى اثبات مرض الموت فترك ذلك للقواعد العامة في الاثبات إذ لا يمكن اثبات المرض من خلال العلامات الظاهرة دون الاستناد والاستعانة برأي الخبراء وهذا ما أشار إليه قانون الاثبات العراقي النافذ، وفي نفس السياق نص المشرع المصري على اثبات مرض الموت قائلاً بأن: «على ورثة من تصرف إن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم في مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند الدائم إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً».

يعد مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً¹، منها البيئة والقرائن والشهادات الطبية الدالة حول وضعية المريض في أيامه الأخيرة التي أعقبها الموت، حيث يمكن للقضاء الإستعانة بالأطباء المختصين الذين يعالجون المريض نفسه خلال مرضه².

وتنهض الشهادات الطبية دليلاً قوياً لا سيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة لذلك، على أساس أن الطبيب مختص ومؤهل للقول في مثل حالات المرض، ويقع عبء الإثبات طبقاً للقواعد العامة في الإثبات على المدعي وعلى الورثة أو الدائنين أو من له مصلحة في الطعن.

وقد علق الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري على هذا قائلاً: «ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومنها القرائن، وأكثر من يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، كذلك يثبت بشهادة الشهود، وبتقصي شهادة الشهود في أيامه الأخيرة، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض»³، وذلك اعتماداً على مبدأ حرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وهو ما أنتجه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني.

لكن التطور الهائل الذي وصل إليه التقدم العلمي كشف لنا عن أدلة جديدة تصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية والوقائع المادية ولا شك أن ترك هذه الوسائل الحديثة من دون تنظيم يعد من أهم المشكلات التي تواجه القضاة في المنازعات التي تقع بين

(1) قرار محكمة النقض السورية رقم المؤرخ في 1980 جاء فيه: «إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون فإن حصول التصرف في مرض الموت مسألة واقع تستخلصه محكمة الموضوع و لا رقابة عليها لمحكمة النقض متى كان قضاءها مبنياً على أسباب سائغة، إن اختلاف القيمة الحقيقية عن القيمة التي حددها عقد البيع لا يدل على صورة العقد، أساس 489، قاعدة 2027، القانون المدني ج 1 إلى ج 9، استانبولي.

(2) حبيب ادريس عيسى، عباس زعبون العبودي، المرجع السابق، ص 282.

(3) رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 351.

الأفراد، ومن وسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني (التصرفات القانونية الإلكترونية، شريط الكاسيت، المخاطبة الهاتفية، التلكس، الفاكس،...)، وبهذه الوسائل يستطيع أن يقوم المريض مرض الموت بكافة التصرفات القانونية وهو في منزله.

كذلك يمكن ندب خبير بعد الدفع من قبل صاحب المصلحة أو الإستماع إلى شهادة الطبيب المعالج، وغالبا ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى، وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراء تحقيق، غالبا ما يتم هذا بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفى في آخر أيامه، وعليه فإن وقوع التصرف حال مرض الموت، أو حال إشتداد المرض وإنتهى إلى الموت من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، على أن يبين نوع المرض ويقوم بحكمه على أسباب مسوغة¹.

وهو ما إعتمده المحكمة العليا في قراراتها حيث تضمن أحد قراراتها الآتي: « تنص المادة 204 من ق أ من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض الخيفة تعتبر وصية، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوة الطاعنين رغم ثبوتها بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف وبأن الهبة كانت في مرض الموت فإنهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه».

قضت أيضا في أحد قرارات المحكمة العليا، قرار رقم 106193 الاتي: « حيث أن تقدير حالة إبرام البيع في مرض الموت يدخل في إطار سلطة قضاة الموضوع التقديرية ما داموا قد أسسوا حكمهم على أسباب سائغة،... ثبت من الملف وخاصة من الشهادات الطبية الأولى...، حيث يتضح من هذا أن قضاة المجلس إستندوا في قرارهم المتظلم منه على أساس قانوني سليم ولم يخطئوا في تطبيق القانون لا سيما المادة 408 مدني التي تتعلق

(1) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 38.

بالبيع في مرض الموت بل أنهم طبقوا هذه الأحكام تطبيقاً سليماً، ولهذا فإن الوجه المثار غير منتج ويترتب على ذلك حينئذ رفض الطعن لعدم تأسيسه»¹.

كما نص قرار المحكمة العليا رقم 197335 على الآتي: «... إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها...»².

بل قد يلجأ قضاة الموضوع إلى القرائن في ذلك كأن يوثق العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ويشهر بعد الوفاة وتنتقل الملكية نقلاً تاماً³، ويقع عبء الإثبات طبعاً على الورثة إن تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت عملاً بالفقرة الثانية من نص المادة 776 من القانون المدني التي جاء فيها: «وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً».

فتاريخ التصرف العرفي يكون حجة على الورثة كما هو حجة على مورثهم، فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخياً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم، ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في

(¹) قرار رقم 106193 المؤرخ في 1994/01/05، غير منشور.

(²) قرار المحكمة العليا رقم 197335 المؤرخ في 1998/06/16، المجلة القضائية لغرفة الاحوال الشخصية، عدد 1، 1999، ص 119.

(³) فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار منشأة المعارف، 1992، ص 120، إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 525، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 61.

مرض موته، فإذا أثبتوا ذلك ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشا وواقعة مادية أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف¹.

لكن الفقه قد اختلف في الوقت المعتبر في تعيين صفة الوارث، هل هو وقت وفاة البائع أم وقت البيع؟، هناك رأي يرى بأنه يجب إعتبار صفة الوارث في وقت البيع لأن القانون نفسه إعتبر ذلك الوقت لمعرفة إن كانت قيمة المبيع لغير الوارث تزيد على ثلث مال البائع أم لا، رأي ثان يرى إعتبار صفة الوارث وقت وفاة المورث، فمن لم يكن وارثا وقت المبيع وأصبح وارث وقت موت المورث يعتبر وارثا في هذه الأحكام أي يصبح له حقا في التركة بعد وفاة مورثه ما دام لم يحرم من هذا الميراث بالطرق التي حددها القانون لحرمانه كقتل المورث مثلا².

فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد البيع مولودا ذكرا أعتبر الإبن وارثا ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع، كذلك تقدر قيمة المبيع لمعرفة نسبة الثمن إليها وقت الموت لا وقت البيع³.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، ص 322.

(2) عرف الجمهور التركة بأنها ما يتركه الميت بعد موته من أموال وحقوق مالية أو غير مالية و سواءا تعلقت بعين التركة كالديون الموثقة كالرهون مثلا أو بذمة الميت كالديون الشخصية، وحتى لا يحرم المستحقين أو يؤثر بعضهم على بعض الزيادة التي تقرها الشريعة فقد تولى الله بنفسه توزيع التركة على المستحقين بالعدل والحق والمصلحة التي يقدرها وحده من دون سواه سبحانه وتعالى، أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون المقارن، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 57، سعاد إبراهيم صالح، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، جمهورية مصر العربية، دار الضياء، 1991، ص 180.

(3) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1987، ص 315، صاحب عبيد القتلاوي، المرجع السابق، ص 221، 222، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 87، فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 386.

في حين يرى الأستاذ محمد حلمي أن يعمل بالرأيين بحسب ظروف الأحوال، فإن تبين أن البائع كان يقصد الإحلال بالتوريث وإيثار بعض الورثة رد على المورث قصده وأعتبرت الصفة وقت الموت وإلا فلا.

ثالثا: تعريف الوصية.

إختلف الفقهاء في تعريف الوصية ولهذا سنتطرق إلى تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية، ثم تعريفها في التشريع الجزائري.

1- تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية.

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية حيث عرفوها كما يلي:

1-المالكية: عرفت الوصية بأنها هبة الشخص ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أم لم يصرح.

2-الحنفية: عرفت الوصية بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع.

3-الشافعية: عرفت الشافعية الوصية بأنها تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت ولو تقديرا.

4-الحنابلة: فقد عرفوها على أنها تبرع بالمال إلى ما بعد الموت¹.

2- تعريف الوصية وفقا للمشرع الجزائري.

نظم المشرع الجزائري الوصية في المواد من 184 إلى 210 في الفصل الأول تحت عنوان الوصية في الباب الرابع المتعلق بالتبرعات، حيث عرفها في المادة 184 من قانون الأسرة كالاتي: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، ثم جاءت المادة 185 من نفس القانون محددة الجزء الموصى به من التركة ووضحت حكما لما بقي من

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص ص، 11، 12.

التركة، فقالت: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة»¹.

إن المقصود بكلمة "تمليك" الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء كانت منقولا أو عقارا أو بالدفع تسكن الدار أو زراعة الأرض²، والمراد بعبارة مضاف إليه ما بعد الموت إن أثر التصرف الذي تم في حياة الوصي لا يترتب إلا بعد موته، من ثم يخرج من نطاقها التصرف في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة، أما المقصود بكلمة "التبرع" فهو أن الوصية تتم دون عوض بإعتبارها مال أوجبه الموصى في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا يأخذ الموصى مقابلا لوصيته³.

والملاحظ من هذا التعريف أن المشرع الجزائري حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط ذلك أن الوصية تشمل بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات تكاليف معينة، كالإبراء من الدين، وتأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من جهات كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجيء ونحوها، وليس الوصية للأشخاص المعنيين بالإسم أو الوصف فقط⁴.

(1) تعتبر الوصية أحد طرق اكتساب الملكية بسبب الوفاة، حيث تنتقل الملكية فيها بمجرد وفاة الموصى، فإن القانون فرض بشأنها بعض الاجراءات التي تهدف إلى التحقق من قبول الموصى له للوصية بعد وفاة الموصي، بغرض تثبيت ملكية الموصى له في ذمته، ومن ثم تمكينه من جميع سلطات المالك، وتختلف هاته الاجراءات بحسب نوع الموصى به، والذي قد يكون إما حصة معينة ومقررة في كل تركة الموصي، أو حصة شائعة في كل التركة أو في جزء منها، نوال بن نوي، اجراءات تثبيت الملكية بالوصية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، ص 41.

(2) نسيمه شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2012، ص 120.

(3) عرفت الوصية قبل الاسلام، غير إن ها لم تكن مقيدة، وكذلك كان الشخص يعطي ماله لمن يشاء عن طريق التحالف أو التبني أو الوصية، للبعيد أو القريب، فقد تكون الوصية لاقرب الناس إلى الموصي وأحقهم ببره واحسانه، بل قد تكون بكل أمواله أو ببعضها إلى أشخاص لا تربطهم به أي رابطة سوى حب الافتخار والنظائر، يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الاسلامي، القاهرة، الجمهورية العربية المصرية، دار النهضة العربية، 1993، ص 338.

(4) نسيمه شيخ، المرجع السابق، ص ص، 180، 181.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 116375 بالآتي: «من المقرر قانوناً أن الوصية هي تملك يضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدمة على التركة. ولما كان النزاع الحال يتعلق بقسمة تركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية، فإن قضاء الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك، إستناداً للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها. ولا يمكنهم أبدا القول بأنها نفذت مع القسمة ولأحكام الشريعة الإسلامية، مما يعرض قضائهم للنقض»¹.

كما قضت في قرارها رقم 74249 بالآتي: «من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد وإستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبق وفاة أحد الممتلكين (الأب أو البنت)، فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير فريضة وحصر مخلفات المتوفي طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»². قضت أيضاً المحكمة العليا في قرارها رقم 166090 الآتي: «من المقرر قانوناً أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة...»³.

(¹) قرار رقم 116375 المؤرخ في 1995/05/02، م.ع.غ.أ، م.ق. 1996، ص 108، لم يعرض المشرع الجزائري لإجراءات نقل الملكية بالوصية في قانون الأسرة خلاف ما فعله في باقي أسباب نقل الملكية كالبيع مثلاً أين فصل إجراءاته، وهو فراغ قانوني يستوجب الاستدراك مستقبلاً توحيداً للعمل ودرء للاختلاف الذي وضع فيه الباحثون والمطبقون من قضاة موثقين بسببه، نوال بن نوي، المرجع السابق، ص 41.

(²) قرار رقم 74249 المؤرخ في 1991/05/28، م.ع.غ.أ.ش، م.ق. 1993، عدد 2، ص 28.

(³) قرار المحكمة العليا رقم 166090 المؤرخ في 1997/07/29 - م.ع.أ، ا.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 298.

وقضت في قرارها رقم 40651 بالآتي: « من المقرر قانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة»¹. كما أن الوصية لا تكون للوراث وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 179555 الذي نص على الآتي: « لا وصية للوراث، وإن كانت بوجه الهبة، فهي لا تصح إلا بالحيازة، خصوصا وأن التركة لا تفتح إلا بعد موت المورث، وهذه القسمة المزعومة غالبا ما تكون بدافع المحاباة وتفضيل أحد الأبناء على الآخرين، وهو منهي عنه شرعا لتجنب الأحقاد بين الإخوة، وعليه فالوجهين مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس»². أما فيما يخص إثبات الوصية فقد قرار المحكمة العليا ذلك إذ قضى بالآتي: « من المقرر في الشريعة الإسلامية إن الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية وأنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات»³.

المطلب الثاني:

حكم تصرفات المريض مرض الموت.

بعد أن أخذنا لمحة عامة عن مرض الموت وتعرفنا على أحكامه لكي يتسنى لنا التطرق إلى حكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كانت تصرفات معاوضة أو تصرفات تبرعية، كون المريض مرض الموت قد يقوم بتصرفات يكون القصد منها إخفاء التصرف الحقيقي، هذا التصرف يعتبر تصرفا ماليا لكن القصد منه التبرع، وعليه إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حكم بيع المريض مرض الموت (فرع أول)، حكم وقف المريض مرض الموت (فرع ثان).

(1) قرار المحكمة العليا رقم 40651 المؤرخ في 1986/02/24، م.ع.غ.أ.ش، غير منشور، أيضا قرار المحكمة العليا رقم 166090 المؤرخ في 1997/07/29، ا.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 298.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 179555 المؤرخ في 1998/03/17، ا.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 341.

(3) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1969/04/30، م.أ، ج1، ص211/ن.ق، 1970، أكتوبر-ديسمبر، ص 45.

الفرع الأول:

حكم بيع المريض مرض الموت.

إن من بين التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت البيع، كونه تصرف ذو صفة تعاقدية، قد يحدث أثرا على حقوق الأشخاص المرتبطة بالمريض، سواء ورثة أو الدائنين مما أثار جدلا فحواه يكمن بين الإجازة والمنع وما فيهما من حجج، وعلى هذا الأساس فقد نظم كل من الفقه والتشريع الجزائري الأحكام التي تعالج هذا التصرف في حالة مرض الموت، لذا سنحاول التطرق لكل ما يمكن إعتباره حكما فقهيا أو تشريعيًا نوضحه كالآتي:

أولاً: تعريف عقد البيع.

نظم المشرع الجزائري عقد البيع في القانون المدني، في الباب السابع تحت عنوان العقود المتعلقة بالملكية في الفصل الأول بعنوان عقد البيع، القسم الأول فنصت المادة 351 منه على الآتي: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي»¹.

يستخلص من التعريف السالف الذكر أن البيع عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقدياً²، ويستخلص منه أيضا أن البيع عقد معاوضة فالبايع يأخذ الثمن مقابلا للمبيع

(1) يقابل هذا النص في التقنينات العربية الاخرى المادة 386 من القانون المدني، المادة 407 من القانون المدني، المادة 372 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 20.

(2) لا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء لغلبة الدور الذي يقوم به المشتري، إما التسمية الغالبة في القوانين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع، لأن أحد البدلين وهو البيع يكون عينا معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم، وتتغلب ذاتيتها على الثمن الذي دين في الذمة، كذلك يبرز في خصوص المبيع المدين ينقل ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري، كما برز الالتزام على الحق الشخصي فاقصرنا على لفظ الالتزام، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 21.

والمشتري يأخذ المبيع مقابلا للثمن، والبيع عقد رضائي، إذ لم يشترط القانون لإنعقاده شكلا خاصا فهو ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين، وأخيرا فقد البيع عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاما في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص.

ثانيا: خصائص عقد البيع.

رأينا في تعريف عقد البيع أهم خصائصه هو ناقل للملكية، حق في مقابل عوض نقدي، فهو إذن عقد معاوضة والثمن فيه نقد، وهذه الخصائص وحدها تكون كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود، فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلا، الذي هو أيضا ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعا، وكونه ناقلا للملكية يميزه عن عقد الإيجار، الذي لا ينقل للمستأجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرتب حقا شخصيا في ذمة المؤجر للإنتفاع بالعين، وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة¹.

ثالثا: تحول بيع المريض مرض الموت إلى وصية².

لقد نظم المشرع الجزائري في القانون المدني في الباب السابع، الفصل الأول في القسم الثاني تحت عنوان أنواع البيع، بيع المريض مرض الموت في المادتين 408، 409 منه، فجاء في المادة 408 الآتي: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، ط 3، المرجع السابق، ص 24.

(2) هناك فرق بين البيع والوصية، فالوصية تعرف عادة بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، إذا كانت الوصية تشبه البيع من ناحية كونها تصرف ناقلا للملكية فانها تختلف عنه من عدة وجوه، فبجانب إن ها تصرف بالارادة المنفردة وليست عقدا، فهي تختلف عنه أيضا في إن ها لا تؤدي إلى إن تقال الملكية في الحال، بل بعد وفاة الموصي، فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، كما إن ها تؤدي إلى إن تقال الملكية يغير مقابل، فالوصية من أعمال التبرع، وذلك بخلاف البيع فهو عقد معاوضة يعتبر الصمن من عناصره الأساسية، رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 360.

يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال»¹.

في البداية نورد رأي الأستاذ علي علي سليمان في الصياغة اللفظية للمادة المذكورة أعلاه حيث يرى أن تعبير "غير مصادق عليه" غريب عن أحكام القانون المدني، بل هو مصطلح غير قانوني لم تأت به جل التشريعات، أما النص الفرنسي فإنه يبني أساس قابلية الإبطال إلى عيب شاب الرضا²، والإشكالية تطرح في معرفة مصدر هذا العيب.

لهذا يعد تطبيق هذه المادة يثير إشكالات قانونية كثيرة يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي وفي الأساس بين القانون المدني وقانون الأسرة، ولا يقع تطبيق المبدأ المعمول به القانون الخاص يقيد القانون العام حائلا ليلافي هذا التناقض ولأجل هذا يعتبره فقهاء القانون الخاص نسا معيبا.

أما بالنسبة لبيع المريض فعند الرجوع إلى نص المادة نرى أن المشرع الجزائري قد جعل البيع لغير وارث في مرض الموت قابلا للإبطال ما لم يكون مصادق عليه³، ونجد أن هذه الفقرة تتسم باللبس والغموض أيضا فلم يبين المشرع الجزائري هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة؟.

(1) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 19 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر رقم 02-05 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2005، ج رع 15، ص 18.

(2) Art: 408 /2: « La vente consentie, dans les memes conditions, a un tiers est presumee avoir été faite sans consentement valable et ce fait est annulable ».

(3) رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 359.

كما لم تبين من له الحق في الإبطال، ولما كان حق الإبطال مقرر لمن شرع لمصلحته وحده، وفي حالتنا هذه هو المريض مرض الموت ولن يستطيع ذلك لوفاته، إذن فإن الإبطال غير ممكن بالنسبة إليه فلم يبق إلا الورثة الذين لهم حق ذلك¹.

بما إن الذي لديه الحق في الإبطال له أيضا الحق في الإجازة أو التنازل عن الإبطال، فإن تصرف المريض مرض الموت يكون معلقا على إجازة الورثة، وعلى ذلك يستوي أن يكون التصرف لوارث أو للغير، وهذا يحلينا بطريقة غير مباشرة إلى المادة 408 من القانون المدني التي نصت على: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

يبدو أن المشرع فرقا نظريا بين البيع لوارث والبيع للغير وارث لكن عمليا مهما كان المشتري سواء وارث أو غير وارث فإن البيع يكون معلقا على إجازة الورثة²، فجعلت صحت البيع في الحالة الأولى متوقفة على إقرار بقية الورثة³، أما في الحالة الثانية فجعلت

(1) القانون الفرنسي لا يعرف الا بطلان التصرفا الصادرة من المريض في مرض الموت لصالح الاطباء والجراحين والصيدالة الذين يباشرون علاجه، وكذلك تبطل تصرفاته الصادرة لرجال الدين (م 909 مدني فرنسي)، نفس المرجع، ص 353.

(2) حدد المشرع العراقي نصاب الوصية بثلث التركة سواء في ذلك أكان الموصى له وراثا أو غير وارث، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 1108 من القانون المدني بقولها: «تجوز الوصية للوراث وغير الوراث في ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث الا باجازة الورثة»، الملاحظ إن المشرع العراقي لم يفرق في حالة مرض الموت بين ما إذا كان البيع تم لوراث أو غير وارث، وعلى هذا الأساس إذا أقدم المريض على بيع شيء ما من أمواله، لأي شخص سواء كان من ورثته أو من الغير وكان هذا البيع فيه محاباة، فالبيع صحيح ونافذ إن كانت المحاباة في حدود ثلث التركة أو أقل منه ويكون صحيحا لكنه لا ينفذ في حق الورثة الا بعد اجازتهم إن كانت المحاباة تزيد على ثلث التركة، لان البيع يكون في حكم الوصية، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، 446.

