مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

ISSN: 1112-9751

نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري

سوالم سفيان

جامعة سوق أهراس

نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري

سوالم سفيان

جامعة سوق أهراس

ملخص :

تلعب آلية تحول العقد ، دورا كبيرا في انقاذ العقود من البطلان بما يضمن المحافظة على استقرار العلاقات التعاقدية ، وضمان مصالح المتعاقدين .

ونظرا لهذه الأهمية أخذت هذه النظرية طريقها الى القوانين العربية والغربية وان اختلفت في شكل تبنيها ، بين من نص عليها كقاعدة عامة مثلما قام به المشرع الجزائري في المادة 105 من القانون المدني ، ومن نص على بعض التطبيقات أو صور لتحول العقد مثل القانون الفرنسي والقانون الانجليزي .

ان الاهتمام الذي خصه المشرع الجزائري لآلية تحول العقد بالنص عليها كقاعدة عامة اضافة الى جملة النصوص الخاصة ، جاء ضمن شروط قانونية يلتزم القاضي بالبحث عنها ويشكل شرط ضرورة البحث عن ارادة أطراف العقد ، السمة المميزة لنظرية تحول العقد في القانون الجزائري عند تطبيقها من طرف القاضي .

كلمات مفتاحية :

تحول العقد – بطلان العقد – ارادة الاطراف – ارادة القاضي – اثار تحول العقد

Summary:

Turning mechanism of the Decade, play a significant role in the rescue of the invalidity of contracts to ensure the preservation of the stability of contractual relations, and ensure the interests of the contractors.

Given the importance of this theory took its way to the Arab and western laws and that they differ in the form of adopted between the text of the general rule as the Algerian legislature in article 105 of the Civil Code, and the text of some applications or pictures of the transformation of the Decade, such as the French law and English.

The attention which the Algerian legislature turning mechanism of the Decade by, inter alia, as a general rule, in addition to the texts of the legal conditions, came within the judge is obliged to search for the requirement of the need to search for the will of the parties to the contract, the hallmark of the theory of the transformation of the decade in Algerian law when applied by the judge.

Keywords:

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

مقدمة

تحظى العلاقة التعاقدية باهتمام المشرع من خلال سعيه لإنشائها على أسس صحيحة والحرص على استمرار هذه العلاقة وإنقاذها من الانحلال أو البطلان ، ولما كان البطلان هو انعدام العقد بالنسبة الى المتعاقدين وبالنسبة الى الغير تبعا لذلك ، تعد الية تحول العقد المخرج الأنسب لتفادي خطورة النتائج التي قد تترتب على البطلان والتي قد تمس بالوضعيات القانونية والاقتصادية للأطراف المتعاقدة وتساعد على استمرار العلاقة العقدية .

ونظرا لأهمية التحول كوسيلة للمحافظة على استقرار المعاملات ، أصبحت نظام قانوني لا يمكن تجاهله في ظل سعي النظم القانونية الحديثة الدائم للتقليل من حالات البطلان والاستفادة من العقود بما يؤمن تحقيق غايات العقد الاقتصادية والاجتماعية . وفي هذا الاطار قامت أغلب القوانين العربية والغربية بتكريس هذه النظرية سواء بالنص صراحة عليها كقاعدة عامة ، أو النص على بعض صور للتحول .

ولقد كرس المشرع الجزائري نظرية تحول العقد في نص المادة 105 من القانون المدني الصادر بموجب الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، التي تنص على ما يلي : ((**اذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه اركان عقد اخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد**)) .

ولئن كرس القانون الجزائري الية تحول العقد ، فإن فكرة التحول ليست بالجديدة ، بل انها فكرة قديمة تمتد جذورها بعيدا في التاريخ ، كان تحول العقد مجرد فكرة في القانون الروماني، ، ولم يأخذ به المشرع الفرنسي إلا ان الفقه الفرنسي تأثر به بداية القرن العشرين.