(3) على خلاف المشرع المصري الذي حسم هذه المسألة فنصت المادة 477 من القانون المدني المصري على: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة، داخلا في المبيع ذاته. إما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة الا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين».

البيع قابلا للإبطال إما لأنه غير مصادق عليه كما جاء في النص العربي، وإما لعيب في الرضاء كما جاء في النص الفرنسي.

بالإضافة إلى أن النص في النسخة الفرنسية أورد شرط لم يتضمنه النص العربي فإشترط أن يتم البيع في فترة حدة وإشنتاد المرض، في حين أن هذا الشرط لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية وهي مصدر حكم البيع في مرض الموت، وأضاف النص الفرنسي عبارة لم ترد في النص العربي إذ تقول: «يعتبر العقد قد حدث دون رضاء أو موافقة صحيحة»¹.

كما لم يبين المشرع الجزائري سواء بالنسبة للتصرف في مرض الموت المنصوص عليها في المادة 776 من القانون المدني التي جاء فيها: «كل تصرف قانوني يصدر 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»²، ولا في المادة 408 من القانون المدني³، التي لم تبين سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت أهي عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة فالنصوص جاءت غامضة؟.

(1) Art :408 « La vente consentie par un malade, dans la periode aigue de la maladie qui a entraine sa mort, a un de ses heritiers n'est valable que si elle est ratifiee par les autres heritiers. La vente consentie, dans les memes conditions, a un tiers est presumee avoir été faite sans consentement valable et ce fait est annulable ».

(2) الوصية في الفقه الفرنسي أو حق الايضاء اعتبر حقا تقديريا، أي خاضعا لمحض تقدير الموصي يتصرف فيه كيما يشاء ولا مسؤولية عليه في استعماله، ولو تمحض للاضرار بالورثة، ويبرر ذلك عادة بأن حق الايضاء هو التعبير أو المظهر الاسمي للشخصية الانسانية، مما يجعله حقا مقدسا، خاصة وأن رقابة القضاء لا يتصور فرضها في شأن تصرف بالإرادة الأخيرة للشخص قبل وفاته، لأن صاحب هذه الإرادة لم يعد موجودا للدفاع عن تصرفه، فيجب إذن إن توفر قداسة معينة لإرادة من ماتوا، ترفعها عن مجال الجدل والرقابة، رايح بن غريب، المرجع السابق، ص 367.

(3) هذه المادة تقابلها في التقنينات العربية المادة 477 من القانون المدني المصري، والمادة 466 من القانون المدني الليبي، المادة 445 من القانون السوري، والمادة 411 من القانون المدني السوداني.

إلا أن الفقه عارض هذه المسألة حيث يوضح الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري ذلك قائلا: «... فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته، فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته بل ولا تنتقص هذه الأهلية، فما دام حيا محافظا لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة في حياته، ولو وقع أن المرض أفقده التمييز، فإن التصرف الذي يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلا لإنعدام التمييز، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفا غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت. وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض»¹.

كما أُلح أيضا الأستاذ علي علي سليمان على ضرورة إعادة النظر في نص هذه المادة، من أجل ذلك تم إقتراح تعديل صيغة المادة 408 المنتقدة على النحو الآتي: «إذا باع المريض مرض الموت لوarith أو لغير وارث، فلا يكون البيع نافذا في حق الورثة إلا إذا أقروه»، وبهذا يستقيم التعديل ويتفق حكم القانون المدني مع حكم قانون الأسرة، وإذا كان التقنين المدني لم يبين المدة التي يجب خلالها رفع دعوى الإبطال لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن².

يعد عقد البيع من أهم العقود الواردة على الملكية على الإطلاق من الناحيتين التشريعية والعملية، والمريض مرض الموت كقاعدة عامة غير ممنوع من التصرف معاوضة في ماله ما دام بثمان المثل لعدم وجود الضرر لكن المريض قد يبيع أو يشتري بغبن فاحش عندئذ يختلف الحكم، لكن الغالب أن البيع في مرض الموت يعتبر وسيلة للتحايل على قواعد الأنصاء والوصية³.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 323.

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

(3) الشريعة الإسلامية تفترض دائما الوصية في تصرفات المريض مرض الموت وقد استمد القانون الوضعي منها أحكام هذه التصرفات، حيث إن الوارث عليه فقط إثبات مرض الموت، ويترتب عليه حتما افتراض الوصية بغير تقديم الدليل

فقد يتحايل الناس على قاعدة عدم نفاذ الوصية فيما زاد على الثلث إلا بإقرار الورثة، وكثيراً ما يكون عقد البيع هو الوسيلة إلى هذا التحايل، فيلجأ الطرفان إلى إظهار التصرف بمظهر البيع فيذكر في العقد ثمن صوري¹، لم يلتزم به المشتري في الحقيقة ويعملان في الوقت نفسه على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية، في هذه الحالة يحتفظ البائع بالحق في الإنتفاع بالعين المبيعة طوال حياته، بل وقد يشترط أيضاً منع المشتري من التصرف إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة، والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف.

لكن بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه إذا تم البيع دون ثمن أصلاً أو تم بمقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفة المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر الثمن منعدماً وبالتالي يبطل العقد وعليه تسري على البيع أحكام المادة 776 من القانون المدني لإعتباره تصرفاً تبرعياً لإفترض المشرع وجود تحايل. وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا رقم 74249 المؤرخ في 1991/05/28 بالآتي: «من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته وإستثنى لنفسه بطريقة ماحيضة الشيء المصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

=عليها، ويرون قبول الدليل على عكسها فحالة مرض الموت ليست حالة استثنائية بل هي تطبيق للقواعد العامة، وهي إن الوصية يجب إن تأخذ حكمها مهما حاول المورث سترها بإعطائها أي اسم آخر ووضعاً في صورة تصرف منجز حال الحياة فمثل هذه التصرفات لا يملك الورثة حق الطعن فيها، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 80. (1) أشار إلى ذلك قرار محكمة النقض السورية رقم 1893 المؤرخ في 1990 الذي نص على: «ويمكن اثبات مرض الموت بشهادة الشهود ولا يعتد بأقرار البائع المريض مرض الموت في عقد البيع إن قبض الثمن، ولا يجوز للمشتري التمسك بهذا الأقرار»، أساس 2085، الدوائر المدنية، قاعدة 81، مجلة المحامون 1991، اصدار 04 - 06 .

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبب وفاة الممتلكين (الأب أو البنت)، فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير الفريضة وحصر مخلفات المتوفى طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن»، ما نوضحه حسب التفصيل الآتي:

1- أن يكون تصرفه صادرا في مرض الموت:

بالرجوع إلى نص المادة 776 من القانون المدني نجد: «كل تصرف قانوني يصدر 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»¹.

من الواضح أن كلمة "تصرف" في نص المادة تتسع للتبرعات والمعاضات لأنها كلمة فضفاضة تتسع لأكثر من معنى، ولذلك فالنص لا يقتصر على البيع بل يشتمل كل تصرف قانوني صدر من الموروث، ومهما كان هذا التصرف والإسم الذي أعطى له من أطرافه، فيجب أن يصدر التصرف في مرض الموت وهو المرض الذي يتصل بالموت فعلا.

فعلى الورثة أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت وأصبحوا من الغير في هذا التصرف، فلا يسري في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أقروه، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 96675 الذي جاء فيه: «من المقرر

(1) عالج القانون المدني المصري أحكام مرض الموت والعقود التي يجريها المريض سواء كانت بيعا أو غير ذلك، حيث وضع حكما عاما يحكم هذه العقود في المادة 916 منه التي تنص على الآتي: «كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. وعلى الورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم اثبات في جميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، وإذا أثبت الورثة إن التصرف صادر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، مالم يثبت من صدر له التصرف نقيض ذلك، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخافه»، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 458، 460.

قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية»¹، كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 139123 الآتي: «من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوراث، لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة (م 408 ق.أ.)»².

- بيع المريض مرض الموت لوارثه.

وفقا للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني التي جاء فيها: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة»³.

يستشف من نص هاته المادة أن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه⁴، فإن أقروه أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرام التصرف، وإن رفضوه يكون غير صحيح ويترتب عليه بطلان العقد، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الآتي: «حيث وبمراجعة القرار المطعون فيه يستنتج أن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 408 من القانون المدني.

(1) قرار المحكمة العليا رقم 96675، غ . أ. ش، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص 302.

(2) قرار رقم 139123 المؤرخ في 1996/07/09، م. ق. 1996، عدد 2، ص 80.

(3) La vente consentie par un malade : dans la periode aigue de la maladie qui a entraine sa mort , a un de ses heritiers, n'est valable que si, elle est ratifiee par les autres heritiers».

اذن هناك تعارض بين النصين، فالنص العربي لم يشترط ما اشترطه النص الفرنسي من إن يتم البيع في فترة حدة المرض، والنص العربي هو الصحيح، لان الشريعة الإسلامية إن فردت به دون غيرها، حتى دون الشرائع الوضعية، بتفضيل أحكام مرض الموت، وتصرفات مريض مرض الموت تفصيلا رائعا، لم تشترط إن يتم التصرف أيا كان أثناء اشتداد المرض بل يكفي إن يتم التصرف في أي وقت من بدء المرض حتى نهاية المرض، مثل المحكوم عليه بالاعدام، واذن فشرط حدة المرض الذي ورد بالنص الفرنسي، شرط خاطئ ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وينبغي العمل بالنص العربي الخال من هذا الشرط، راجح بن غريب، المرجع السابق، هامش رقم 1 ص 362، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 220.

(4) المشرع الجزائري تهادى الخلط بين الاجازة والاقرار، فلفظ الاجازة يعبر به عن التصوير الشرعي، ولا تكون الاجازة الا من كان طرف في التصرف، إما لفظ الاقرار فانه يعبر عن التصوير القانوني، والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق اقرار التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم ارث المتصرف وقت موته، وقد سبق توضيح ذلك، راجح بن غريب، المرجع السابق، ص 361.

لكن حيث أن بعد الرجوع إلى نص المادة 408 من القانون المذكور أنها توضح، فإذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة¹.

لكن في حالة إذا كان البيع للوراث لا يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار ما دفع، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فإن البيع هنا أيضاً يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة². يستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث، وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإقرارهم³.

في هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 116375 بالآتي: «من المقرر قانوناً أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافذاً إلا إذا أقره باقي الورثة (م 408 ق م)⁴.

لكن قد يحدث أن يقر بعض الورثة التصرف ولا يقره آخرون وفي حال أقر بعض الورثة البيع وبعضهم لم يقره وكان البيع يقبل التجزئة ينفذ البيع في حصص من أقروه من الورثة، ولا ينفذ في حصص من لم يقر البيع بالنسبة إلى أنصبتهم، ويترتب على ذلك أن

(1) الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 19.

(2) جاء في الفتاوى الهندية: «صورة المحاباة إن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص في البيع محاباة»، الهمام مولانا الشيخ، المرجع السابق، ص 110.

(3) إذا تعددت عقود البيوع الصادرة من المورث في مرض الموت اعتبر المشترون في حكم الموصى لهم، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلها، لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظام التسجيل، فضلاً عن إن القانون لم يشترط التسجيل للاحتجاج به على الغير إلا في العقود الصادرة بين الأحياء، والوصية خارجة عن هذه العقود لأنها لا تنفذ إلا بعد الوفاة، ويبدو إن ه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضاً للوصية الأولى، وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة، عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، المجلد الأول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 706.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 139123 المؤرخ في 1996/07/09، م.ع.غ.أ.ش، عدد 2، ص 80.

يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقرروا البيع أو قيمته¹.

هذا الإقرار لا يكون معتدا به إلا بعد وفاة المورث لأن صفة الوارث لا تثبت لأحدهم إلا بعد وفاة مورثهم، كما لا يجوز لهم التنازل عن هذا الحق قبل قيامه²، ومعنى الإقرار في نص المادة نفاذ هذا البيع في حقهم وأن العقد لم يعد موقوفاً، فإذا لم يقرروا بيع مورثهم فإن المال المبيع يعتبر عنصراً من عناصر التركة³.

الحكمة من هذا الحكم هي خشية أن يكون تصرف المريض مرض الموت في حقيقته تبرعاً مستورا بعقد بيع وفي ذلك تفضيل لأحد الورثة عن باقيهم، فالبيع لو ارث البائع في أثناء مرض الموت يعتبر مخفياً لوصية⁴، وأن البائع ما التجأ إلى البيع إلا للتهرب من شرط الإقرار، فأشترط النص وجوب إقرار باقي الورثة حتى لو حصل في صورة عقد بمقابل، كما أن المادة لم توضح عندما لا يكون البيع ببدل المثل؟.

الجواب عن ذلك أن النص هنا مطلق يجري على إطلاقه، إذ لا يفرق التقنين المدني الجزائري بين حالة ما إذا كان بيع المورث لو ارثه ببدل المثل وحالة بيع المورث لو ارثه

(1) عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ج1، المجلد الاول، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 706.

(2) يجب إن يكون الوارث المقر عاقلاً بالغاً رشيداً، وإلا فإنه لا يكون أهلاً للتبرع ويقع إقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً، فلا يصح إن يكون الوارث المقر صبيّاً، أو مجنوناً أو محجوراً عليه أو إن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورتته، محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة، 1993، ص ص 507، 508.

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

(4) أشار قرار محكمة النقض السورية رقم 110 المؤرخ في 1974 إلى الآتي: «حتى يعتبر التصرف بحكم الوصية يتعين إن يتوافر شرطان: أولهما إن يكون قد صدر في مرض الموت وثانيهما إن يكون مقصوداً به التبرع فإذا إن هار أحد هذين الركنين اعتبر التصرف عملاً قانونياً ملزماً»، أساس 834، قاعدة 2811، القانون المدني ج1 إلى ج9، استانبولي، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 70.

بأقل من بدل المثل في الحالتين إذ يكون البيع في هاتين الحالتين غير نافذ في حق الورثة لأنه موقوف على إقرار بقية الورثة¹.

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

2- بيع المريض مرض الموت لغير وارثه (لأجنبي).

جاء في الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني الآتي: «أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال»². الأصل أنه يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغير يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم إستغراق الدين، فإذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغير فاحش نقصا في الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله³، فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن

(1) الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 19، نبيل صقر، المرجع السابق، ص90، سليمان مرقس، الوافي في شرح

القانون المدني في العقود المسماة، ج 3، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 573.

(2) اقترح الأستاذ علي علي سليمان تعديل نص المادة 408 من القانون المدني لتصبح كالآتي: «إما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث يتوقف على اجازة الورثة»، وهكذا تكون الترجمة الفرنسية منقفة مع النص العربي، وبهذا التعديل يتفق حكم القانون المدني مع حكم قانون الأسرة، ومع الرأي المجمع عليه في الفقه الإسلامي والقوانين العربية الأخرى، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، ص ص، 221، 222.

(3) عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 90.

زادت عليه يكون محلا للطعن، ويخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع¹.

أما إذا كان المريض قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا بأن باعها مثلا إلى شخص آخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية، أي لا يعلم وقت أن إشتري العين أن للورثة حقا فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع فقد كفلت له المادة 409 من القانون المدني هذا الحق: « لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع».

وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا الذي نص على الآتي: « ... حيث أن نص المادة 409 من نفس القانون تنص بأن لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع، حيث حسب عقد البيع أنه تم بحضور شاهدين وزوجة البائع التي فوض لها الأمر بقبض الثمن من مكتب التوثيق، حيث لذلك فإن شروط البيع متوفرة ولا داعي لتطبيق المادة 408 من القانون المدني». أما إذا كان المشتري سيء النية، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض فلا يجوز له أن يطالب بالحماية².

(1) ذهب الفقه إلى القول إن البيع في مرض الموت إذا لم يكن للبائع ورثة، ولم يكن عليه دين نفذ ما باع لغير وارث سواء أجازها بيت المال أو لم يجزها، وذلك لأن الحكمة التي توختها الشريعة في قصر البيع في الثلث لغير وارث هي لكي لا يترك الورثة عالة يتكفون الناس، ولذا لا يصح لبيت المال إن يطعن في عقد البيع الصادر من الزوج للزوجة في مرض الموت بحجة إن له ثلاثة أرباع التركة، بما إن الشريعة الإسلامية تجيز في هذه الحالة الوصية للزوجة وتجعلها مقدمة على حقوق بيت المال، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 79، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 313.

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

2- أن يكون القصد من التصرف هو التبرع:

قد يحدث العكس ويتضح أن التصرف وإن كان قد صدر في مرض الموت فإن المورث قبض مقابلًا لما تصرف، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فإن كان الثمن لا محاباة فيه فإن البيع ينفذ في حق الورثة، وتسري عليه أحكام عقد البيع، ولكن إذا كان في هذا المقابل محاباة للمتصرف إليه كأن يبيع بثمن أقل من قيمة المبيع، فإن هذا القدر المحابي فيه هو الذي تسري عليه أحكام الوصية، فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إن بقيود الوصية¹.

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

كان ينبغي أن يجوز إيصائه لوارث بالثلث أو ببعضه، كما جاز لغير الوارث لأن الثلث أصبح خالصاً له فلم يتعلق به حق الورثة، إلا أن الشارع منع ذلك نفيًا لتهمة إيثار

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

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

بعض الورثة على بعضهم ودفعاً للمضرة لا وصية لوارث إمتثالاً للحديث النبوي الشريف: «إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»¹.

حتى يمنع التحايل على نصوص الوصية ومثاله ذلك أن شخص يرغب في الإيصال إلى أحد أولاده بأكثر من ثلث التركة ولأجل أن لا يترك إلى باقي الورثة الحق في الإجازة أو عدمها يعمد إلى تصوير الوجه بصورة عقد بيع فينص صراحة على أن ذلك الشخص قد باع ولده فلان المال الفلاني بملبغ معين في العقد على ان ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد وفاة البائع "عقد بيع صوري معلق على شرط واقف"².

لا شك أن هذا البيع ما هو إلا وسيلة لإخفاء وصية مستترة فيترجح على القاضي مالم يتضح له غير هذا الأمر أن يطبق أحكام الوصية. وهذا بغية حماية الورثة من التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت، والتي تنطوي في الحقيقة على إعتداء على حق الورثة من الغير، والحال أن الوارث يتلقى حقه من القانون المستمد من الشريعة الإسلامية التي أقرت له هذا الأخير.

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

(2) الصورية مظهر غير صحيح للتصرف القانوني فهي وضع ظاهر يخفي وضعا حقيقيا للعلاقة العقدية القانونية بين الطرفين المتعاقدين، فيلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب معين فيكون لهما موقفان، موقف ظاهر وموقف مستتر، ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي وتسميه المحاكم بورقة الضد، حيث تهدف هذه الورقة إلى ازالة كل اثار التصرف الظاهر أو تعديل بعض أحكامه، والصورية مجال واسع النطاق هذه الصورة للصورية، وهناك صورة، أخرى تهدف إلى حجب شخصية أحد المتعاقدين بأن يحل محله ثالث يوقع باسمه الشخصي لحساب الطرف المستتر، فالصورة الأولى ستر تصرف، وفي الثانية ستر شخص تحايلا على القانون فيكون التعاقد عندئذ بالاسم المستعار، إلا إن هناك أعمالا قانونية لا يسمح فيها بالصورية إما تنطوي عليه من خطورة، وهي أعمال تتصل عادة بالأحوال الشخصية وتستلزم الاستقرار والجدية كالزواج والطلاق، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، المرجع السابق، ص 123.

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

قد اختلف الفقه في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت، فيرى بعضهم أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، ويرى آخرون أن حق الملكية إنما يكون عند الموت مستندا إلى وقت بدء المرض، ويرى فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس ملكية بل هو حق خلافة لو ارث، وأيا كانت طبيعة حق الورثة، فإنه حق يقيد من تصرف المريض¹.

يبدو أن عقد بيع المريض مرض الموت سواء لو ارثه أو لأجنبي عنه جائزا إذا كان بثمن المثل أو مع محاباة لا تتجاوز ثلث التركة أما إذا كانت المحاباة بأكثر من الثلث فلا يسري البيع في قدر هذه الزيادة على الثلث، ولا عبرة بإجازة الورثة أو رفضهم قبل الموت مورثهم، وتقدر قيمة المبيع لمعرفة مقدار الثمن إليها وقت الموت لا وقت البيع، ونجد ذلك واضحا من خلال نص المادة 776 من القانون المدني.

بتطبيق أحكامها يتبين أنه يجب أن يتحول هذا البيع بحكم القانون إلى وصية وأن الورثة هم الذين يقع عليهم إثبات أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بطرق الإثبات جميعا ولا يحتج على الورثة بتاريخ البيع إذا لم يكن هذا

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

التاريخ ثابتا، والقاضي في هذا النوع من البيوع معنى من التحقق من توافر شروط المادة 105 من القانون المدني.

ذلك يعني تخلف أحد الشروط الأساسية للتحول ألا وهو الإرادة الإفتراضية التي تقوم على إفتراض القاضي بأن العاقدين كانا يريدان العقد الآخر لو علما بالبطان عقد البيع، أما بالنسبة للشروط الأول فالمشرع إعتبر عقد البيع الذي يجريه المريض مرض الموت هو باطل بطلانا مطلقا وبالتالي لا بد من تحويله إلى وصية لأجل عدم تضرر الورثة والدائنين كون هذا التحول يقع بقوة القانون ويعد إستثناء على القاعدة العامة، ويمكن تفسير هذا الأمر بأنه يأتي من باب التدخل الإيجابي للمشرع في العلاقات العقدية بهدف التقليل من حالات البطلان.

الفرع الثاني:

حكم وقف المريض مرض الموت.

إهتم المشرع الجزائري بالأوقاف عموما، حيث أصدر في هذا الإطار حزمة من القوانين والنصوص التنظيمية نظرا لأهميتها، وما تطرحه أيضا من إنشغالات وإشكاليات بما فيها وقف المريض مرض الموت،

كي يتسنى لنا معرفة حكم وقف المريض مرض الموت، لا بد أن نلج الأحكام العامة والعامة للوقف من خلال تعريفه،.... من أجل الحكم على وقف المريض مرض الموت ومختلف الأحكام المتعلقة به وعلاقته بنظرية تحول التصرف القانوني، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الوقف:

سننطلق إلى التعريف اللغوي والإصطلاحي للوقف، وذلك وفقاً للترتيب التالي:

1- تعريف الوقف في لغة:

الوقف يدل على معان كثيرة:

أهمها ما يدور في فلك الحبس والمنع، فهو من الوقوف خلاف الجلوس ووقفت بمكان واقفاً، ووقوفاً، فهو واقف وجمع وقف ووقوف، ووقف الدار حبسها في سبيل الله¹، ويقال «وقفت الدابة تقف وقوفاً»².

وقد أنكر بعض اللغويين قول أوقف الدار لأنها لغة رديئة، ويطلق الوقف على الموقوف كما يطلق الرهن على المرهون³، والفعل الثلاثي يستعمل متعدياً ولازماً، وإشتهر إطلاق المصدر على (الوقف) على إسم المفعول فيقال هذا البيت وقف أي موقوفاً، ومن ثم جمع على أوقاف⁴.

2- تعريف الوقف في الفقه الإسلامي.

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف إنطلاقاً من تحديد الجهة المالكة للعين الموقوفة رغم أنهم إتفقوا على أن ملكية المنفعة تعود للموقوف بلا خلاف، فالوقف عند المالكية: «هو إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معيظها ولو

(1) ابن منظور، لسان العرب، مجلد 9، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار صادر، 1993، ص 359.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مجلد 6، ج 54، طبعة 1، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، ص 4396.

(3) سمير صبحي، أحكام الوقف في ظل الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، ط 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المرصد القومي للاصدارات القانونية، 2015، ص 9.

(4) عبد الجليل عبد الحميد عشوب، كتاب الوقف، الطبعة 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2000، دار الافاق العربية، ص 9، الفيروز ابادي، المرجع السابق، ص 537.

تقديرًا¹، وأيضا هو: «حبس العين الموقوفة عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر»².

الواضح من التعريف أن الوقف يبقى العين الموقوفة على ملك الواقف لكنه يغل يده عن التصرف فيها كما يجيز أن يكون الوقف مؤقتا وفي هذه الحال تكون يده مغلولة عن التصرف في العين الموقوفة مؤقتا فقط تطلق بعد نفاذ مدة الوقف إذا كان مؤقتا، كما ذهب المالكية بالإتفاق إلى القول أن للغرماء حق إبطال وقف المدين في صحته قبل الحجر فإستعمال هذا الحق قبل حوز (قبض) الموقوف عليه، الموقوف يكون مانعا له لأنهم يشترطونه في صحة الوقف³.

في حين عرف الشافعي الوقف بالآتي: «هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمال»⁴، وعرفه أيضا أنه: «حبس مال يمكن الإنتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف فيه، على أن يصرف في وجهة خير مصرفا مباح الوجود»⁵، فالشافعي يجعل ملكية العين الموقوفة ملك لله تعالى مع منع التصرف في عينها مطلقا إلا بمسوغ شرعي.

ونجد أحمد ابن حنبل عرف الوقف أنه: «حبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعة مع إنتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم

(1) أبي عبد الله محمد الانصاري الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الكافية، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار المغرب الاسلامي، ص 539.

(2) أحمد الصاوي، بلغة السالك لا قرب المسالك الدردير، ج4، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 1995، ص 97.

(3) أبي بكر بن عمرو الشيباني الخصاق، أحكام الاوقاف، ط1، ديوان عموم الاوقاف المصرية، ص 247.

(4) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مجلد 1، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار المعرفة، ص 484.

(5) محمد الحجاز، فتح العلام بشرح مرشد الانام، ج 5، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار ابن حزم، 1998، ص 108.

التصرف المطلق فيه»¹، كما عرفه بـ: «تحبس المالك مطلق في ماله المنتفع به، مع بقاء عينيه بقطع تصرفه ريعه إلى جهة تقرباً إلى الله تعالى»².

أما العلامة أبو حنيفة عرف الوقف أنه: «حبس العيني على حكم ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المال»³، أضاف بعض الفقه تعريف الوقف أنه نوع من الصدقة الجارية لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاثة صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»⁴.

3- تعريف الوقف في قانون الأسرة الجزائري.

نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف التبرع رغم أنه أورد له عنوان كتاب كاملاً⁵، في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 213 إلى المادة 219 منه، وعرف الوقف في المادة 213 منه بالآتي: «الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق».

(1) موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المجلد 6، الجمهورية اللبنانية، دار الكتاب العربي، 1983، ص 185.

(2) مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، ج 2، غاية المنتهى، ط 1، دولة الكويت، مؤسسة الفراسن، 2008، ص 5.

(3) شمس الدين السرخسي، المبسوط، المجلد 6، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار المعرفة، 1989، ص 157.

(4) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري أبو الحسين، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته، قسم المنون الشريف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، 2010، ص 1631.

(5) كذلك فعلت التشريعات العربية لم تعرف التبرع الا القانون اليمني عرفه في 210 من القانون المدني اليمني، وكذلك التشريع الفرنسي هو الاخر لم يعرف التبرع لكنه عرف العطايا، وعقد التفضل، فعرف عقد التفضل إن هـ: «العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الاخر منفعة مجانية خالصة»، كما عرف العطايا أيضا إن ها: «التصرف الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الاخر منفعة مجانية خالصة»، كما عرف العطايا أيضا إن ها: «التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أملاكه أو جزء منها أو حقوقه أو جزء منها لصالح شخص اخر»، إما عند فقهاء الشريعة الإسلامية فالتبرع هو بذل المال أو المنفعة في الحال بلا عوض بقصد البر والخير، قال الخطاب التبرع هو الزام الشخص نفسه من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو معنى العطية، محمد بن محمد الحطاب الرعيني، الفقه المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الغرب الاسلامي، 1984، ص 71.

فالمشرع الجزائري تبني تعريف الشافعية وصاحباً أبي حنيفة بجعله مؤبداً واستخدام لفظ مال بدلاً من عين¹، رغم أن المذهب السائد في البلد هو المذهب المالكي إلا أنه بدافع المصلحة وإعطاء الوقف معناه الصحيح وتفعيلاً لقداسته ودوره المرجو داخل المجتمع وسم الوقف بالتأييد وأخرجه عن مالك الواقف والموقوف عليه².

ثم جاء تعريف ثاني للوقف في قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المعدل والمتمم في المادة 31 منه قائلًا: «الأمالك الوقفية هي أملاك عقارية التي حبسها مالكها، بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً، تنتفع به جمعية خيرية، أو جمعية ذات منفعة عامة، أو مسجد أو مدرسة قرآنية، سواء كان هذا التمتع فورياً، أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين عينهم المالك المذكور»³. أما بعد تعديلها بموجب المادة 5 من القانون 02-10 فقد أصبحت كالآتي: «الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشبه ما يخالف الشريعة الإسلامية».

ثم جاء تعريف ثالث للوقف في قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991⁴، يتعلق بالأوقاف حيث عرفت المادة 3 منه الوقف بأنه: «هو حبس العين عن التملك على

(1) صح عن النبي صل الله عليه وسلم إن ه لم قدم المدنية وليس بها ماء الا بئر رومة (وكان يملكها يهودي قد احتكر ماءها وغال على المسلمين في ثمن الماء)، فقال النبي صل الله عليه وسلم: «من يشترى بئر رومة فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين (كناية على وقفها)، بخير له منها في الجنة فاشترها عثمان بن عفان رضي الله عنه ووقفها على كل المسلمين، وهي باقية إلى اليوم..... نفس المرجع، ص 72.

(2) أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، ج 1، ط 1، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الغرب الإسلامي، 1998، ص ص 253، 392، عقيلة حسين، المرجعية الفقهية في الجزائر، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد 7، 2014، ص ص، 22، 23.

(3) قانون التوجيه العقاري الصادر بموجب القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المعدل والمتمم، جريدة رسمية، ع 55 المؤرخة في 19/12/1990، ص 1560.

(4) قانون الاوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991، جريدة رسمية ع 21 لسنة 1991، المعدل بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، معدل بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 14/12/2002.

وجه التأييد، والتصديق بالمنفعة للفقراء على وجه من وجوه البر والخير¹، يستشف من النصوص القانونية أعلاه أن الوقف في التشريع الجزائري يتسم بالتأييد فهو غير محدد بزمن²، وهو عبارة عن تصرف تبرعي وجوبا³.

ثانيا: أركان الوقف.

بالنسبة لأركان الوقف نصت عليهم المادة 9 من قانون الأوقاف، والمتمثلة في الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف، الموقوف عليه⁴، وعليه نوضح ما يقتضيه كل ركن لصحته مستعرضين ذلك على النحو الآتي بيانه:

1- الواقف:

هو الشخص المالك الذي يصدر بإرادته المنفردة تصرفا قانونيا من شأنه جعل العقار مملوكا لأحد عباد الله⁵، على أن ينشأ ذلك التصرف حقوقا عينية يتقيد من خلالها المالك

(1) جاء في قرار المحكمة العليا رقم 297394 الاتي: « لا يجوز التصرف في العقار المحبوس»، قرار مؤرخ في 2003/03/19، م.ع.غ.أ.ش، م.ق. 2003، عدد2، ص 292.

(2) المادة 213 من قانون الأسرة، المادة 31 من قانون 90-25 للتوجيه العقاري، المادة 3 من قانون الاوقاف 91-10 ويؤيد هذا المضمون المادة 28 من قانون الاوقاف التي تجعل كل وقف محدد بزمن باطل فجاء فيها: « يبطل الوقف إذا كان محدد».

(3) المادة 213 من قانون الأسرة، المادة 31 من قانون 90-25، والمادة 3 من قانون 91-10 قانون الاوقاف.

(4) المادة 09 من قانون الأمر 91-10 المعدل والمتمم.

(5) يمكن اثبات الملك الوقفي بأية وسيلة من وسائل الاثبات المقررة في الشريعة الإسلامية وفي التشريع الوضعي، وهذا يدل على أن أحكام ونصوص الشريعة الإسلامية مصدر أصيل لاحكام الوقف في التشريع الجزائري، وهذا يعني امكانية تقديم الاثبات بالطرق الشرعية على الاثبات بالطرق القانونية، كذلك يمكن الإشارة إلى الطبيعة القانونية للوقف نجد إن المشرع الجزائري يقر صراحة على إن الوقف هو عقد بارادة منفردة، وقد اتفقت المذاهب الاربعة على عدم ركينة القبول في الوقف، مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والاقواف، بيروت، الجمهورية البنانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1982، ص 325.

الأصلي¹، ويشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا²، وأن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجوز عليه لسفه أو دين، كون الوقف من التبرعات³، وفقا للمادة 10 من قانون الأوقاف⁴. أضاف الفقه قائلًا أنه لا يشترط في الوقف أن يكون الواقف مسلما فيصح الوقف من أهل الذمة ومن المرتدة ومن المرتد أيضا إلا أنه في الأخير يكون يكون موقوفا على الإسلام⁵.

2- الموقوف (محل الوقف):

المقصود بالموقوف العين الموقوفة التي تسري عليها أحكام الوقف، ويستوي في ذلك أن تكون عينا سواء عقار أو منقول، أو منفعة، ويسري الحكم على ما دخل في الوقف أصلا، وما دخل فيه تبعا، سماه الواقف أم لم يسمه، كان متصلا بالوقف إتصالا قارا، أو كان من مصلحته⁶، وقد نظم المشرع الجزائري محل الوقف في المادة 11 من قانون الأوقاف التي جاء فيها: «يكون محل الوقف عقارا أو منقولا، أو منفعة. ويجب أن يكون

(1) زكريا بن محمد الانصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير اللباب، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 1997، ص 180.

(2) نظم المشرع الاردني أحكام الواقف في المواد الاتية: المادة 1241، المادة 752 الفقرة الاولى، المادة 1244، المادة 1239، المادة 1237 الفقرة 4، المادة 1240، المادة 1247 من القانون المدني.

(3) للوقف عدة خصائص نذكر منها: إن ه من التصرفات التبرعية، ينقل الحق محل التزام الواقف إلى الموقوف عليه مجانا ودون مقابل ويشترك في هذه الخاصية كل من الهبة والوصية، ويرد على حق الانتفاع فقط، يتصف بالتأييد ولا يجوز التصرف في أصله الا استثناء، الموقوف عليه جهة عامة وجوبا، وأخير الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية، محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1972، ص 38.

(4) المادة 10 من قانون رقم 90-10 قانون الاوقاف المعدل والمتمم.

(5) قالت المالكية اتباع شرط الواقف وجوبا ولو كان مكروها ولم يمنع شرعا كفرش المسجد بالبسط، فإن لم يجز لم يتبع في شرطه، كاشتراط اخراج البنات من الوقفه إذا تزوجن، سمير الحراسيس، أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني الاردني، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، دار الجنان للنشر والتوزيع، 2016، ص 145، عبد الجليل عبد الحميد عشوب، المرجع السابق، ص 15.

(6) سليم هاني منصور، الوقف ودوره في المجتمع الاسلامي، ط 1، الجمهورية اللبنانية، منشورات مروان دعبول، 2010، ص 76، سمير الحراسيس، المرجع السابق، ص 142.

محل الوقف معلوما محددًا مشروعًا، ويصح وقف المال الشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة»¹.

3- الصيغة في الوقف:

هي اللفظ الدال على إرادة الوقف، ويقصد بها الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف، وينقسم إلى قسمين: صريح كناية، أما الصريح فكأن يقول الواقف: وقفت أو حبست أو سلبت. أما الكناية فهي التي تحتل معنى الوقف وغيره ومثاله: الصدقة، وجعلت المال للفقراء أو في سبيل الله ونحوها، ولا ينعقد الوقف بألفاظ الكناية إلا إذا قرنها بما يدل على أنه يريد بها الوقف.

والوقف يكون بناء عليه كالوصية تصرفًا بالإرادة المنفردة هي إرادة الواقف نفسه، أما بالنسبة للقبول فإنه عند المالكية وكذا الشافعية وبعض الحنابلة ركن إذا كان الوقف على معين إن كان أهلاً للقبول، وإلا يشترط قبول وليه كالهبة والوصية².

ويشترط في الصيغة أن لا تكون معلقة على شرط غير موجود وقف الوقف، أن لا يكون الوقف مضاف إلى ما بعد الموت، أن لا يقترن الوقف بشرط الخيار فلو إقترنت به بطل الوقف وأن لا تقترن الصيغة بشرط مؤثر على أصل الوقف³، والتأيد في المعنى⁴،

(1) المادة 11 من قانون رقم 91-10 من قانون الاوقاف المعدل والمتمم.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 177.

(3) إذا علق شخص الوقف على موته فقال مثلاً: «إذا مت فداري وقف على الفقراء»، قالت المالكية في هذا الشأن يصح قوله ويكون وصية بمعنى إن ه يجري فيه حكم الوصية من كل وجه، فيحوز له إن يرجع عنه ما دام حياً وأن يبيعه ويرهنه وغير ذلك من وجوه التصرف، بخلاف ما هو معلق على شرط فلا يحوز الرجوع عنه، وإن مات من غير الرجوع لزمه ويعتبر من الثلث والى هذا القول ذهب الحنفية في المعتمد من منهم أيضاً، وهو قول عند الحنابلة وإخطاره ابن تيمية، إما فيما يخص الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت، وبه قال من قال بالزوم الوقف المطلق، وهو قول عند المالكية، والحنفية ومذهب الشافعية والحنابلة، أبي بكر بن عمرو الشيباني الخصاق، المرجع السابق، ص 247، خالد بن علي بن محمد المشيقع، الجامع لأحكام الوقف، والهبات والوصايا، ج3، ط1، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، قطر، 2013، ص ص 333، 334، سمير الحراسيس، المرجع السابق، ص ص 142، 143.

(4) عبد الجليل عبد الحميد عشوب، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

وهذا ما إشتهرته جمهور الفقهاء، في حين مضت المادة 12 من قانون الأوقاف على الآتي: «تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي يحددها التنظيم، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه»¹، تكون الصيغة باللفظ، ويشترط فيها التنجيز، التأييد، عدم إقتران الصيغة بشرط باطل، وأن تكون الصيغة جازمة.

4- الموقوف عليه:

نصت المادة 05 من قانون رقم 02-10 المتعلق بالأوقاف على الآتي: «الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية»²، فالموقوف عليه هو من يستحق الإنتفاع بالعين الموقوفة، مسلماً كان أو غير مسلم، سواء كان مالكا للعين الموقوفة، أو أنه يملك حق الإنتفاع، ويشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة بر وقربى، وأن يكون الموقوف عليه أهلاً للملك³، ولا يصح الوقف على الأغنياء وحدهم لأن الوقف عليهم لا قرابة فيه إذا التصدق عليهم مجاز بالهبة لأن العرف خصص الوقف بالفقراء لغلبة الفقر فيهم بإنقطاعهم عن الكسب، وأجاز العرف التسوية في الوقف بين الغني والفقير كما في المصاحف وكتب العلم فإن كان ذلك صرف عليهم على السواء ولو كان اللفظ غير مشعر إستعمالاً بالحاجة⁴.

(1) المادة 12 من قانون 10-91 المعدل والمتمم.

(2) المادة 5 من قانون رقم 02-10 المؤرخ في رقم 02-10 المؤرخ في 14/12/2002، ج ر عدد 83 الصادرة سنة 2002، ص 3.

(3) محمد كمال الدين امام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الاحوال الشخصية، ط 1، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 557.

(4) عبد الجليل عبد الحميد عشوب، المرجع السابق، ص 24.

ثانياً: تحول وقف المريض مرض الموت إلى وصية.

الأصل أنه إذا كان الواقف أهلاً للتبرع ووقف في أثناء مرضه مرض الموت فإن وقفه يكون نافذاً حال حياته لأنه ما دام حياً لا يمكن الحكم بأن مرضه مرض موت¹، إذ المرض لا يعتبر مرض موت إلا إذا غلب فيه الهلاك واتصل به الموت، فمادام المريض حياً لا يمكن الحكم بأن مرضه مرض موت فينفذ وقفه حال حياته، فإذا مات في مرضه تبين أن مرضه مرض موت وحكم على وقفه بعد موته².

إن الوقف الصادر في مرض الموت تطبق عليه أحكام الهبة في مرض الموت حيث تنص المادة 215 من قانون الأسرة: «يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقاً للمادتين 204، 205 من هذا القانون»³، طبقاً لنص المادة فإنها تحيل لأحكام الهبة في شروط الوقف والواقف، ونجد في المادة 204 من قانون الأسرة أن الهبة في

(1) كثيراً ما يلجأ الآباء إلى حيلة وقف أملاكهم كلها على بعض الورثة دون البعض الآخر يقصد حرمانهم من الميراث تحت دافع فقد يكون أذية الأبناء لهم سبب في ذلك وقد يكون عدم الاهتمام بهم نتيجة ذلك وهو ما يعرف بالفقه الإسلامي بالهروب من الميراث وهو أمر يحضره الشرع ويمنعه لأنه في هذه الحالة يعتبر وصية لهم بذلك، والوصية للوراث لا تصلح إلا إن يجيزها الورثة، وأما إن يعتبر ارثاً، لقوله صل الله عليه وسلم: «سوا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلاً أحد لفضلت النساء»، زكي الدين المنذري، مختصر صحيح مسلم، تحقيق الألباني رحمه الله، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1996، ص 991.

(2) سمير صبحي، المرجع السابق، ص 37.

(3) قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمة الله تعالى عليه، الوقف على ثلاثة أوجه، إما إن يكون في الصحة أو في حالة المرض، أو وقف بعد الموت، فما كان في الصحة فالقبض والافراز يكون شرطاً لصحته كالهبة، وما كان بعد الموت فالقبض والافراز ليس بشرط لصحته، لأنه وصية إلا إن يعتبر من الثلث وما كان في حالة المرض، فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من الثلث كالهبة في المرض، يعتبر من الثلث ويشترط فيه ما يشترط في الهبة من القبض والافراز كذلك الوقف في مرض الموت، وذكر الطحاوي رحمه الله إن تصرفات المريض مرض الموت في الحكم بمنزلة المضاف إلى ما بعد الموت، حتى يعتبر من الثلث، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الصحيح إن وقف المريض مرض الموت بمنزلة المباشر في الصحة حتى لا يمنع الارث، فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور المعروف بقاضيخان الأوزجندی الفرغاني، فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الاعظم أبي حنيفة النعمان، ج 3، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، ص 195.

مرض الموت تأخذ حكم الوصية لأن المريض في هذه الحالة يتهم في وقفه أنه يريد الإضرار بورثته أو بدائنييه¹.

أضافة المادة 32 من قانون رقم 91-10 من قانون الأوقاف أنه حق للدائنين طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أموال الواقف²، ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة³، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة 215 منه نصت على تطبيق أحكام المادة 204 من نفس القانون على إعتبار الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة التي تسري عليها أحكام الوصية⁴.