حيث أخذت بها الشرائع القديمة ، كما اخذ بها المسلمون وبالرجوع الى الفقه الاسلامي فإننا لا نجد تكريسا لنظرية عامة للتحول ، إلا أن هذا الفقه لايخلو من بعض التطبيقات التي بلغت اعلى درجات التنظيم ، وهو مالم تصل اليه الكثير من التشريعات المدنية الوضعية إلا حديثا . ثم أخذت هذه الفكرة طريقها الى التقنين حيث كان الفقه الألماني سباقا الى صياغتها في نظرية متكاملة خلال القرن التاسع عشر للميلاد. في القانون المدني الصادر سنة 1896 ، 140 مدني ألماني : ((اذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملا على شروط تصرف قانوني آخر كان هذا التصرف الاخر قائما وصحيحا ، اذ ثبت انه لو علم الطرفان ببطلان التصرف الاول لأرادا هذا التصرف الأخير)) وقد استند الفقهاء الالمان القدامى الى نصوص القانون الروماني للقول بنظرية تحول العقد .

كما نص على هذه النظرية التقنين المدني المصري الجديد في الكتاب الخاص بالالتزام بوجه عام حيث تقررت النظرية في المادة 144 على الرغم من ان القانون المدني المصري الملغى لم يرد به نص على الاخذ بهذه النظرية كمبدأ عام كآلاتي : ((اذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه اركان عقد اخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد)) . ثم عبرت هذه النظرية من خلال

القانون المدني المصري الى قوانين الدول العربية مثل القانون السوري والجزائري والمغربي والعراقي

اما التقنين المدني الفرنسي لم يتبن هذه النظرية ، ولكنه بالرغم من ذلك أفرد لها تطبيقات عملية كثيرة كتحول القسمة النهائية الباطلة الى قسمة مؤقتة صحيحة .

ان تبني المشرع الجزائري نظرية تحول العقد في القانون المدني ورغم الاهمية العملية للتحول الذي أصبح نظام قانوني لا يمكن الاستغناء عنه بالنظر لما يحققه من تقليل لحالات البطلان والاستفادة من العقود بما يؤمن تحقيق غايات العقد الاقتصادية والاجتماعية ، إلا أن هذه النظرية لم تلقى الاهتمام الذي تستحقه ، وتواصل تهميشها بالرغم من أهميتها والتي تدعو الى ضرورة الكشف عنها .

وعليه تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على هذه الالية من خلال التعرض الى النظام القانوني للتحول ، ببيان مفهومه وشروط اعمال هذه النظرية من خلال استعراض موقف المشرع الجزائري مع البحث في نطاق تدخل القاضي في عملية تطبيق تحول العقد .

دون اهمال بيان موقف الفقه في بعض جوانب التحول كتحديد الطبيعة القانونية له ودور ارادة الأطراف في تطبيقه .

وعليه سنتناول في هذا البحث الجوانب القانونية للتحول في الجزائر في محاولة للإجابة على الاشكالية التالية : **ماهي الشروط القانونية لتحول العقد في القانون المدني الجزائري ؟ أي دور لإرادة الأطراف فيه ؟ وما هو نطاق أو مجال تدخل القاضي في تطبيق هذه النظرية ؟**

أما بالنسبة للدراسات السابقة في موضوع البحث فنجد :

1- مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، بعنوان تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، للطالبة نريمان خمار السنة الجامعية 2016 - 2017 .

2- مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية للطالبة لرجم يمينة ، بعنوان تحول العقد ، السنة الجامعية 2015 - 2016.

3- رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والاستثمارات ، للطالبة أمال سليم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المنار ، تونس ، بعنوان تحول العقد في القانون المدني ، السنة الجامعية 2005- 2006

وللإجابة عن هذه الاشكالية ارتأينا تقسيم البحث على النحو الاتي :

مقدمة :

المبحث الأول مفهوم تحول العقد .

المبحث الثاني شروط تحول العقد.