أما أن الوقف المنجز في مرض الموت فلازم ويكون صحيحا وناظدا ولا يحق للواقف أن يرجع عنه مادام حيا⁵، فإذا مات يتحول الوقف إلى وصية من حيث ينفذ في الثلث عند عدم الإجازة⁶، وإن كان للواقف وارث فإن كان ما وقفه يزيد على الثلث نفذ

(1) محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والاقواقف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص349.

(2) المادة 31 من قانون رقم 91-10 المتعلق بالاقواقف المعدل والمتمم.

(3) قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 205468 بالاتي: « لا يحق للطاعنات المطالبة بحقهن الميراثية تطبيقا لعقد الحبس المحرر وفقا للمذهب الحنفي»، قرار رقم 205468 المؤرخ في 2001/04/25، م.ق 2002، عدد2، ص 382.

(4) محمد يوسف الزغبى، المرجع السابق، ص 510.

(5) في ذات السياق قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 204958 بالاتي: «يجوز للواقف إن يتراجع عن بعض الشرود الواردة في عقد الوقف إذ اشترط لنفسه ذلك حين إن عقاد العقد. وعليه فإن القضاء بصحة التراجع في عقد الحبس والذي يعتبر تصرفا نهائيا مادام عقد الحبس لم يدرج فيه شرطا يسمح بالتراجع، يعد خطأ في تطبيق القانون»، قرار رقم 204958 المؤرخ في 2001/01/31، م.ق 2002، عدد2، ص 378، عبد الجليل عبد الحميد عشوب، المرجع السابق، ص 25.

(6) اعتبر الفقهاء المسلمين الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية باعتباره من ثلث المال لأنه تبرع، فاعتبر كالهبة لان كليهما تبرع منجز، فإذا وقف المريض مرض الموت لأجنبي فإنه يعتبر من الثلث مثل الوصية، ولا يتوقف على رضا الورثة إلا إذا زاد على الثلث فإنه لا يصح وقف هذا الزائد إلا بإجازتهم، عرف إن المراد بثلث التركة إن ما هو ثلث جميع مال الواقف عند الموت، بحيث لو ظهر له مال كان غير معروف فإنه يعتبر من ضمن التركة، وعلى هذا إن أبطل الوقف في الثلثين ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث، فإن كان قائما بعينه في يد الورثة يصير كله وقفا، وان لم يكن بأن باع الوارث مثلا فلا ينقض بيعه، ولكن يؤخذ منه قدر ما باع ويشترى به أرضا أخرى فتوقف

الوقف في حدود الثلث وتوقف فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة، فإن أجازه نفذ وإن لم يجيزه بطل، وإن أجازه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازه، وبطل في حق من لم يجيزه¹.

مثال ذلك مريض موقوف دارا في مرض موته، فهو جائزا إذا كان يخرج من ثلث ماله، وإن لم يخرج فأجازته الورثة فكذا، وإن لم تجيزه بطل فيما زاد عن الثلث، وإن أجازه البعض دون البعض، جاز بقدر ما أجاز وبطل فيما زاد عن الثلث إلا أن يظهر للميت مال غير ذلك، فينفذ الوقف في الكل، فإن كان الوراث لم يجز الوقف، باع نصيبه قبل أن يظهر للميت مال آخر لا يبطل بيعه، ويغرم قيمة ذلك يشتري بذلك أرض ويوقف على ذلك الوجه².

الذين لهم حق إجازة الوقف في الزائد على الثلث هم كل الورثة المستحقون للتركة أي كان سبب توريثهم ولهم حق الاعتراض أيضا، سواء أكانوا من أصحاب الإستحقاق الواجب أصولا بأي درجة كانوا أو فروعا، وهم الوالدين والذرية الوارثة أو أحد الزوجين أو كانوا حواشي لأن سبب اعتراضهم تعلق حقهم بالميراث الشرعي بالتركة وقت المرض، فإن أجازه نفذ وإن لم يجيزه بطل، وإن أجازه البعض دون البعض نفذ في حق من أجازه، وبطل في حق من لم يجزه³. مدى اعتراضهم أن يبطل الوقف الزائد على الثلث، ولا يتحول الإستحقاق إليهم بل يبطل الوقف في أصله وغلته.

=مكانها، ولو باع بعض الورثة دون البعض فما لم يبيع وقفا وما يبيع يشتري بقيمته أرض وتوقف، محمد يوسف الزغبى، المرجع السابق، ص 510.

(1) سمير الحراسيس، المرجع السابق، ص 142.

(2) فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور المعروف، المرجع السابق، ص 195، سمير صبحي، المرجع السابق، ص 41.

(3) ورد في الفتاوى الهندية عن الوقف في مرض الموت قوله: "الوقف في مرض موته كهبة فيه"، أي في مرض الموت أقول: إلا إن ه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لا يبطل أصله، وإنما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض فيصرف على قدر مواريتهم عن الوقف ما دام الموقوف عليه حيا، ثم يصرف بعد موته إلى من شرطه الواقف لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لوارث ليبطل أصله بالرد، نص عليه هلال رحمه الله تعالى فتنبه

قضت في قرار رقم 96675 للمحكمة العليا الآتي: « من المقرر قانوناً أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية ومتى كان ثابتاً في قضية الحال، إن المحبس الذي أقام الحبس كان في مرض خطير لازمه إلى يوم الوفاة وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفع الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون ومن ثم إستوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

وقضت أيضاً في قرارها رقم 1972 بالآتي: « حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على صحتها، إن المحبس كانا مصاباً وقت تحبسيه بالمرض الذي مات من جرائه وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى ولا يطلب إقامة البينة على وإكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر كان قراراً خارقاً لأشكال المرافعة الجوهرية حتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه»².

في نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية في قرارها على الآتي: « إذا كان الثابت في الدعوى أنه لم يصدر بالوقف إشهار رسمي من المورث إلى أن توفي وكانت الأوراق المقدمة من الطاعن للتدليل على تحول الوقف إلى وصية ليس فيها العبارة المنشئة للوقف، وإذا كانت محكمة الإستئناف في حدود سلطتها الموضوعية في تقدير الدليل وتفسير المستندات إنتهت إلى أن الأوراق المقدمة لا تتوافر فيها عناصر الوصية، فإن النعي على الحكم بمخالفة القانون والقصور في التسبب يكون على غير أساس»³.

=هذه الدقيقة شرنبلالية وقدمنا تمام الكلام (قوله: من الثلث القبض)، ويشترط فيه ما يشترط فيها من القبض والإفراز، الهمام مولانا الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ج 4، فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر، ص397، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 122.

(¹) قرار المحكمة العليا رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، ا.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 302.

(²) قرار المحكمة العليا رقم 1972 المؤرخ في 1972/03/03، م.ع.غ.ق.خ، عدد 2، ص 73.

(³) نقض مدني 6 فبراير 1972 مجموعة أحكام النقض، 22، 130، 208.

وقضت المحكمة العليا رقم 96675 بالآتي: « من المقرر قانوناً أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية. ومتى كان ثابتاً في قضية الحال - أن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون»¹.

الملاحظ أن قرار محكمة النقض المصرية كان أكثر وضوح وإشارة إلى تحول وقف المريض مرض الموت إلى وصية، إذ جاء في منطوق القرار عبارة: « تحول الوقف إلى وصية»، وهي إشارة واضحة وصريحة إلى تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني رغم عدم توافر جميع العناصر التي نصت عليهم المادة 144 من القانون المدني المصري، وعليه اختلف الفقه في ذلك منهم من قال أن هذا التحول هو إستثناء عن الأصل العام، ومنهم من قال أنه تحول بقوة القانون.

بالنسبة لقرار المحكمة العليا الجزائري جاء في المنطوق قرارها الآتي: « يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية»، هذه العبارة التي تشير إلى توفر الشرط الأول من شروط التحول هو بطلان التصرف الأصلي، وكذلك توافر أركان الوقف الباطل في الوصية كون الوقف والوصية كلاهما تصرف تبرعي دون مقابل لفائدة الموقوف له أو الموصى له، وبالتالي توافر الشرط الثاني، في حين يهدم الشرط الثالث وهو تجاة النية المفترضة للمتعاقدين إلى التحول، لأن المشرع نص صراحة على تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية بما فيها الوقف حسب نص المادة 776 من القانون المدني، دون مراعاة في ذلك نية المتعاقدين المفترضة التي يمكن أن تكون إرداتها عكسية بمعنى لا تسمح بتحول الوقف إلى وصية.

(1) قرار المحكمة العليا رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، ن.ق، عدد 56، 1999، ص 94.

وهذا يعتبر خروج صريح عن النص العام لنظرية تحول التصرف القانوني نظرا لعدم توافر جميع الشروط المنصوص عليها في المادة 105 من القانون، لذا إعتبره الكثير من فقهاء القانون هذا التحول يقع بقوة القانون، وعليه يمكن القول أن القضاء الجزائري لديه قصور كبير في تسبب القرارات الخاصة بالتحول ويكتفي بالإشارة إلى ذلك دون إيضاح منه أو تفسير أو إستفاضة، وربما يرجع هذا إلى عدم الإستعاب الجيد إلى النصوص الخاصة بالتحول. ولبيان أحكام الوقف في مرض الموت أكثر يجب التفرة بين الوقف المنجز حال الحياة أو مضاف إلى ما بعد الموت والذي نعرضه كالآتي:

1: الوقف المنجز في الحياة.

الوقف المنجز حال الحياة ينفذ بمجرد صدوره من الواقف¹، ويجوز أن يكون في المال كله أو في نصيب معين وفقا لرغبة الواقف كما لو قال: «وقفت مالي كله وقدره كذا أو مبلغ معين على أعمال الخير أو البر وفقا منجزا»، وللواقف أن يرجع عنه ما دام حيا². أما وقف الصحيح لا يعترض عليه إلا أصحاب الإستحقاق الواجب إذا تجاوز الوقف الثلث، ويعترضون عليه بمقدار إستحقاقهم في الثلثين، ومدى الإعتراض ألا يبطل الوقف بل يأخذون إستحقاقا في الوقف يعادل مقدار أنصبتهم ميراثا، أي توزع الغلات في الثلثين بنسبة ميراثهم، وما يستحقون ميراثا يأخذون نظيره غلة أو إستحقاقا³.

(1) نصت المادة 37 من قانون الوصية الجديد السعودي إن وقف المريض مرض الموت غير المدين أخذ حكم الوصية وينفذ في ثلث التركة من غير اجازة الورثة سواء وقفه على ورثته أو غير ورثته أو على بعض ورثته دون البعض، ولا ينفذ فيما زاد عن ثلث تركته الا إذا أجازه ورثته وكانوا وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، سمير صبحي، المرجع السابق، ص 42.

(2) صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 300، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 122.

(3) يرى فقهاء المذهب المالكي إن المريض إذا وقف على بعض الورثة كان حكم ذلك حكم الوصية، فليزم لنفاذه اجازة باقي الورثة فإن لم يجيزوا بطل الوقف كلية، والى ما ذهب إليه مالك هذا ذهب الشافعي، ودليلهما إن الوقف تبرع كالوصية فيأخذ حكمها، والوصية لو ارث لا تجوز ما لم تجز الورثة فالوقف كذلك، في حين يرى الفقه الحنفي: «والوقف لا يبطل من أصله بسبب عدم الإجازة، وليس فيه تملك الرقبة للوارث أو لغيره بل تملك المنفعة»، كما أنه يوجد للغة

فهنا يحق للدائنين طلب إبطال الوقف إذا كان الدين يستغرق جميع أملاك الواقف المريض مرض الموت، وهذا وفقا لنص المادة 32 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف والتي تنص على الآتي: « يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه».

وذلك حماية لمصالحهم ولا يستلزم أن يكون المال الموقوف محجور عليه لدين وقت وقفه، حيث أنه في هذه الحالة الأخيرة يكون وقفه باطلا من أصله بسبب الحجر، وهو هذا وضحته المادة 10 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف التي جاء فيها: « يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي، أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا. أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين»¹. فإذا وقف المريض مرض الموت ومات ولا دين عليه ولا وراث له نفذ وقفه في كل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة أحد ولا الخزينة العمومية التي يؤول إليها مال من لا وراث له².

2: الوقف المضاف إلى ما بعد الموت.

الوقف المضاف إلى ما بعد الموت وهو ما ضمن الواقف صيغته ما يفيد تأجيل نفاذ وقفه إلى ما بعد وفاته، كما لو قال بأنني وقفت ثلث مالي من بعد عيني لينفق من ريعه على وجوه الخيرات، وهو ما جاء في المادة 214 من قانون الأسرة: « يجوز للواقف أن

=مستحقون بعد من وقف عليه من الورثة وغيرهم وأن اختلف توزيع الغلة تبعا لإجازة الورثة، وتمليك المنفعة ليس مقصورا على الموقوف عليه بل يكون من بعده إلى جهة البر التي عينها الواقف مالا لوقفه أو الفقراء، محمد يوسف الزغبى، المرجع السابق، ص 510، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكيبولي، مجمع الانهر في ملتقى الابحر لابراهيم الحلبي ومعه الدر المنتقى في شرح الملتقى، 1-4، ج 1، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 2016، ص 596.

(¹) قانون 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، ج ر عدد 21، ص 691.

(²) سمير صبحي، المرجع السابق، ص 43.

يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية»¹.

فإن كان ما وقفه لا يزيد على الثلث نفذ الوقف في حدود الثلث وتوقف فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه بطل، وإن أجازوه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازوه وبطل في حق من لم يجزه إلا أنه لا يبطل في أصله². بما أنه صادر من الواقف في مرض الموت عليه بناء على نص الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني، والمادة 215 من قانون الأسرة يحول الوقف إلى وصية.

قضت قرار المحكمة العليا بالآتي: «حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض الموت المحبس باطل وعلى المدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على صحتها، إن المحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي مات من جرائه وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة وإكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر كان قرارا خارقا لأشكال المرافعة الجوهرية حتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه»³. لأنه لما مات من هذا المرض تبين أن حق الورثة تعلق بعين المال في ثلثه فيكون قد تصرف في مال تعلق به حق الغير فيتوقف على إجازتهم، إن أجازوه سقط حقهم فيه وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم⁴.

(1) قال الشيخ الإمام ابن الفضل: «الوقف على ثلاثة أوجه إما في الصحة أو في المرض أو بعد الموت، فالقبض والإفراز شرط في الأول كالهبة دون الثلث لأنه وصية، وأما الثاني كالأول وإن يعتبر من الثلث كالهبة في المرض»، وذكر الطحاوي إن ه كالمضاف إلى ما بعد الموت، وذكر السرخسي إن الصحيح: إن ه كوقف الصحة حتى لا يمنع الإرث عند أبي حنيفة، ولا يلزم إلا إن يقول في حياتي وبعد مماتي، إياك محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 538.

(2) إما فيما يخص اثبات الوقف فقد نصت المادة 217 من قانون الأسرة على: «يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون».

(3) قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 1971/03/03، نشرة القضاء، عدد 2، 1972، ص 73.

(4) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، جمهورية مصر العربية، 1988، ص 179.

نتيجة مرض الموت هو حالة العجز التي يكون فيها موت المريض متوقعا أو يكون فيها المريض على أبواب أو مشارف الموت، ويخشى في الحالة هذه أن يصدر منه تصرف ضار بورثته أو دائئنه، ففي سبيل المحافظة على هاتين الفئتين يتعين أن لا تسري في حقهما تصرفات مثل هذا المريض التي تتم عن التبرع أو المحاباة بقدر معين لأنها تلحق بحكم الوصية.

كما قضت في قرارها رقم 202778 بالآتي: «متى ثبت من أوراق الطعن أن الطاعنة دفعت بأن العقد المتنازع بشأنه لا يعد حبسا وإنما وصية مضافة إلى ما بعد الموت يهدف إلى إبعاد العنصر النسوي من الميراث فإن القضاة ردوا على هذا الدفع بعبارات عامة بأن العقد لا يخالف الشريعة دون تعليل ومناقشة مما يجعل قرارهم مشوب بالقصور في التعليل ينجر عنه النقض... نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن المجلس القضائي»¹.

كما يمكن أن نلاحظ أن التقنين المدني الجزائري وإن إقتبس أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية إلا أنه إقتصر ما إستمد منه على البيع في مرض الموت بنصوص خاصة وجعل أحكام الوصية على وفق المبدأ العام الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت ولم يتكلم المشرع عن المسائل الأخرى تفصيلا كالهبة والإقرار وغيرها وإكتفى بتطبيق القواعد العامة المقررة في المادة 776 من القانون المدني وقد إختار التقنين المدني تقرير قواعد البيع.

واضح أيضا من المادة 776 من القانون المدني الجزائري، إن جميع تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية، وقد أدرج المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة فقد نصت المادة 184 منه على الآتي: «الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق

(1) قرار المحكمة العليا رقم 202778 المؤرخ في 2000/09/27، م.ق. 2001، عدد2، ص 258.

التبرع»، ثم جاءت المادة 185 من نفس القانون محددة الجزء الموصى به من التركة ووضعت حكما لما بقي من التركة¹.

المشروع الجزائري لم ينص على تصرفات المريض مرض الموت التي تحول إلى وصية في قانون الأسرة بل أخضعها لأحكام الوصية بموجب مواد في القانون المدني، وهذا ما يعاب عليه فقد كان من الأولى أن ينص قانون الأسرة على الوصية في مرض الموت لأهميتها وإنتشارها في الحياة العملية.

كما عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت سواء كانت معاوضة أو تبرعا فإعتبره وصية مستترة، وإن كان هذا الفرض قابلا لإثبات العكس، فالعبرة إذن بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله والمعروف أن هذه المسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاضي الموضوع، لأن التصرف إذا إنطوى صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة. أما إذا كان التصرف في ظاهره معاوضة وإدعى أحد الورثة أنه تبرع، وأثبت ذلك بالطرق المخولة قانونا سرت أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت.

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

المطلب الثاني:**حكم هبة المريض مرض الموت.**

كثيرة هي التصرفات غير العقدية التي تصدر من المريض مرض الموت نذكر منها الإقرار، الطلاق، الهبة وغيرها لكن نتكفي بدراسة هبة المريض كونها من أهم التصرفات التبرعية له والتي تقع بإرادة منفردة والتي تضر ضررا محضا بالذمة المالية للواهب، لذا نوضح مفهوم هبة المريض مرض الموت (فرع أول)، تحول هبة المريض مرض الموت إلى وصية (فرع ثان).

الفرع الأول:**مفهوم هبة المريض مرض الموت.**

تعتبر الهبة عقد من عقود التبرع التي أباحتها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها، وسنت لها التشريعات الوضعية قواعد وقوانين تحكمها، فالواهب يمكن أن يكون صحيحا، كما يمكن أن يكون مريضا مرض الموت، وهو ما نحاول عرضه كالاتي:

أولا: تعريف الهبة.

إن تحديد مفهوم عقد الهبة يتطلب تعريف عقد الهبة لغة، ثم محاولة تعريفها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري كالاتي:

1- تعريف الهبة في اللغة:

تطلق الهبة في اللغة على العطية الخالية من العوارض فإذا كثرت سُمي صاحبها وهابا وهو من صيغ المبالغة¹، وتعني الهبة أيضا التبرع والتفضل بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال على الغير²، ومعطي الهبة يقال له واهبا³.

وهي من أبنية المبالغة، يقال رجل واهب وهاب ووهوب ووهابة، أي كثير الهبة لأمواله، وتواهب الناس: وهب بعضهم لبعض، والإستهاب: سؤال الهبة، وأتهب: قبل الهبة.

2- تعريف الهبة في الفقه الإسلامي:

تقاربة تعريفات الفقهاء الأربعة للهبة مع وجود إختلافات بسيطة، فنجد الفقه المالكي عرف الهبة بـ: « التبرع بالمال في حال الحياة وهي مستحبة منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها»⁴، أما الحنفية فعرفت بها بـ: « تملك العين بغير عوض»⁵، وقالت الشافعية أنها: « تملك العين بلا عوض حال الحياة»⁶. أما الحنابلة فذهبوا إلى تعريف الهبة أنها: « تملك

(1) جمال محمد عيسى الأشقر، أحكام الدين في الفقه الإسلامي، المنصورة، جمهورية مصر العربية، مكتبة الايمان، 2007، ص 292.

(2) صبحي حموي وآخرون، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت، الجمهورية اللبنانية، 2000، ص 239.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مادة وهب، مجلد 7، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، ص 4929، عبد المنعم أحمد خليفة، مجلد 7، عدد 33، الرجوع عن الهبة والآثار الناجمة عن ذلك دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، ص 367.

(4) محمد بن أحمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1997، ص 14، عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 368.

(5) زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه منحة الخالق، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 1997، هامش رقم، ص 287، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 347.

(6) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دمشق، الجمهورية السورية، دار الفكر، ص 97، أبو عبد الله محمد بن أبي قاسم، الشهير بالمواق، ج 3، التاج والاكليل، ط 2، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الفكر القانوني، ص 49.

جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه موجودا مقدروا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا من لفظ هبة وتمليك نحوها»¹.

وأضاف بعض الفقه أنها عقد تمليك الإنسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض في الحال كما يطلق عليه لفظ الصدقة على الهبة التي يراد بها وجه الله، وعرفها أيضا بأنها: «تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة، وصحت في كل مملوك»²، وهبة التودد التي يراد بها التودد والمحبة أي يقصد بها وجه المخلوق، وهبة الثواب على هبة العوض³.

كما ورد النص عليها في القرآن بأكثر من موضع منها قوله تعالى: «فهب لي من لدنك وليا»⁴، وقوله: «ووهبنا لداود سليمان»⁵، والهبة بعد تسليمها تصبح لازمة عند الجمهور خلافا للحنفية الذين يرون أنها تبقى غير لازمة حتى بعد تسليمها⁶، ثبتت شرعيتها في الكتاب والسنة الشريفة والإجماع.

(1) المقصود من كلمة "تمليك" لخراج العارية، إما كلمة "مال" ما ليس بمال يخرج عن ما هو منقول أو عقار والمقدور على تسليمه أي غير مسجل كالسك في المال والطيير في الهواء، و"غير واجب" أي غير منقل بالديون والنفقات، وفي "الحياة" لخراج الوصية، و"بلا عوض" أي دون مقابل حتى لا تدخل ضمن عقود المعاوضة، عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، هامش رقم 7، ص 378.

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

(3) محمد بن أحمد تقيّة، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، القليعة، الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للأنفال التربوية، 2003، ص 16.

(4) سورة مريم، الآية 5.

(5) سورة ص، الآية 30.

(6) أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها في الفقه الاسلامي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، عدد 1، الجامعة الاردنية، المملكة الهاشمية الاردنية، 2005، ص 85.

أما الهبة في مرض الموت فهي عطية¹، يمكن تعريف الهبة هي عقد تملك يملك فيه الواهب في حال حياته الموهوب له هبة دون عوض، والهبة عقد تبرع خال من أي عوض، والأصل في الهبة أنها تبرع من غير عوض أو مقابل، لأن الواهب يبتغي وجه الله تعالى، وهذا يعني أنها تعد في هذه الحالة تبرعا ابتداء وإنتهاء، لكن قد تكون الهبة بعوض مشروط من لدن الواهب، وفي هذه الحالة تعد هبة ابتداء بيعا إنتهاء².

3- تعريف الهبة في قانون الأسرة الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة بـ: «الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالقيام يتوقف على إنجاز الشرط»³. من خلال نص هذه المادة يمكن أن نستشف أن الهبة تملك أي نقل ملكية مال تخرج من ذمة الواهب لتدخل في ذمة الموهوب له أي تفقره وتعني المستفاد من تصرفه، وكل المطالب متفقة على إعتبار الهبة تملك بلا عوض أي دون مقابل وذلك جوهر الهبة.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3980، سعاد سطحي، عقد الهبة في الفقه المالكي، مجلة جامعة الامير عبد القادر، المجلد 21، العدد 2، قسنطينة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 98.

(2) قاسم محمد حزم محمود، إن س مصطفى أبو عطا، أحكام ضمان الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 10، عدد 1، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 98.

(3) تقابها المادة 1/601 من القانون المدني العراقي، المادة 486 من القانون المدني المصري، المادة 454 من القانون المدني السوري، المادة 516 من القانون المدني الالمانى، الفصل 200 من مجلة الاحوال الشخصية التونسية، إما القانون المدني الفرنسي عرف الهبة في المادة 894 بأنها: «هي تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قلبها»، وتتصل الهبة في القانون الفرنسي اتصالا وثيقا بالميراث إلى حد إن ه يقرر على الموهوب له للورثة حقان، حق الرجوع إذا كانت الهبة لوراث فيجب على الموهوب له الوراث إن يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه، وحق الانقاص إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية، فالهبة والوصية في القانون الفرنسي متصلتان على هذا النحو اتصالا وثيقا بالميراث، عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 370 وما بعدها.

كما يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام، وبالتالي تتوقف الهبة على إنجاز الشرط كونها هبة موقوفة على شرط، وتعتبر الهبة من العقود التبرعية لكن المشرع الجزائري حاول تمييزها عن غيرها من طائفة هذه العقود مثل العارية والوديعة بأن هذه العقود تقييد تملك منفعة، بينما الهبة تقييد تملك عين ومنفعة أو حقوق شخصية أو عينية¹. ومن أمثلة هبة المال هبة شخص للأخر سيارة أو دار، أو هبة غير المال كقول إنسان لآخر يهب الله ولدا، لقوله تعالى: « فهب لي من لدنك وليا»².

ثانيا: خصائص عقد الهبة.

لم يعرف المشرع الجزائري مباشرة الهبة بأنها عقد بقصد إخراج الهبة من طائفة العقود لكن هذا الإحتمال ينافيه الرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة التي نصت على الآتي: « تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة».

تعتبر الهبة من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا³، لذلك يحيطها المشرع بضوابط هامة فإعتبرها العقد العيني الوحيد، وإشترط الرسمية لإنعقادها فهي عقد شكلي، فنصت على ذلك المادة 206 من قانون الأسرة على: « تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا إختل أحد القيود بطلت الهبة»⁴، وتسري عليها القواعد العامة المقررة في نظرية العقد في تطابق الإيجاب والقبول في عقد الهبة.

(1) محمد بن أحمد بن تقي، المرجع السابق، ص 13.

(2) سورة مريم، الآية 5.

(3) عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص 14.

(4) ووافقتها في ذلك الفقرة الأولى من المادة 487 من القانون المدني المصري التي نصت على: « لا تتم الهبة الا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه»، وتقابلها المادة 1/455 من القانون المدني السوري، المادة 1/476 من القانون المدني الليبي، والمادتين 506، 507 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، الملاحظ إن القوانين المشار إليها نظمت أحكام عقد الهبة في القانون المدني بينما نجد المشرع الجزائري نظم أحكامها في قانون الأسرة، ولا نعلم قصد المشرع من ذلك ربما لأن

الهبّة في الأصل دون عوض حيث لا يأخذ الواهب مقابلاً لما يهب فهي عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب فلا يلتزم الموهوب له بشيء كونها عقد تبرع¹، غير أن هناك حالات يكون التصرف من قبيل الهبة، ويكون مقابل عوض فإن كان العوض نقدياً أو التزاماً فإن التصرف يلتبس بعقد البيع خاصة إذا كان العوض نقدي كبيراً بحيث يقترب من ثمن الشيء الموهوب ولذلك يرجع دائماً إلى نية المتصرف، وهذه الأخيرة هي مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع في تقديرها ولا يخضع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض، فيصبح عقد الهبة ملزم لجانبين.

تعتبر نية التبرع ميزة خاصة في عقد الهبة تشترط في الواهب وقت إبرام العقد، وإذا إنتفت هذه النية فإن العقد يكون عقد معاوضة وليس هبة ولا تنطبق عليه أحكام الهبة²، وكذلك الشكلية والعينية فهما صفتان وضمانتان تخول للواهب نفسه والورثة من خلال سهولة علمهم وإحاطتهم بها رغم أن الكثرة الغالبة من العقود رضائية تتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول³، من تبصر من مغبة إقدامه عليها لأنها تحمل من معنى تجريد الوارث من مال كان سيؤول إلى التركة.

كما إعتبر المشرع الحيازة أي تسليم المال الموهوب إلى الواهب ركن في الهبة أي الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض⁴، بمعنى أن الهبة لا تتم بموجب عقد

=أحكامه عقد الهبة مستمدة من الشريعة الإسلامية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح، ط 3، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011، ص 27.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح، المرجع السابق، ص 20.

(2) إباد جاد الحق، المرجع السابق، ص 530.

(3) بهذا الخصوص نصت المادة 488 من القانون المدني المصري على الآتي: «تكون الهبة بورقة رسمية، والا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر. ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية».

(4) وعند الإمام مالك تتم الهبة وتلزم بإيجاب الواهب ويستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم، فينتقل إليه الملك بالقبض ولو قبض بغير إذن الواهب صح وانتقل الملك له، وعند الشافعية والحنابلة لا تصح الهبة إلا بالإيجاب

عرفي¹، كما ضبط المشرع الأحكام المتعلقة بأهلية المتبرع، ما يلاحظ أن المحكمة العليا في هذا القرار إتخذت موقفا صريحا في التفرقة بين الدفع بمرض الموت والدفع بسلامة عقل المتصرف بما في ذلك الدفع بعيوب التراضي².

من خلال هاته المادة نجد أن المشرع الجزائري عندما عرف الهبة عبارة "حال الحياة"، كون الهبة لا تنتج أثرها إلا في حياة الواهب³، على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الموصي، ويستوي أن يكون محل إلتزام الواهب هو نقل ملكية عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية كحق الإنتفاع أو الإستعمال أو غيرها⁴، كما قد يكون محل إلتزام الواهب هو دفع مبلغ من النقود للموهوب له⁵.

ثالثا: أركان عقد الهبة.

لم يذكر المشرع الجزائري صراحة في تعريفه أن الهبة عقد، لكن نستشف من النصوص القانونية أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول، وعليه فالهبة تخضع لقواعد خاصة تنظم أحكامها، ألا وهي الأركان الخاصة، وقواعد عامة تضبط الشروط لقيامها كعقد من

=والقبول، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة، والقروض والدخل الدائم والصلح، ط 3، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 5، عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 52، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 218.

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

(2) قرار المحكمة العليا رقم 41111 المؤرخ في 1986/05/05 غرفة الأحوال الشخصية غير منشور.

(3) ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة طبنة، المركز الجامعي، بركة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 81.

(4) الهبة تشبه بعض العقود من جوانب وتخالفها من جوانب أخرى، فهي تشبه البيع في إن كلا منهما تملك للعين في الحال، إلا إن البيع تملك بعوض والهبة بلا عوض، وتشبه الوصية في كليهما تملك للعين بلا عوض إلا إن الهبة تملك للمال في الحال والوصية بعد الوفاة، كما إن ها تشبه العارية في إن كلاهما تملك، عند من يرى العارية تملك للمنافع بلا عوض، إلا إن الهبة تملك للعين والعارية تملك للمنفعة، أحمد ياسين القرالة، المرجع السابق، ص 86.

(5) المادة 202 من قانون الاسرة الجزائري.

خلال أركانها العامة، لكن تنطرق إلى القواعد الخاصة فقط دون القواعد العامة المتوفرة في جميع العقود¹.

الفرع الثاني:

تحول هبة المريض مرض الموت إلى وصية.

الأصل إذا كان الواهب صحيحا وكان أهلا للتبرع جاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له، أم فرعا، أم قريبا أو أجنبيا ولو كان مخالفا لدينه، وله إمكانية أن يفصل بين الحق العيني وحق الإنتفاع والدين لدى الغير، فالمبدأ هو إطلاق الهبة وهو ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة التي جاء فيها: «يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير»².

لكن إذا كان الواهب شخص مريض مرض الموت ووهب غيره هبة فحكم هبته كحكم الوصية، فإذا وهب هبة لأحد ورثته ثم مات و ادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته، وأدعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته فإن على الموهوب له أن يثبت قوله وإن لم يفعل أعتبرت الهبة أنها حصلت في مرض الموت، وجرى حكمها على مقتضى ذلك أي أنها لا تصح إلا إذا أجازها الورثة، وإذا وهب وهو مريض مرض الموت ثم صح من مرضه فالهبة صحيحة³.

وتطبيقا لنص المادة 776 من القانون المدني التي تنص: «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال الموت قصد التبرع مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف».

(1) للهبة عند الجمهور أربعة أركان وهي: الواهب، الموهوب له، الموهوب، والصيغة، وكل ركن من هذه الأركان له شروط بعضها عام تشترك فيه الهبة مع العقود الأخرى، وبعضها خاص، في حين نجد الفقه الحنفي خلافا للجمهور يعتبر الصيغة هي الركن الوحيد في الهبة، أحمد ياسين القرالة، المرجع السابق، ص 86.

(2) فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 413.

(3) السيد سابق، فقه السنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار فتح للاعلام العربي، 1983، ص 269.

والمادة 204 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"¹، يبدو أن المشرع في النص الأخير أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة²، ولعل هذا الوصف هو حكم غريب يحتاج إلى تفسير من قبل القضاء من خلال الاجتهاد³.

إن هبة المريض مرض الموت تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت تأخذ حكم الوصية⁴، فقد يعمد الموصي إلى إفراغ وصيته في صورة هبة ويشترط عادة إستبقاء المنفعة وعدم تصرف الموهوب له في العين الموهوبة وهذا يعتبر تحايل على أحكام التشريع، فإذا إستخلص القاضي من ظروف التعاقد أن التصرف الحقيقي هو وصية يسترها عقد الهبة، حول عقد الهبة إلى وصية⁵.

(1) مثال ذلك مرض القلب الذي تعتبره محكمة التعقيب من الامراض المخيفة التي تنذر بالموت ولو لم تقعد المريض الفراش مدني عدد 8419 مؤرخ في 1983/05/03 مريض القلب الذي أجمع الاطباء الذين عالجوه على لزومه الراحة والكف عن النشاط و مع هذا عمد إلى بيع مكاسبه في مرضه ذلك المتصل بموته فإن مرض القلب من الامراض الحساسة المخوفة و لو لم يلزم صاحبه الفراش فيبيعه لا يكون صحيحا وفق أحكام الفقه الإسلامي المأخوذ منها الفصل 565 مدني المنطبق في القضية، نفس المرجع، ص 269.

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

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

(4) ميدون مفيدة، معمري ايمان، المرجع السابق، ص 81.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح، ط 3، المرجع السابق، ص 20،

علق بعض الفقه على ذلك قائلا: «فالمشرع الجزائري كيف هبة المريض مرض الموت على أنها وصية، أي إنتقل التكييف القانوني لهبة المريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة... أي يخلع عن التصرف الوصف القانوني غير الصحيح»¹.
 لكن هذا القول مردودا عليه كون القاضي قام بتحويل عقد الهبة إلى وصية إستند في ذلك إلى المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني وليس إلى المادة 105 من القانون المدني التي تعتبر النص العام لنظرية التحول، كون هذا التحول لم تراخ فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني، ولعل السبب في ذلك يرجع تفسيره إلى أن هذا النوع من التحول يكون بموجب نصوص خاصة وتطبيقات عملية للنص العام تجاوز فيها المشرع عن ضرورة توافر الشروط القانونية اللازمة لتطبيق آلية التحول حفاظا على إستقرار المعاملات وردا للتحايل على أحكام التشريع قصد الإضرار بالورثة.

ونجد القضاء الجزائري وفق إلى حد كبير في حماية الورثة من تحايل المريض مرض الموت خاصة بالنسبة للتصرفات التبرعية التي تضر ضررا محضا بالذمة المالية منها الهبة كونها تصرف دون مقابل، فجاء في أحد قرارات المحكمة العليا، قرار رقم 229397 الآتي: «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 بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون»².

وأیضا في قرارها رقم 307934 الذي جاء فيه: «... التصرف على أساس الهبة، المنفذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصية»، كما قضت في قرارها رقم 229397 بالآتي: «من المقرر شرعا بأن الهبة بوصية لا تحتاج لأي شكل خاص، كما أنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات، غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث تركي

(1) ميدون مفيدة، معمري ايمان، المرجع السابق، ص 81.

(2) قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 229397 الصادر بتاريخ 2004/4/24، م.ق، عدد 2، ص 387.

الموصي»¹، نفس الحكم قضت به في قرارها رقم 186058 الذي نص على الآتي: «من المقرر أن الهبة في مرض لما بعد الموت تكون باطلة لأنها تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية».

مع الإشارة إلى أن هناك العديد من قرارات المحكمة العليا تنص على تحول الهبة إلى وصية نذكر منها أيضا قرار رقم 219901²، والقرار رقم 256869 الذي جاء فيه: «إن المجلس تجاوز الحدود وذلك بإعتبار عقد الهبة وصية وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية، كما ذكر الشيخ الخليل في الجزء الرابع الصفحة 92 وما بعدها: "لا يجوز وصية الزوج لزوجته"، وبهذا فإن قضاة الموضوع خالفوا قواعد الشريعة الإسلامية ومن ثم تعين نقض القرار»³.

كما قضت في قرارها رقم 229397 بالآتي: «إن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون»⁴.

ما يلاحظ في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والمتعلقة بالهبة في مرض الموت والتي حولتها بقوة القانون إلى وصية، لكن إستثناءا على ما ذكر نجد أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 من قانون الأسرة: «الهبة بقصد المنفعة

(1) قرار مورخ في 1969/04/30، ن.س.1969، ص293، قرار المحكمة العليا رقم 59240 المؤرخ في 1990/03/05، م.ع.ع.أ.ش، م.ق، 1992، عدد3، ص 57، قرار المحكمة العليا رقم 186058 المؤرخ في 1998/03/17، م.ع.ع.أ، م.ق 1999، عدد1، ص119.

(2) قرار رقم 219901 المؤرخ في 1999 /03/16، الإجتهد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، ص 287، قرار المحكمة العليا رقم 273529 المؤرخ في 2002/02/13، م.ع.ع.أ.ش، م.ق، 2003، عدد2، ص 289.

(3) قرار رقم 45371 المؤرخ في 1987/4/20، غرفة الاحوال الشخصية.

(4) قرار رقم 229397 المؤرخ في 2002/04/24، م.ق 2002، عدد2، ص387.

العامّة لا رجوع فيها»، غير أن الجدل قائماً حول نصاب الهبة¹، حيث يرى بعض الفقه أن الهبة لا تصح أن تتجاوز حد النصاب الذي يحق للواهب أن يتصرف فيه قياساً على الوصية.

يرى البعض الآخر من الفقه أنه يجوز التصرف بطريق الهبة خارج مرض الموت دون تقييد التصرف، ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه بمعنى أنه لا تقييد حرية التصرف بالهبة إلا في مرض الموت، وعلى ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب المال له أن يهب من المال ما شاء حتى ولو جرد أولاده من احتمال إستحقاقهم للميراث، إذ الثابت أنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة، لكن رغم ذلك لا تصل حرية الشخص إلى تقسيم تركته حال حياته، مما تقدم التطرق إليه يمكن أن نميز بين حالتين فيما يخص الهبة:

1_ قيمة الشيء الموهوب لا تزيد عن الثلث.

إذا وهب المريض مرض الموت شيئاً وكانت قيمة الشيء الموهوب لم تزيد عن ثلث التركة وقت الموت بما فيها قيمة المبيع ذاته، وكانت الهبة موجهة لغير الوارث صحة الهبة وبالتالي تصبح نافذة في حق الورثة ولا تتوقف على إقرارهم². أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تأخذ حكم الوصية، وعليه فإن هذه الأخيرة لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة، والسبب في هذا الحكم هو ألا يتأذى بعض الورثة من إيثار بعضهم الآخر، الأمر الذي قد يؤدي إلى إختلافهم وتنازعهم³.

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 107.

(2) ميدون مفيدة، معمري ايمان، المرجع السابق، ص 82.

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

ولقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية كون الجزائر تعتمد على فقه المذهب المالكي الذي هو أحد المذاهب الإسلامية السنية الأربعة ويعتبر المذهب المالكي مرجعيتها الفقهية والقانونية¹، كما قالت الشافعية بذلك وراية الإمام أحمد، وإعتبر الثلث هو الحد الأقصى لتصرفات المريض مرض الموت التبرعية وما زاد عن ذلك يعتبر محاباة، وينطبق عليها القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت².

لكن يرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني (الهبة والشراكة) إذا لم تزد قيمة الهبة عن الثلث صحت سواء كان الموهوب له وراثا أو غير وراث، فإن الوصية أصبحت تجوز للوراث في الثلث كما تجوز لغير الوراث، ولا حاجة إلى إجازة الورثة³.

قضت المحكمة العليا في قرارها بالآتي: «من المقرر شرعا بأن هبة بوصية لا تحتاج لأي شكل خاص، كما انه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات، غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث تركة الموصي»⁴، قضى قرار المحكمة العليا بالآتي: «من المقرر أن هبة لما بعد الموت تكون باطلة ولا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية»⁵، هذا النوع من التحول لم تنص عليه المواد التشريعية لكن رغم ذلك يقوم القضاء بتحول هذا النوع من

(1) مصطفى مغراوي، اسهام مؤسسات التعليم الوطنية في الحفاظ على المرجعية الفقهية المالكية للجزائر 1830-1962، مجلة حوليات التاريخ والجغرافيا، مجلد 4، عدد 7، ص 87، المرجع السابق، ص 20.

(2) خالفهم في ذلك الظاهرية بالقول إن هبة المريض مرض الموت تكون من رأس مال كله وليس من الثلث، أي إن المريض له الحق في التصرف في ماله عن طريق الهبة والعطية كما يريد سواء أكان في حدود الثلث أم أكثر، ميدون مفيدة، معمري ايمان، المرجع السابق، ص 82.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح، ط3، المرجع السابق، ص 125.

(4) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1969/04/30، م.ع.غ.ق.خ، ن.س. 1969، ص 293.

(5) قرار المحكمة العليا في 1998/03/17، غرفة الاحوال الشخصية، حسين طاهري، قانون الاسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النفذ المصرية في مسائل: (الزواج وانحلاله، الخطبة، عقد الزواج واثباته، الطلاق واثاره، النيابة الشرعية، التبرعات، الوصية، الهبة والوقف)، الجزائر العاصمة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الخلدونية، 2015، ص 83.

العقود إلى وصية وهذا قياسا على المادة 105 من القانون المدني، والمادة 776 من قانون الأسرة.

وبالتالي يشترط في الهبة وفقا للقانون الجزائري الحيازة، وطالما كانت حيازة الموهوب له بعد الموت فإن الهبة تبطل وتعتبر تحول إلى وصية بمعنى أن الهبة لما بعد الموت تعتبر باطلة وتحول فتأخذ حكم الوصية، لأن من شروط الهبة الحيازة وإلا أعتبرت باطلة وفقا للمادة 206 من قانون الأسرة: «تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات»، والمادة 207 من نفس القانون: «إذا كان الشيء الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا».

وهو ما أيديه أيضا قرار المحكمة العليا الذي ورد فيه: «من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقبول وتتم بالحوز...»¹، وعليه نجد القضاء الجزائري حافظ على عقد الهبة وعدم إهداره عندما قام بتحويله حفاظا على إستقرار المعاملات قدر الإمكان، وكذا مصالح الأطراف.

2_ قيمة الشيء الموهوب تزيد عن الثلث.

إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد عن ثلث التركة وقت الموت، في هذه الحالة تصح الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث، أما ما جاوز الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوا وجب على الموهوب له أن يرد على التركة ما جاوز الثلث أي يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثها²، وإذا تصرف الموهوب له بالقدر الزائد عن الثلث إلى الغير فإن

(1) قرار المحكمة العليا الصادر في 16/02/1990، غرفة الاحوال الشخصية، حسين طاهري، المرجع السابق، ص 80.

(2) أما هبة المريض غير المدين المقبوضة تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لان ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت، إما إذا كان للمريض ورثة فقد اتفق الفقهاء ومنهم المالكية على نفاذ هبة المريض في هذه الصورة

هذا التصرف لا يكون باطلا ولا يكون قابلا للإبطال، بل هو غير نافذ في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقا للقواعد العامة¹.

أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية وتطبق جل هذه الأحكام إذا لم يكن الواهب مدينا، لأنه إذا كان مدينا فلا تنفذ الهبة إذا كان دينه مستغرقا لكل تركته، سواء كان الموهوب له وارثا أو غير وارث إذا لم يكن الدائنون أجازوها². تحول الهبة في هذه الحالة يكون بقوة القانون يحتاج إلى توضيح.

قد إعتبر المشرع الجزائري هبة المريض مرض الموت من أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول العقد التي نصت عليها المادة 105 من القانون المدني، كما أيده بعض الفقه في ذلك كون حكم التصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت، ومنها الهبة تعتبر من أهم تطبيقات نظرية تحول العقد كون لأنها تتحول من هبة وتأخذ حكم الوصية.

لكن لا يتفق مع هذا الرأي الأستاذ إياد محمد جاد الحق الذي يرى أن نظرية تحول العقد وجدت كأثر عارض للعقد الباطل الذي يستجمع عناصر عقد آخر فيتحول إليه، أما هبة المريض مرض الموت فلا تعتبر باطلة بل هي غير نافذة في مواجهة الورثة إذا تمت خارج الحدود المسموح بها قانونا، وعدم النفاذ كجزاء يرد على العقد الصحيح وليس على العقد الباطل³، وبالتالي تخلف الشرط الأول من شروط نظرية تحول العقد، وهو بطلان العقد الأصلي وفقا للمادة 105 من القانون المدني. لكن هذا القول مردود عليه على أساس:

=إن حملها ثلث ماله، إما إذا زادت على الثالث فيتوقف القدر الزائد منها على اجازة الورثة فإن أجازه نفذ وأن رده بطل، ومنه فهبة المريض للأجنبي من ثلث ماله كالوصية، إما هبة المدين غير المقبوضة فقالت المالكية وابن ليلى: «هو إن الهبة في هذه الحالة صحيحة وتأخذ حكم الوصية، ولو إن الموهوب له لم يقبضها قبل موت الواهب المريض»، وقالت به أيضا المالكية والشافعية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص ص 9، 10، 12.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح، ط 3، المرجع السابق، ص 128.

(2) فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص ص 416، 415.

(3) إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 538.

ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن عقد الهبة يعيد القاضي تكييفه على أساس أنه وصية قائلين: « فغاية المشرع رد التحايل على أحكام الوصية بأن يعمد المورث إلى ستر هبته في شكل تصرف منجز كبيع أو الوصية، أي أنه يخلع على تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح، فحسم المشرع التكييف القانوني له بإعتباره وصية وإعتبار سلطة تكييفه لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد القيام بتكييفه».

يبدو أن هذا الرأي قد جانب الصواب كون القاضي في هذه المسألة لم يقم بإعادة تكييف التصرف القانوني المتمثل في الهبة، بل إحتكم مباشرة للمادة 204 من قانون الأسرة بمجرد التأكد أن التصرف صدر من المريض مرض الموت وكذا المادة 776 من القانون المدني، وعليه فإن قام بتحويل الهبة في مرض الموت إلى وصية، هذا التحول الذي يعتبر إستثناء عن المادة 105 من القانون المدني.

خلاصة الباب الثاني:

توصلنا في نهاية هذا الباب إلى أن نظرية التحول تعتبر من النظريات العامة في القانون، والتي يمكن تطبيقها على مختلف الأعمال القانونية سواء في ذلك التصرفات القانونية أو الأعمال القانونية (بالمفهوم الضيق)، وهذا ما رأيناه في إطار القانون التجاري الذي عالج تحول السفتجة، أو في القانون الإداري التي عمل إنقاص القرارات الإدارية من البطلان، إلا أننا نؤكد أن هاته النظرية لا يمكن الأخذ بها على الإطلاق فهي مضبوطة بشروط لا بد من تحققها.

إلا أن مكانة آلية التحول تتدعم أكثر بالتطبيق من خلال الدور النشط الذي يلعبه كل من المشرع والقاضي وذلك من خلال مساهمتهما في أعمال التحول، حيث يتحولان في بعض الأحيان إلى منشئين للعمل القانوني، فالقاضي مطالب بالإجتهاد وإيجاد حلول ناجحة لإنقاذ التصرفات من البطلان وتحويلها إلى تصرفات صحيحة حسب ما تقتضيه آلية تحول التصرف القانوني.

ف نجد المشرع أتاح المجال للقاضي ليقوم بدور المحافظة على الإستقرار التعاقدى الشيء يكسبه فعالية ونجاعة هي المطلوبة على المستوى التطبيقي لذلك لا يجب على القاضي أن يبقى مكتوف الأيد ويترك الفرصة تفوته دون إستغلال هذا الحقل التشريعي الخاص بالتحول إستغلالا حسنا من شأنه أن يدعم مكانته في بناء العمل التعاقدى والقانوني ككل.

كما تطرقنا إلى العديد من التطبيقات العملية والتي تصب في بوظقة تفعيل النص القانون في الواقع العملي، إلا أن نا نرى أن موضوع تصرفات المريض مرض الموت سواء العقدية أو غير العقدية موضوع حساس مهم في حياتنا إلا أن الإهتمام به غير كاف، خاصة في ظل جائحة كورونا وما أسفر بسببها من تصرفات قانونية أبرامها العديد من الأشخاص عند إصابتهم بهذا المرض الفتاك والتي طرحت العديد من الإشكالات على المستوى القضائي، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية كافية تنظم مرض الموت خاصة في

التشريع الجزائري، الذي لم يعطه حقه وذلك بإنشاء منظومة قانونية تنظمه، يضاف إلى ذلك أن القانون المدني وقانون الأسرة لم يتضمن تنظيمًا خاصًا لهبة المريض مرض الموت.

وعليه نوجه الدعوة إلى المشرع لإعطاء تعريف واضح لمرض الموت والأمراض المخيفة على ضوء المستجدات العلمية الحديثة ليسهل حل النزاعات المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت بصفة عامة درءًا لكل خلاف، وتحديد شروط مرض الموت، وكذا تنظيم آثار التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت حماية لحقوق الغير المتعلقة بأموال المريض ودفعا للمحاباة التي تولد الحقد والحسد والتفكك العائلات وإنقطاع صلة الرحم.

الخاتمة:

يتضح من خلال هاته الدراسة أن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد ما عندما تبني صراحة نظرية تحول العقد في القانون المدني وبعض النصوص الخاصة في مختلف فروع القوانين الأخرى، رغم أن هاته النظرية لم تحقق النتائج والأهداف المتوخاة من إقرارها كون الصياغة اللفظية فيها ما يعاب عليها، الأمر الذي إنعكس سلبا وكان عقبة في طريق تحقيق وصول المشرع إلى ما كان يصبوا إليه من خلال إقرار آلية التحول.

وتداركا لهذا حاولنا التعرف على أهم جوانب نظرية تحول التصرف القانوني سواء كان عقد أم تصرف بإرادة منفردة في نطاق التشريع الجزائري، فخرجنا عن الفقه التقليدي والتشريع الجزائري الذي يستخدم مصطلح نظرية تحول العقد وذلك لعدم دقته وكأن النظرية حصرا للعقود فقط، بل نرى أنها تشمل العقود وغيرها من التصرفات القانونية الإنفرادية، إلا أننا نؤكد أن هاته النظرية لا يمكن الأخذ بها على الإطلاق فهي مضبوطة بشروط لا بد من تحققها.

الملاحظ أيضا إختلاف آراء الفقه وإنقسامه حول آثار التحول بين من ذهب إلى تأييد الحرية المطلقة لإرادة الأطراف في تكوين التصرف الجديد وكذا تحديد آثاره، ومن إعتبر أن آثار التحول تبقى مجرد وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأولى، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والإقتصاد الوطني.

ناهيك أن آلية تحول التصرف القانوني إنما تنتج آثارها من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ إبرام التصرف الأصلي الذي جاء باطلا، ومثال ذلك ما جسده العقود الفورية أو الزمنية، هذه الآثار التي تسري في حق المتعاقدين وخلفهما العام والغير الخارج عن التصرف القانوني، مع الإشارة إلى بعض التطبيقات الخاصة بنظرية التصرف القانوني لتوضيح النظرية أكثر في الواقع العملي وما يعترضها من إشكالات سواء بالنسبة للقاضي أو المتقاضين.

وفي الختام خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات، نتعرف عليها في نقطتين أولهما النتائج، وثانيهما التوصيات.

النتائج:

1. كان القانون الوضعي الألماني الأسبق في النص على نظرية تحول التصرف القانوني، حيث أخذ بفكرتها ابتداء القانون الألماني في المادة 140 من القانون المدني الألماني ومنها أقام رجال القانون نظرية كاملة، وهي تعمل على حماية مبدأ أساسي في التعامل القانوني ألا وهو مبدأ حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات مما يشجع الآخرين على إبرام التصرفات القانونية وهم مطمأنون من عدم هدر هذه الثقة الظاهرة، في حين أن الأصل عند بطلان أو إبطال التصرفات القانونية يؤدي إلى الكثير من المشاكل وفي مقدمتها ما ينتج عن عملية إعادة المتعاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد.

2. لقد صارت المادة 140 من القانون المدني الألماني مرجعا لجميع التقنيات الأوروبية والعربية في الأخذ بآلية التحول بما فيها المشرع الجزائري، وهو ما تجلى في المادة 105 من القانون المدني، بالإضافة إلى اعتماد المشرع جملة من التطبيقات العملية لتحول التصرف القانوني تضمنتها بعض النصوص المتفرقة، ووسع من نطاق سلطة القاضي في التقليل من حالات البطلان، لكن تبقى مشكلة النقل الحرفي لبعض نصوص القوانين المقارنة يؤدي إلى عدم الدقة في صياغة النصوص القانونية الجزائرية .

3. إن نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي تحكمها أصول الصناعة الفقهية، حيث أن هاته الأخيرة لم توجد كنظرية متكاملة عند الفقهاء من حيث المسمى، وإن كانت قد عرفت كتطبيقات عملية عرضها الفقه عند دراسته للعقود في أبواب الفقه عامة، فهي لم تقوم على أساس التصرف الباطل أو القابل للإبطال كما في القانون الوضعي، بل اختلفت كثيرا في ضوابطها ونطاقها، الأمر الذي جعل الفقه

- الإسلامي أكثر رحابة وسعة ومرونة من النظام القانوني في تلبية متطلبات الواقع والإستجابة لحاجات الناس العملية في أدق تفاصيلها الجزئية.
4. لقد درج الفقه على عرض نظرية تحول التصرف القانوني في مبحث الآثار العرضية للعقد الباطل لكن لا يمكننا قبول ذلك والتسليم به، خاصة بالنسبة للمشرع الجزائري وكذا الأنظمة القانونية المقارنة التي تتبنى صراحة نظرية تحول التصرف القانوني، على إعتبار أن هدف هذه النظرية هو التقليل من حالات البطلان، عن طريق تحويل التصرف الباطل إلى آخر صحيح، فكيف يستقيم بعد ذلك الحديث عن أثر عرضي للتصرف أو العقد الباطل، والواقع أن العقد أصبح صحيحا بفعل آلية التحول، وبالتالي فإن الأثر المترتب هو أثر لتصرف صحيح ليس أثرا عرضيا لتصرف باطل.
5. إن المشرع الجزائري قصر نظرية التحول على العقود فقط مخالفا بذلك أصل النظرية التي جاءت واسعة النطاق شاملة لجميع التصرفات القانونية وجعل لإعمالها شروط موضوعية تجسدت في بطلان أو قابلية إبطال العقد الأصلي، وإشتماله على أركان عقد آخر صحيح، وقيام هذا الأخير على إنصراف إرادة المتعاقدين الإفتراضية إليه في حالة بطلان العقد الأصلي وهي الشروط الذاتية.
6. إن العقد القابل للإبطال لا يمكن القول بتحويله إلى عقد صحيح إلا بعد أن يتم إبطاله، وهكذا فالشرط الأساسي لتحول العقد هو بطلان العقد الأصلي، أما إذا كان العقد صحيح فلا مجال للحديث عن إمكانية التحول.
7. ينتج التحول آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ البطلان وليس من تاريخ الحكم بالتحول، والعلة في ذلك هي أن الغاية من التحول هو إنقاذ التصرف القانوني من البطلان، يضاف إلى ذلك أنه طبقا للإرادة الإفتراضية اللازمة لقيام التحول فإنه لا بد من إفتراض هاته الإرادة وقت قيام التصرف وليس في أي وقت آخر حيث لا يمكن

القول بغير ذلك، وحيث أن القول بغير هذا الوقت يعني معرفة المتعاقدين بالبطلان، وإقدامهما على الارتباط بالتصرف القانوني وهو أمر غير مقبول.

8. رغم إقرار المشرع الجزائري لنظرية تحول التصرف القانوني وأهميتها، إلا أن واقع العمل القضائي في هذا الخصوص يثبت محدودية تدخل القاضي في هذا المجال أما بتهميشه للنظرية أو بالتطبيق الخاطئ لها، بحجة إلزامه الحياد وتجسد ذلك في قلة القرارات المدنية التي إعتمدت المادة 105 من القانون المدني كأساس قانوني لها، حيث نجد أغلب القرارات القضائية متعلقة بالتحول بقوة القانون في قانون الأسرة خاصة.

9. لم يعد دور المشرع الدور المقتصر على سن القوانين بل أصبح بفضل تكريس نظرية تحول التصرف القانوني بمثابة الخلاق للعلاقة التعاقدية وأصبحت العلاقات الخاصة والفردية مجالا مفتوحا لتدخل القاضي، وعلى هذا الأساس يعد الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري تجاوزا للنظرة التقليدية لدور القاضي المنحصر في تأويل إرادة الأطراف والذي أكساه التحول بعدا آخر يتناقض مع مجرد هذا الدور المحدود ليصبح القاضي فاعلا لإنشاء العمل القانوني في حد ذاته، وهذا يعكس رغبة المشرع في الإنفتاح على الإتجاهات الحديثة التي تعمل على جمع المشرع والقاضي لتكوين الأعمال القانونية، ولا شك في أن من شأن أعمال نظرية تحول التصرف القانوني على نحو ما يأخذ به الفكر القانوني المعاصر والتشريع المتأثر به إعطاء القاضي دورا إيجابيا هاما في إنشاء التصرف الذي يصير التحول إليه، علما بأنه في الشروط المطلوبة لإعمال هاته النظرية ما يجعل القاضي بعيدا عن التحكم.

10. إن سلطة القاضي في تحويل التصرف الباطل إلى آخر صحيح في التشريعات التي تتبنى صراحة نظرية التحول ينظر إليها على أنها أصل من أصول النظام القانوني، بحيث لا يمكن إتهام القاضي بأنه خرق مبدأ الحياد أو أنه غير من سبب الدعوى أو أنه حكم بأكثر مما طلب للخصم، وهذه كلها نتائج عملية في غاية الأهمية

فيما يتعلق بأثر هاته النظرية على دور القاضي في الدعوى المقامة أمامه، في حين نجد الأمر مختلف بالنسبة للتشريعات التي لا تتبنى نظرية التحول وتكتفي بقبول بعض التطبيقات الخاصة لها.

11. لقد تبنى الفقه والقضاء الإداريين في بعض الدول أعمال التحول في نطاق القانون الإداري، سواء في مجال العقود الإدارية أو مجال القرارات الإدارية، وبذلك أن تقلت نظرية تحول التصرف القانوني من القانون الخاص إلى القانون العام.

وعلى أثر النتائج المتوصل إليها نقترح الآتي:

1. تعديل المادة 105 من القانون المدني للعودة إلى أصل النظرية حتى يشمل التحول كافة التصرفات القانونية الأخرى إلى جانب العقد بالنص على ذلك في نفس المادة وذلك بإستبدال عبارة "العقد" بعبارة التصرف القانوني، للدلالة على عموميتها أكثر بحيث تصبح نظرية تحول التصرف القانوني. الباطل.

2. إن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ومنتج لآثاره، لذا نجد أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في إيراد عبارة (أو قابلا للإبطال) في نص المادة حيث لا يمكن تحول العقد القابل للإبطال، ومن ثم نرى أنه من الأجدر حذف هاته العبارة من نص المادة وجعلها مقصورة على العقود الباطلة فقط دون العقود القابلة للإبطال، كما هو الحال بالنسبة لأصل المادة في القانون المدني الألماني.

3. يجب أن يعزز القاضي من جهته الدور الذي لعبه المشرع من أجل توفير الأرضية المناسبة لنظرية تحول العقد، فإن كان من المهم أن يكرس المشرع الجزائري نظرية تحول العقد إقتداءا بالتشريع المقارن، لكن الأهم هو تجسيد هذه النظرية في العمل القضائي لضمان إستقرار العلاقات التعاقدية، فالقاضي مطالب بالإجتهد وإيجاد حلول ناجحة لإنقاذ العقود من البطلان وتحويلها إلى عقود صحيحة ضمن الشروط التي تقتضيها مؤسسة تحول العقد.

4. نلتبس من القضاء الجزائري أيضا تطبيق نظرية تحول العقد متى كان هناك مجال لتطبيقها إنسجاما مع مصلحة الأفراد وإستقرار المعاملات وتحقيق هدف أصحاب العلاقة في الوصول إلى الغرض الذي قصده من وراء قيامهم بإبرام العقد.

5. بالنظر إلى عدم إمكانية حصر حالات تحول العقد بسبب التطورات التكنولوجية والإقتصادية والتغيرات الإجتماعية والثقافية تظهر أنواع مختلفة من العقود الجديدة غير المعروفة من قبل، وأنه لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان، من هذا المنطلق نقترح على المؤسسة التشريعية إصدار تشريعات جديدة على شكل قوانين خاصة أو إجراء تعديلات على نصوص القوانين النافذة بهدف مواكبة هذه التطورات وسد الثغرات القانونية المستجدة ولتحديد الأطر القانونية الواضحة للتطبيق والعمل في هذا المجال.

وفي الأخير نرجوا أن تكون هاته الدراسة لبنة لبحوث قادمة تبرز أهم النقائص التي لم نتمكن من تبينها في دراستنا، وتقدم إقتراحات وحلوا للصعوبات التي تعترض التطبيق العملي للمادة 105 من القانون المدني.

قائمة المصادر والمراجع

1- المصادر:

أ- القوانين الجزائرية:

1. الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ع 92 لسنة 1975.
2. قانون رقم 90-25 مؤرخ 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر ع 49 لسنة 1990.
3. قانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن بالتهيئة والتعمير، ج ر ع 52 لسنة 1990.
4. قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، ج ر ع 22، سنة 1991، المعدل والمتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 22/5/2001، والقانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002.
5. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل للأمر رقم 75-58، ج ر ع عدد 15 الصادرة في 27 فيفري 2005 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
6. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 19 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل، ج ر ع 24، والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 21 فبراير 2005.
7. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ع عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
8. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 الصادرة 23 أفريل 2008 المعدل والمتمم.

ب- النصوص التنظيمية:

1. المرسوم 76-63 المؤرخ في 25/3/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ع 30 لسنة 1976 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 132/3.

2. المرسوم التنفيذي 97-490 المؤرخ في 20/12/1997 المحدد شرط تجزئة الأراضي الفلاحية الجريدة الرسمية رقم 84 لسنة 1998.

ج-القوانين الأجنبية:

1. قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.
2. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، الصادر بتاريخ 1 أوت 1976، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد رقم 2645، دخل حيز النفاذ في 1 جانفي 1977.

3. قانون الموجبات والعقود اللبناني، المؤرخ في 9 اذار سنة 1932، معدل بالقانون رقم 483-1995، الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، العدد رقم 51.

4. قانون رقم 131 سنة 1984 المتضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم بالقانون رقم 106 سنة 2011، ج ر، عدد 28 الصادرة في 16 جوان 2011.

5. القانون رقم 15-09 المعدل للظهير الشريف الصادر في 12 اغسطس 1913، قانون الإلتزامات والعقود الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.15، المؤرخ في 19 فبراير 2015 الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6440، ص 932، الصيغة المحينة بتاريخ 18 فبراير 2016، صادرة عن مديرية التشريع لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية.

2-المراجع:

أولاً: الكتب بالعربية.

1-الكتب التفسيرية:

1. زكي الدين المنذري، مختصر صحيح مسلم، تحقيق الألباني رحمه الله، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، د س ن .

2. محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، بيروت، جمهورية لبنان، دار إين كثير، 2007.
 3. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري أبو الحسين، **صحيح مسلم**، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، قسم المتون الشريف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، د د ن ، 2010.
- 2-الكتب العامة.
1. إبراهيم أنيس محمد يحي، **الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين**، دراسة مقارنة، ط 2010، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، دولة فلسطين المحتلة.
 2. إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيان وآخرون، **المعجم الوسيط**، ج 2، جمهورية مصر العربية، مطبعة مصر، 1960.
 3. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، **المعجم الوسيط**، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، د د ن ، د س ن .
 4. إين رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، **القواعد في الفقه الإسلامي**، مكة، الطبعة الثانية، المملكة العربية السعودية، مكتبة نزار، 1999.
 5. إين منظور أبي الفضل جمال الدين بن مكرم :
---**لسان العرب**، مادة **وهب**، مجلد 7، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف ، د س ن .
 - لسان العرب**، مجلد 6، ج 54، طبعة 1، جمهورية مصر العربية، دار المعارف ، د س ن .
 - لسان العرب**، مجلد 9، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار صادر، 1993.
 6. أبو القاسم سعد الله، **تاريخ الجزائر الثقافي**، ط 1، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الغرب الإسلامي، 1998.
 7. أبو عبد الله محمد بن أبي قاسم، الشهير بالمواق، ج 3، **التاج والاكلیل**، ط 2، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الفكر القانوني، د س ن .

8. أبي البركات أحمد بن محمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ج 3، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، 2016.
9. أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، الطبعة 1، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العالمية، 1998.
10. أبي بكر بن عمرو الشيباني الخصاق، أحكام الأوقاف، ط1، جمهورية مصر العربية، ديوان عموم الأوقاف المصرية، د س ن .
11. أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء الثالث، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، الدكتور إبراهيم السامرائي، (100-175هـ)، د د ن ، د س ن .
12. أبي عبد الله الخرشبي، شرح الخرش على مختصر سيد خليل ومعه حاشية الشيخ على العدوي الصعيدي، ج 5، ط 2، جمهورية مصر العربية، المطبعة الأميرية ببولاق، د س ن .
13. أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الكافية، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار المغرب الإسلامي، د س ن .
14. أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق زهير الشاويش، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، دمشق، الجمهورية العربية السورية، المكتب الإسلامي، 1979.
15. أحمد الدردير أبو البركات، ج 3، الشرح الكبير، جمهورية مصر العربية، دار إحياء الكتب العربية، د س ن .
16. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك الدردير، ج 4، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 1995.
17. أحمد بن عبد الحميد بن تيمية، الإختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن قاسم، مكتبة ابن تيمية، مكة، المملكة العربية السعودية، 2008.

18. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، مطبعة مصر، 1954.
19. أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة والقانون المدني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار هومة للطباعة والنشر، 2008.
20. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.
21. أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون المقارن، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
22. أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والمقارن، دراسة مقارنة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2012.
23. أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، ط 1، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2007.
24. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، مجلد 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، عالم الكتب، 2008.
25. أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 2، دمشق، الجمهورية السورية، دار القلم، 2004.
26. إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2005.
27. إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1958.
28. أنور العمروسي: --- العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط 1، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 2002.

- الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، بمذاهب الفقه أحكام القضاء الحديثة ج1، طبعة 4، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار العدالة، 2010.
29. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، د س ن .
30. أنور طلبة:
- الملكية الشائعة، أحكام الشيوخ، التصرفات ومنازعاتها، الإستعمال والإستغلال، سلطة المدير، أعمال الإدارة، القسمة، ملكية الطبقات، إتحاد الشاغلين، جمهورية مصر العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2018.
- الوسيط في القانون المدني، إساءة إستعمال الحق والقانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، إنحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الجزء الأول، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 1998.
31. إياد محمد جاد الحق، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الإسلامي، 2007.
32. برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط 1، دمشق، الجمهورية السورية، المكتبة القانونية، 2002.
33. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط 1، بن عكنون، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
34. بن داود إبراهيم، الإسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، مدعما بالإجتهاادات القضائية وآخر التعديلات، الطبعة الأولى، الجلفة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مطبعة البيانية، 2005.
35. بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، القبة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الخلدونية، د س ن .
36. توفيق حسن فرج:

- الحقوق العينية الأصلية، حقوق الملكية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المؤسسة الثقافية الجامعية، د س ن .
- الوجيز في عقد البيع، جمهورية مصر العربية، الدار الجامعية، 1988.
37. جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الفكر، 1980.
38. جلال الدين السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتاب العربي، 2006.
39. جمال الدين محمد بن مكرم الملقب بإبن منظور الإفريقي المصري، معجم لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، ، بيروت، جمهورية لبنان، دار جادر، د س ن .
40. جمال محمد عيسى الأشقر، أحكام الدين في الفقه الإسلامي، المنصورة، جمهورية مصر العربية، مكتبة الإيمان، 2007.
41. جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1993.
42. حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ج1، ، ط1، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، 2001.
43. حسام الدين كامل الأهوائي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ج 2، الطبعة 2، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1995.
44. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، أحكام الإلتزام، إثبات الإلتزام، جامعة المستنصرية، بغداد، جمهورية العراق، د د ن ، 1976.
45. حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الإسلامي، 2007.

46. حسين المؤمن، نظرية الإثبات بالمحررات أو الأدلة الكتابية، ج 3، بيروت، الجمهورية اللبنانية، مكتبة النهضة، 1975.
47. حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل إجتهد المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة النقد المصرية في مسائل: (الزواج وإنحلاله، الخطبة، عقد الزواج وإثباته، الطلاق وآثاره، النيابة الشرعية، التبرعات، الوصية، الهبة والوقف)، الجزائر العاصمة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الخلدونية، 2015.
48. حمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1987.
49. حمد كامل مرسي، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، ج5، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، د س ن.
50. حمدي محمد إسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2009.
51. خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، مبادئ القانون التجاري، الشركات التجارية، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط 3، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، 2012.
52. خالد بن علي بن محمد المشيقع، الجامع لأحكام الوقف، والهبات والوصايا، ج3، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر، د دن، 2013.
53. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مجلد 1، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار المعرفة، د س ن .
54. راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
55. رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1968.

56. رمضان أبو السعود:
- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، بيروت، جمهورية لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- النظرية العامة للحق، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2005.
- مصادر الإلتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
57. رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاءا معلقا عليها بأحدث أحكام النقض، ط 5، جمهورية مصر العربية، دار الألفي، 2002.
58. زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د د ن، 2008.
59. زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير الباب، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 1997.
60. زكي الدين المنذري، مختصر صحيح مسلم، تحقيق الألباني رحمه الله، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1996.
61. زين الدين إبن نجيم الحنفي إبن عابدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه منحة الخالق، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، د س ن .
62. زين الدين إبن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق ومعه منحة الخالق، ج 6، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الكتب العلمية، 1997.
63. سعاد إبراهيم صالح، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، جمهورية مصر العربية، دار الضياء، 1991.
64. سليم هاني منصور، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي، ط 1، الجمهورية اللبنانية، منشورات مروان دعبول، 2010.
65. سليمان مرقس:
- الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، ج3، عقد البيع، ط 4، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، د د ن ، 1980.

- شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1991.
- نظرية العقد، جمهورية مصر العربية، دار النشر للجامعات المصرية، د س ن .
66. سمير الحراسيس، أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني الأردني، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الجنان للنشر والتوزيع، 2016.
67. سمير صبحي، أحكام الوقف في ظل الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، ط 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المرصد القومي للإصدارات القانونية، د س ن .
68. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 1998.
69. السيد سابق، فقه السنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار فتح للإعلام العربي، 1983.
70. السيد عبد الرحمن عرفة، الملكية الشائعة في ضوء أحكام النقض، جمهورية مصر العربية، المكتبة العالمية، 2013.
71. شفيق شحاته:
- نظرية الإلتزامات في القانون الروماني، طبعة 1956، د د ن، جمهورية مصر العربية .
- أحكام التركات والمواريث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1987.
- شرح الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، الطبعة الثالثة، دمشق، الجمهورية العربية السورية، مطبعة الدواوي، 1980 .
- شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، والمصادر غير الإرادية، الجزء الأول، دمشق، الجمهورية السورية، مطبعة رياض، 1983.

72. شمس الدين السرخسي، المبسوط، المجلد 6، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار المعرفة، 1989.
73. شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري وإجتهادات القضاء الفرنسي، ط 1، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2010.
74. الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، دار حزم، بيروت، الجمهورية اللبنانية، 2008.
75. صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، عناية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001.
76. صبحي حموي وآخرون، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار المشرق للطباعة للطباعة والنشر، 2000.
77. صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 1، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000.
78. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، د د ن، جمهورية مصر العربية، 2007.
79. عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والإقتصاد، السنة الخامسة والعشرون 25، قسم 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، د د ن .
80. عبد الجليل عبد الحميد عشوب، كتاب الوقف، الطبعة 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الآفاق العربية، 2000.
81. عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة:

- الجزء الأول، المجلد الأول، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، 2003.
- الجزء الأول، المجلد الأول، جمهورية مصر العربية، ط 2، دار الفكر والقانون، 1999.
- موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، البطلان في قانون المرافعات، بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، وفقا لاحداث أحكام محكمة النقض، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.
- تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، د س ن .
82. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، البطلان في قانون المرافعات، الجزء الاجرائي، أحكام البطلان، حالات البطلان، البطلان في القانون المدني، نظرية البطلان، تطبيقات البطلان، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف، 2007.
83. عبد الحميد محمود طهماز، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، دمشق، جمهورية سوريا العربية، دار القلم، 1998.
84. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفق القانون الكويتي، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، دولة الكويت، مطبعة الجامعة الكويتية، 1982.
85. عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، الطبعة الأولى، الجمهورية الإسلامية الإيرانية، دار الهجرة، 1984.
86. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكيبولي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبي ومعه الدر المنتقى في شرح المنتقى، ج 1، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، 2016.

87. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: --- الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011 .
- الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011 .
- الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة، والقروض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011.
- الجزء السادس، العقود التي تقع العقود على الإنتفاع بالشيء، المجلد الأول، الإيجار والعارية، الطبعة الثالثة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011.
- الجزء السابع، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الطبعة الثالثة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011.
- الجزء الثامن، حق الملكية، مع شرح مفصل لأشياء والأموال، الطبعة الثالثة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 2011.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت، جمهورية لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
- نظرية العقد، ج 2، جمهورية مصر العربية، نهضة مصر، 1998.
88. عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الشمس للطباعة، 2006.
89. عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الإحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، البلدة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار قصر الكتاب، 2006.

90. عبد القادر خليل، سحب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والإيطالي، جمهورية مصر العربية، دار النهضة، 1964.
91. عبد الله العلايلي، مقدم الصحاح في اللغة والعلوم، مجلد 2، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الحضارة العربية، د س ن .
92. عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، ج 1، ط 1، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة الملك فهد الوطنية، 2008.
93. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، بغداد، جمهورية العراق، المكتبة القانونية، 2007.
94. عبد المجيد خلف العنزي، بطلان العقود في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 2010.
95. عبد المنعم أحمد خليفة، مجلد 7، الرجوع عن الهبة والآثار الناجمة عن ذلك، دراسة مقارنة، عدد 33، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية د د ن ، د س ن .
96. عبد المنعم فرج الصدة :
- أثر العوامل الإقتصادية والإجتماعية في العقد، الجزء الثاني، القاهرة، جمهورية مصر العربية. د د ن ، د س ن .
- الحقوق العينية الأصلية، دراسة مقارنة في القانون البناني والقانون المصري، جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د س ن .
- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 1، جمهورية مصر العربية، دار النهضة، 1990.
97. عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات الشريعة والقانون، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر، 1998.
98. عصمت عبد الحكيم بكر:

--- نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دور تقنيات الإتصال الحديثة في إبرام العقد، أربيل، جمهورية العراق، لبنان، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، د س ن .

--- عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.

99. عكاشة محمد عبد العال، طارق مجدوب، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

100. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني:

--- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج 5، ط 1، جمهورية مصر العربية، مطبعة الجمالية، 1910.

--- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، ط 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة الجمالية، 1910.

101. على أحمد الندوي، القواعد الفقهية مفهومها نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، الطبعة الثالثة، دمشق، الجمهورية السورية، دار القلم، 1994.

102. على العدوي الصعيدي أبو عبد الله الخرخشي، شرح الخرش على مختصر سيد خليل ومعه حاشية الشيخ، ج 5، ط 2، جمهورية مصر العربية، المطبعة الأميرية ببولاق.

103. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج 1، بيروت، جمهورية لبنان، دار الكتب العلمية، د س ن .

104. علي علي أبو رمان، دور القاضي في إستكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع 2015.

105. علي علي سليمان:

--- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، د س ن .

- النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، بن عكنون، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
106. علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، موفم للنشر، 2011.
107. عمر بن سعيد، الإجتهد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، بريكة، باتنة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001 .
108. عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار هومة للطباعة والنشر، 2004.
109. عمران محمد علي رسلان، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة للقانون الليبي والقانون المصري، دولة ليبيا، المكتبة الوطنية، 1978.
110. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، طبعة، جمهورية مصر العربية، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019.
111. غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط 1، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
112. فتحي المرصفاوي، شريعة الرومان، الجمهورية العربية المصرية، دار النهضة العربية، 1985.
113. فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار منشأة المعارف، 1992.
114. فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور المعروف بقاضيخان الاوزجندي الفرغاني، فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج 3، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الكتب العلمية، د س ن .

115. كمال الدين محمد عبد الواحد إبن همام، شرح فتح القدير، ج 3، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة مصطفى محمد، د س ن .
116. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الحديث، 2001.
117. مجموعة الأعمال التحضيرية، الإلتزامات، مصادر الإلتزام، الجزء الثاني، د س ن، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مطبعة دار الكتاب العربي، د س ن .
118. مجيد مخلوفي، نظام الشهر العقاري الجزائري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
119. محمد أبو زهرة: --- أحكام التركات والمواريث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1987.
- شرح قانون الوصية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1988.
- محاضرات في الوقف، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الفكر العربي، 1972.
120. محمد الحجاز، فتح العلام بشرح مرشد الأنام، ج 5، ط 1، الجمهورية اللبنانية، دار إبن حزم، 1998.
121. محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، العقد، ط 2، الجمهورية التونسية، مطبعة الوفاء، 1997.
122. محمد بقيق، النظرية العامة للتصرف القانوني، الجمهورية التونسية، مجمع الأطرش للنشر، 2009.
123. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، بيروت، الجمهورية اللبنانية، 2008.
124. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دمشق، الجمهورية السورية، دار الفكر، د س ن .

125. محمد بن أحمد تقية، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، القليعة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الديوان الوطني للأفانل التربوية، 2003.
126. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيروت، جمهورية لبنان، دار ابن كثير، 2007.
127. محمد بن حسين، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، صنعاء، اليمن، مكتبة الجيل الجديد، د س ن .
128. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخيار، الجزء الخامس، دار الجليل، بيروت، جمهورية لبنان، 1973.
129. محمد بن محمد الحطاب الرعيني، الفقه المالكي، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، دار الغرب الإسلامي، 1984.
130. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس، الجزء السابع، غزة، فلسطين، دار الهداية، 2010.
131. محمد بن يوسف الصالحي الشامي، سبل الهدى والرشاد في سيرة خير العباد، جزء 4، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 2006.
132. محمد حسن القاسم:
- موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية (حق الملكية في ذاته، أسباب كسب الملكية)، جمهورية العربية السورية، منشورات الحلبي الحقوقية، د س ن .
- العقود المسماة، البيع التأمين الإيجار، دراسة مقارنة، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
133. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 5، الجزائر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
134. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991.

135. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، عين مليلة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الهدى، 2012.
136. محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 2013.
137. محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء، ط 3، جمهورية مصر العربية، دار محمود للنشر، 1994.
138. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج 1، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المطبعة العالمية، 1952.
139. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، ط 1، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، د س ن .
140. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي، القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، ط 1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المركز القومي للإصدارات القانونية، د س ن .
141. محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب مالك، في جميع العبادات والمعاملات والميراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الندوة، 2001.
142. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د س ن .
143. محمد وحيد الدين سوار، شرح الحقوق العينية الأصلية، الأشياء والأموال، ط 3، دمشق، الجمهورية العربية السورية، مطبعة الدوادي، 1980.
144. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة، 1993.
145. محمد يونس لاشين الغياثي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط 1، جمهورية مصر العربية، مكتبة جامعة طنطا، د س ن .

146. محمود إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، ط 1، الإسكندرية، الجمهورية مصر العربية، مطبعة الوفاء، 2013.
147. محمود المسعدي، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1991.
148. مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، ج 2، غاية المنتهى، ط 1، دولة الكويت، مؤسسة الفراسن، 2008.
149. مصطفى أحمد الزرقاء:
- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج 1، دمشق، الجمهورية العربية السورية، مطبعة جامعة، 1961.
- نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط 1، دمشق، جمهورية سوريا العربية، دار القلم، 1999.
150. مصطفى العوجي:
- القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، 1939.
- النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، أربيل جمهورية العراق، منشورات جامعة جيهان الخاصة، 2011.
- نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دور تقنيات الإمتثال الحديثة في إبرام العقد، جمهورية العراق، دار الكتب العلمية، د س ن.
- الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983.

151. مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، بيروت، الجمهورية اللبنانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1982.
152. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، الجمهورية المصرية، الدار الجامعية الجديدة، 2003.
153. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، أربيل كردستان، جمهورية العراق، دار ثاراس، 2006.
154. منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار المعارف، 1957.
155. مهدي كامل الخطيب، دعوى الفرز والتجنيب على ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الألفي القانونية، د س ن .
156. الموسوعة الفقهية، مرض الموت، ماهرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، دولة الكويت، مطابع دار الصفاة، 1997.
157. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي دمشقي الصالحي الحنبلي، ج 9، المغني، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار عالم الكتب، 1997.
158. موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المجلد 6، الجمهورية اللبنانية، دار الكتاب العربي، 1983.
159. نادية فوضيل، الإسناد التجارية في القانون الجزائري، الطبعة 15، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار هومة، 2015.
160. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإزاريطة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000.

161. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الإقرار، الإبراء، موسوعة الفكر القانوني، عين مليلة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، دار الهدى، د س ن .
162. نبيلة الكراي الورييمي، حائز العقار، الطبعة الأولى، الجمهورية التونسية، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، 2015.
163. نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2012.
164. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، العقد، بيروت، جمهورية لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
165. الهمام مولانا الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، الجزء الرابع، فتاوى قاضيخان و الفتاوى البزازية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر، د س ن .
166. هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، جمهورية مصر العربية، الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، 2015 .
167. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجزء 10، دولة الكويت، دار السلاسل، د س ن.
168. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، دمشق، سوريا، دار الفكر، 1985.
169. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، العقود المسماة، ج 9، العقود التي تقع على الملكية البيوع الخاصة، الجمهورية اللبنانية، د د ن ، 1997.
170. يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، ج 9، شرح المهذب في فقه الشافعية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، المطبعة المنيرية، د س ن .

171. يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، القاهرة، الجمهورية العربية المصرية، دار النهضة العربية، 1993.

3-الكتب المتخصصة:

1. أنعام عرفات حمدان، تطبيقات تحول العقد في المصارف، الطبعة الأولى، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، 2014.

2. رأفت الدسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، د س ن .

3. رأفت الدسوقي، فكرة التحول في القرارات القضائية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، 2012.

4. سالار محمد رشيد، نظرية تحول العقد وتصحيح العقد الباطل في القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي، السليمانية، جمهورية العراق، دائرة الإدعاء العام في السليمانية، د س ن .

5. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

6. علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، الطبعة الأولى، بيروت، الجمهورية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.

4-الرسائل الجامعية:

1. إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل إجازة معهد القضاء، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، قسم السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، د س ن .

2. حمد فخري حمد عزام، **التحول في العقد**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2000.
3. خمري أعمار، **السندات التجارية في منظور الشرع والتاجر الجزائريين**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2013.
4. سامي الجربي، **تفسير العقد**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، الجمهورية التونسية، جمهورية تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، د س ن.
5. سير رفيق، **نظرية التصرف القانوني الثلاثي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014.
6. عبد الباسط جمعي، **نظرية الأوضاع الظاهرة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1955.
7. عبد الباسط جمعي، **نظرية الأوضاع الظاهرة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1955.
8. عبد العزيز مصطفى الخالد، **العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي**، أطروحة دكتوراه، فرع الفقه والأصول، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، كلية الشريعة الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، د س ن .
9. فاطمة أسعد، **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري**، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، كلية الحقوق، 2015.
10. محمد بوكماش، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، باتنة، جامعة الحاج لخضر، الجمهورية

الجزائرية الديمقراطية الشعبية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية،
قسم العلوم الإسلامية، 2012.

11. محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي
الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون
الخاص، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، كلية
الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، د س ن.

5-المجلات والمقالات:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لإنتقاص التصرفات القانونية، مجلة
الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة الأولى، كلية الحقوق، دولة الكويت، 1978 .
2. إبراهيم الصادق الجندي، القتل الرحيم بين الدين والقانون والأخلاق، مجلة الأمن
والحياة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية،
1999.
3. أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها في الشرع الإسلامي، مجلة القانون والإقتصاد، السنة
1، عدد 3، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1931.
4. أحمد المصطفى محمد الصالح الصادق، أحكام قسمة المهايأة في قانون المعاملات
المدنية السوداني والفقه الإسلامي، مجلة جامعة شندي للدراسات والبحوث الشرعية
والقانونية، السنة الأولى، العدد الأول، جمهورية السودان، يونيو 2019.
5. أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها في الفقه الإسلامي، المجلد 32،
مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عدد 1، الجامعة الأردنية، المملكة الهاشمية
الأردنية، 2005.
6. إسراء فهمي ناجي، عادل شمran حميد، العقد الفاسد في الفقه الإسلامي والقانون
المدني، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني
الوطني الأول، جمهورية العراق، 2012.

7. إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، سلسلة الدراسات الإسلامية، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، جامعة الأزهر، غزة، دولة فلسطين، 2011.
8. بن داود إبراهيم، طبيعة أحمد، إدارة الاملاك الوقفية بالجزائر وسبل استثمارها، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، عدد 4، جوان 2006، جامعة الأغواط، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
9. جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الخامس، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2018.
10. حبيب إدريس عيسى، عباس زعبون العبودي، إثبات مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين، المجلد الرافدين، العدد 9، السنة 18، جمهورية العراق، د س ن.
11. حيدر جبار محمود، تحول العقد وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة، بغداد، العدد الرابع، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، جمهورية العراق، د س ن.
12. خيرة علي خوجة، بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د س ن .
13. رابح بن غريب، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د س ن .
14. سعاد سطحي، عقد الهبة في الفقه المالكي، المجلد 21، مجلة جامعة الأمير عبد القادر، العدد 2، قسنطينة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د س ن.
15. سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد الثالث والعشرون، 2014.

16. سفيان سواالم، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإسلامية والإنسانية، السنة التاسعة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2017.
17. ضمير حسين المعموري، نبيل مهدي زوين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، العدد السابع، الكوفة، جمهورية العراق، مجلة مركز الدراسات، 2008.
18. عامر رحمون، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د س ن.
19. عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والإقتصاد، السنة الخامسة والعشرون 25، د س ن.
20. عبد الحفيظ محمد عيدو رواس قلعجي، بطلان العقد في الفقہ الإسلامي، العدد الثاني، جامعة الكويت، دولة الكويت، مجلة الحقوق، 2004.
21. عبد الحميد محمود البعلي، تحول العقود وإعادة تكييفها وآخر العوارض الطارئة في ذلك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، د س ن .
22. عبد الحميد محمود الحنفاوي، تاريخ نظام التجديد في القانون الروماني، مجلة الحقوق، السنة الرابعة عشر، العدد الأول والثاني، جامعة الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1929.
23. عبد الهادي درار، قسمة المهايأة كآلية لإدارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري، مجلة تشريعات التعمير والبناء، العدد الثالث، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، سبتمبر 2017.
24. عقيلة حسين، المرجعية الفقهية في الجزائر، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، عدد 7، 2014.

25. علي حسن كاظم، **البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية إنقاص العقد**، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، عدد 42، كلية التربية للعلوم الصرفة، جامعة بابل، جمهورية العراق، 2019.
26. علي مخلف حماد، **فكرة تحول عقود الإدارة**، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأنبار، الجمهورية العراقية، 2019.
27. قاسم محمد حزم محمود، أنس مصطفى أبو عطا، **أحكام ضمان الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة، مجلد 10، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، عدد 1، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2013.
28. كيجل حياة، **قسمة المهياة المكانية كوسيلة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد الرابع، بن عكنون، كلية الحقوق، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2011 .
29. ماجدة أحمد شلبي، **الإندماج المصرفي كأداة للتنفيذ إلى الأسواق ودعم القدرة التنافسية في عصر التكتلات والكيانات العملاقة**، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، عدد 461، 2003.
30. محمد أبو العثم النسور، **نظرية تحول التصرفات وتطبيقها على بعض المعاملات التجارية في القانون الأردني**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، عدد 2، الجامعة الأردنية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2019.
31. محمد أحمد البديرات، **مدى إعتبار مرض الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، مجلة جامعة جرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد إثنان وعشرون، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة جرش الأهلية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006.
32. محمد البوسقساقي، **نظرية تحول العقد في التشريع المدني المغربي والمقارن**، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المملكة المغربية، د س ن .

33. محمد بلبل، قسمة المهياة المكانية في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 24، العدد 2، جامعة ياجي مختار، عنابة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2018.
34. محمد عقوني، رهن الشريك لحصته في عقار رهنا رسميا، مجلة المفكر، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د س ن .
35. محمد عمار تركمانية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة قطر، دولة قطر، د س ن .
36. محمد محمد رافع يونس، أحكام وقف المريض مرض الموت، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، الموصل، جمهورية العراق، د س ن .
37. محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والخمسون، السنة السابعة والعشرون، 2013.
38. مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، العدد 45 مارس، جامعة باجي مختار، عنابة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2016.
39. مصطفى مغزاوي، إسهام مؤسسات التعليم الوطنية في الحفاظ على المرجعية الفقهية المالكية للجزائر 1830-1962، مجلة حوليات التاريخ والجغرافيا، مجلد 4، عدد 7، د س ن .
40. منتصر علوان كريم، القرار الإداري المتحول التاصيل والشروط، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد 2، جامعة ديالي، جمهورية العراق، 2017.
41. منصور إبراهيم العتوم، تحول القرارات الإدارية، دراسة تحليلية تأصيلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 1، السنة 1، جامعة عمان الأهلية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2011.

42. ميدون مفيدة، معمرى إيمان، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة طبنة، المركز الجامعي، بريكة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، د س ن .
43. نسمية درار، قسمة المهياة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2014.
44. نعيم سمارة المصري، قسمة المهياة في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر العدد الأول، 2011.
45. نوال بن نوي، إجراءات تثبيت الملكية بالوصية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، د س ن .

6-المجلات القضائية:

1. مجلة الأحكام العدلية.
2. مجلة نقابة المحامين الأردنية، السنة 1960.
3. مجلة نقابة المحامين الأردنية، السنة 1982.
4. المجلة القضائية سنة 1998، عدد 2.
5. المجلة القضائية، العدد 3.
6. المجلة القضائية 1991.
7. مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2004.
8. مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، 2008.

6- الندوات والملتقيات العلمية:

1. إسماعيل الصيدلاني، نظام الأوراق التجارية، الملتقى السنوي للحقوقين، جدة، المملكة العربية السعودية، 2015، 6/30 إلى 1436/3/4.

2. حوري ديلمي، القسمة العقارية، اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية، عدد خاص، جامعة سوق أهراس، يوم 2004/4/27.
3. عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقد في الفقه والقانون، دراسة مقارنة وموازنة بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول (31 ماي إلى 03 جوان)، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي 2009، الإمارات العربية المتحدة.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية.

A -Ouvrages généraux :

1. Ahmed Zeki el chiati-essai sur la qualification des contrats-le ciar le scribe egyptien s.a.e scribe house, 26 rue galal, 1944.
2. Alain. Benalbent : Droit civil« les contrats speciaux et commerciaux » .8^{eme} editon ; paris, Montcherstien Lextenso, edition. 2008.
3. Anne Laude, La reconnaissance du contrat par le juge, thèse presses universitaires ,D'AIX-Marseille, 1992.
4. Batiffoli Henri ,La crise du contrat et sa portée ,APD , 1968.
5. Benabent Alain , La bonne foi, travaux de l'association de Henri Capitant, TXIII , 1992.
6. Besrour Noureddine, sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel ,Thèse, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.
7. Beudant.cours de le droit civil francais (la vente et le louage) publie par Robert Beudant Paris, 1908.
8. Boulanger Jean ,Notation sur le pouvoir créateur de jurisprudence ,RTD ,civ,1991.

9. Boulanger Jean, Notation sur le pouvoir créateur de jurisprudence, RTD, civ,199.
10. Couret Alain, La notion juridique de conversion, mélanges vigreux, Toulouse, 1981.
11. Ghestin Jacques ,L'utilite et le juste dans les contrats,D,1982
12. Jacques Ghestin, jeronne Huet, Georges Decoq, qu'il Gril Grimaldi,Herve Lecuyer avec la collaboration, de juliette,Moel-Maroger : trait de droit civil les contrats speciaux, 3^{eme} edition, Paris, alpha edition-L-G-D-J lextenso edition, 2012, p 985.
13. Josserand Louis, Aperçue général des tendances actuelles de la théorie des contrats ,RTD ,civ 1937.
14. Lipinski (pascal), la conversion des actes juridiques ,ouvrage précité, 2002.
15. Mostaph mohamed el gammel-l'adaptayion du contrat aux circonstances economiques, librairie de droit et jurisprudence, Paris, 1967.
16. Starck Boris, Boland Henri , Boyer, Laurent, droit civil, les obligations, le contrat édition litec, 3^{eme} édition, 1989.
- 17.Starck Boris , Boland Henri , Boyer, Laurent , droit civil , les obligations, le contrat édition litec ,3^{eme} édition, 1989 .
- 18.Weill Alex ,Terre François , Droit civil, les obligations, 4^{eme} édition ,Daloz, paris,1986 .
- 19.Zine Mohamed, Centenaire de la codification en Tunisie le COC, Daloz 1996 .

B-Thèses et Mémoires:

1. Anne Laude, La reconnaissance du contrat par le juge, thèse presses universitaires ,D'AIX-Marseille, 1992 .
2. Besrouir Noureddine, sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel ,Thèse, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.
3. Couret Alain , La notion juridique de conversion , mélanges vigreux , Toutouse , 1981.
4. FLOUR (J) et AUBERT (j-L), L'acte juridique
5. Ghestin Jacques : La notion du contrat, D,1982.chr.
6. Gounot Emanuel, le principe d'autonomie de la volonté en droit prive contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, 1912.
7. Gout Olivier, le juge et l'annulation du contrat, Thèse université de droit d'économie et des sciences D'aix –Marseille, PUAM ,1999 .
8. GULFUCCI- THIBIFRGE (C) : Nullites ,these precitee
9. Josserand Louis, Aperçue général des tendances actuelles de la théorie des contrats ,RTD ,civ 1937 .
- 10.L'utilité et le juste dans les contrats,D,1982,chr.
- 11.Perrin Xavier, la conversion par réduction des actes et des personnes juridique, Essai d'un théorie en droit français, thèse pour le doctorat, faculté de droit de l'université de Lyon en 1911.
- 12.ROUAST (A) : Essai sur la notion juridique de contrat collectif, these precitee.

13. ROUJOU DE BOUBEE (G) : Essai sur l'acte juridique, These precitee.

14. Simler Philippe, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, Paris ,1969.

WORMS (R) : De la vovonte unilateral, These precitee

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

الصفحة	محتوى
	بسملة
	الإهداء
	شكر و عرفان
	مقدمة
الباب الأول: ماهية نظرية تحول التصرف القانوني.	
14	الفصل الأول: التطور التاريخي لنظرية تحول التصرف القانوني
14	المبحث الأول: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الشرائع القديمة
15	المطلب الأول: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني
17	الفرع الأول: نشأة نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني
19	الفرع الثاني: أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الروماني
27	المطلب الثاني: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الألماني
30	الفرع الأول: أنصار الإرادة الباطنة
31	الفرع الثاني: أنصار الإرادة الظاهرة
32	الفرع الثالث: أهم التطبيقات العلمية العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الألماني
34	المبحث الثاني: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الشرائع الحديثة
35	المطلب الأول: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون الفرنسي
37	الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي من نظرية تحول التصرف القانوني
42	الفرع الثاني: أهم تطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون الفرنسي
45	المطلب الثاني: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في القانون المصري
46	الفرع الأول: مناقشة نظرية تحول التصرف القانوني وفقا للمذكرة الإيضاحية

49	الفرع الثاني: أهم التطبيقات العملية لنظرية تحول التصرف القانوني في القانون المصري
50	المطلب الثالث: تطور نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الإسلامي وأهم تطبيقاتها في الفقه الإسلامي
51	الفرع الأول: تعريف إنقلاب العقد
59	الفرع الثاني: آثار نظرية تحول التصرف القانوني
71	الفصل الثاني: المنطلقات المفاهيمية والنظرية لنظرية تحول التصرف القانوني
71	المبحث الأول: مفهوم نظرية تحول التصرف القانوني
72	المطلب الأول: تعريف نظرية تحول التصرف القانوني
72	الفرع الأول: تعريف التحول
79	الفرع الثاني: مفهوم التصرف القانوني
96	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لنظرية تحول التصرف القانوني
111	الفرع الرابع: نطاق تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني
115	المطلب الثاني: شروط نظرية تحول التصرف القانوني
116	الفرع الأول: الشروط الموضوعية
149	الفرع الثاني: الشروط الذاتية
167	المبحث الثاني: تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن غيرها من المفاهيم
168	المطلب الأول: تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية إنقاص العقد
172	الفرع الأول: شروط نظرية إنقاص العقد
176	الفرع الثاني: أوجه التشابه بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية إنقاص العقد
178	الفرع الثالث: أوجه الإختلاف بين نظرية تحول التصرف القانوني ونظرية إنقاص العقد

180	المطلب الثاني: تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية تكيف العقد
186	المطلب الثالث: تمييز نظرية تحول التصرف القانوني عن نظرية تفسير العقد
189	المبحث الثالث: آثار نظرية تحول التصرف القانوني
190	المطلب الأول: آثار نظرية تحول التصرف القانوني قانونا
190	الفرع الأول: آثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه التقليدي
194	الفرع الثاني: آثار نظرية تحول التصرف القانوني في الفقه الحديث
197	المطلب الثاني: آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الأشخاص والزمان
198	الفرع الأول: آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الأشخاص
203	الفرع الثاني: آثار نظرية تحول التصرف القانوني من حيث الزمان
216	خلاصة الباب الأول
الباب الثاني: الدور التشريعي في تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني.	
221	الفصل الأول: حلول المشرع محل الأطراف عند تشكيل التصرف القانوني
221	المبحث الأول: أهم صور التشريعية لتحول التصرف القانوني
222	المطلب الأول: التحول في حالة بطلان الوسيلة القانونية للتصرف القانوني
222	الفرع الأول: تطبيق نظرية التحول في القانون التجاري
225	الفرع الثاني: تطبيق نظرية التحول في القانون الإداري
229	المطلب الثاني: التحول في حالة بطلان مضمون القانوني التصرف القانوني
231	الفرع الأول: الدوافع النظرية
233	الفرع الثاني: الدوافع العملية
234	المطلب الثالث: نتائج تدخل المشرع في تحول التصرف القانوني
235	الفرع الأول: تغيير مفهوم العقد
237	الفرع الثاني: دور إرادة المشرع في مادة العقود
239	المبحث الثاني: الدور القضائي في تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني
239	المطلب الأول: حلول إرادة القاضي محل إرادة الأطراف عند تشكيل التصرف الجديد

240	الفرع الأول: حلول إرادة القاضي محل إرادة الأطراف في التحول
243	الفرع الثاني: الصدى الضعيف لتحول التصرف القانوني في العمل القضائي
245	المطلب الثاني: آثار تدخل القاضي في عملية التحول
246	الفرع الأول: تبني النظرة الجديدة لدور القاضي
250	الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا لقرارات تحول التصرف القانوني
253	الفصل الثاني: أهم حالات نظرية تحول التصرف القانوني
254	المبحث الأول: أهم حالات وتطبيقات نظرية تحول التصرف القانوني في القانون المدني.
254	المطلب الأول: تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية
255	الفرع الأول: الإطار القانوني لقسمة المهايأة
268	الفرع الثاني: أنواع قسمة المهايأة
273	المطلب الثاني: مقارنة المادة 105 من القانون المدني بالمادة 733 من نفس القانون
273	الفرع الأول: مقارنة تحول التصرف القانوني وتحول القسمة النهائية إلى قسمة مؤقتة
277	الفرع الثاني: مقارنة تحول التصرف القانوني وتحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية
292	الفرع الثالث: عدم إنقلاب قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية
293	المطلب الثالث: تحول بيع ملك الغير إلى عقد منشئ للالتزامات
293	الفرع الأول: التنظيم القانوني لبيع ملك الغير
302	الفرع الثاني: تأصيل أحكام بيع ملك الغير
320	المطلب الرابع: حكم الوكالة في القانون المدني الجزائري
321	الفرع الأول: مفهوم عقد الوكالة
325	الفرع الثاني: تحول عقد الوكالة إلى فضالة
330	المبحث الثاني: حكم تصرفات المريض مرض الموت
331	المطلب الأول: مفهوم مرض الموت

331	الفرع الأول: تعريف مرض الموت
342	الفرع الثاني: شروط مرض الموت وإثباته
355	المطلب الثاني: حكم تصرفات المريض مرض الموت
356	الفرع الأول: حكم بيع المريض مرض الموت
372	الفرع الثاني: حكم وقف المريض مرض الموت
391	المطلب الثاني: حكم هبة المريض مرض الموت
392	الفرع الأول: مفهوم هبة المريض مرض الموت
398	الفرع الثاني: تحول هبة المريض مرض الموت إلى وصية
407	خلاصة الباب الثاني
410	الخاتمة
417	قائمة المصادر والمراجع
452	فهرس المحتويات

المخلص

تشكل نظرية تحول التصرف القانوني أحد أهم النظريات التي إستحدثها الفقه الألماني وصاغها بعدئذ تشريعه وكانت المنبت الأول لها، وقد حضيت النظرية بشيوع وذيوع كبيرين من قبل الفقه والقضاء، وتلف مختلف التشريعات الغربية والعربية لها وتقبلها كمثل المشرع الجزائري، الذي قننها بمقتضى المادة 105 من القانون المدني، لكن إقتصر النص الجزائري على العقد بإعتباره من أهم التصرفات القانونية خلافا للنص الأصل الذي نص على تحول التصرف القانوني، نظرا لأهمية النظرية في إنقاذ التصرفات القانونية من البطلان بما يضمن المحافظة على إستقرار المعاملات وحماية مصالح المتعاقدين والأغيار أصحاب النية الحسنة.

من المعلوم أيضا لدى المشتغلين في الحقل القانوني أن المجال الذي تنتج فيه نظرية التحول مفاعليها هو التصرف الباطل، بحيث أن هذا التصرف إذا إشتمل على عناصر تصرف آخر بالشروط التي نص عليها القانون فإن التصرف الباطل يكون صحيحا بإعتباره ذلك التصرف الذي توافرت أركانه، وعليه نفاذ الآثار الخطيرة التي تترتب على البطلان أو على الأقل محاولة التقليل منها، وطبعا يبقى دور قاضي الموضوع مركزيا في فحص طبيعة كل تصرف وقياس مدى قابليته للتحول، كون شرط ضرورة البحث عن نية الأطراف السمة المميزة لنظرية تحول التصرف القانوني عند تطبيقها من طرف القاضي.

ثم تخلص الدراسة إلى ضرورة تعديل تسمية نظرية تحول العقد في التشريع الجزائري إلى نظرية تحول التصرف القانوني للدلالة على عموميتها، نظرا لأهميتها من الناحية العملية ليكون هذا النص الشريعة العامة لباقي الحالات التي يحدث فيها التحول سواء في التصرفات العقدية أو التصرفات الإنفرادية ولما لا حتى في القانون العام.

الكلمات المفتاحية:

تحول التصرف القانوني، بطلان التصرف القانوني، إرادة الأطراف، إرادة القاضي، آثار تحول التصرف القانوني.

Abstract :

The theory of the transformation of legal behaviour is one of the most important theories developed by German jurisprudence and then formulated by its legislation and it was the first source of it. The theory has become widespread popular jurisprudence and the judiciary, and various Western and Arab legislations appealed to it and accepted it as the Algerian legislator, who codified it under Article 105 of the Civil Code, But the Algerian text was limited to the contract, as it is one of the most important legal actions, in contrast to the original text that stipulated the transformation of legal behaviour, given the importance of the theory in saving legal actions from invalidity in a way that guarantees the preservation of the stability of transactions and the protection of the interests of contractors and others of good faith.

It is known to those working in the legal field that the field in which the transformation theory produces its actions is the behaviour, so that if this behaviour includes elements of another behavior according to the conditions stipulated by the law, then the invalid behaviour is considered as correct as it is that behaviour whose elements are available, and it must avoid dangerous effects, or at least reducing its effects. Of course the role of the case judge remains central in examining the nature of each behaviour and measuring its susceptibility to transfer, since the condition of the need to search for the intention of the parties is the significant feature of the theory of legal behaviour transformation when applied by the judge.

The study concludes with the need to amend the name of the theory of contract transformation in Algerian legislation to a theory of legal behaviour transformation to indicate its generality, given its importance in practice, so that this text become the general law for the rest of the cases in which the transformation occurs, whether in contractual or unilateral acts, and why not even in public law .

key words:

The legal behaviour transformation , the invalidity of the legal action, the will of the parties, the will of the judge, the effects of the legal behaviour transformation .