المبحث الثالث دور القاضي في تطبيق نظرية تحول العقد .

خاتمة :

المبحث الأول : مفهوم تحول العقد

إن دراسة مفهوم تحول العقد تقتضي تناول تعريفه (المطلب الأول) ، وتحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد (المطلب الثاني) ، ومن ثم تمييزه عن المفاهيم المشابهة لها جراء الخلط والتداخل بينها وبين غيرها من النظم القانونية لوجود التشابه بين بعض شروطها (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : تعريف تحول العقد

التحول في اللغة مصدر تحول . ومعناه : التنقل من موضوع الى اخر [1]، ومن معانيه أيضا الزوال . كما يقال تحول عن الشيء أي: زال عنه الى غيره وكذلك التغير والتبدل . [2]

والتحويل مصدر حول ، وهو النقل من موضع الى موضع وهو بمعنى الانتقال [3]، ويستفاد مما تقدم أن التحويل لغة مصدر حول الشيء وتدور معانيه حول النقل والتغيير والتبديل [4].

تحول العقد في الاصطلاح القانوني هو تصحيح العقد الباطل أو القابل للإبطال بتسميته الراهنة الى عقد صحيح لكن بتسمية أخرى يتولاها القاضي الناظر في النزاع ، وذلك اذا ما انطبقت الشروط التي نص عليها القانون [5].

و يعرف القاموس القانوني التحول بأنه عملية ذهنية لإعادة الاعتبار للعقود الباطلة تتمثل في إخراج التصرف القانوني الصحيح من التصرف القانوني الباطل [6] .

ولقد عرف الأستاذ **Olivier Cornaz** التحول بقوله " هو استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل" [7]. و اعتبر الاستاذ **Philippe Simler** التحول بمثابة ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل الى اخر صحيح عند توفر شروط صحة هذا الاخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من قبل الاطراف .[8]

ويعرفه بعض الفقه بأنه تغيير في وصف العقد من شأنه ان يرتب له جميع اثاره بالرغم من البطلان الذي يلحقه عندما كان على وضعه الاصلي . كما يراه البعض أنه نوع من تأويل العقد بما يرجع الى تحقيق المقصود منه ويصبح بذلك التزاما غير الذي افتضاه ظاهر التعبير [9].

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لنظرية لتحول العقد

إذا كانت النظرية التقليدية للبطلان تعتبر أن العقد الباطل لا يرتب عليه أي أثار ، حيث لا يمكن خلق عقد جديد ، فالعقد الباطل حسب هذه النظرية هو في حكم العدم ، وهو ما يتعارض مع نظرية التحول ، فإن النظرية الحديثة للبطلان ، ترى أن البطلان يمكن أن تنتج عنه أثار .

فقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى تأسيس التحول بالاستناد إلى كونه يمثل أثرا من آثار العقد ، وان كانوا قد اختلفوا حول طبيعة هذا الأثر ، فبينما ذهب فريق إلى القول بأنه أثر عرضي ، ذهب فريق آخر إلى وصفه بأنه أثر استثنائي [10] .

حيث يرى أصحاب الفريق الاول والذي يمثل الغالبية من الفقهاء ، بأن العقد الباطل وان كان من حيث الأصل يعتبر بحكم العدم ، إلا أنه مع ذلك قد تترتب عليه في بعض الأحيان الآثار القانونية والتي تحصل بشكل عرضي وان لم تكن مقصودة لذاتها من قبل أطراف العلاقة العقدية لأن الارادة الحقيقية لم تنصرف اليه عند ابرام التصرف الباطل ، وهذا الأثر العرضي هو ما يعرف بنظام التحول ، و العقد الباطل إنما ينتج أثره هذا لا باعتباره تصرفا قانونيا وإنما باعتباره واقعة مادية صادف وجودها في ذات العقد الذي وقع باطلا ، الأمر الذي يجعلها تنتج آثارها بشكل عرضي كونها لم تكن مقصودة لذاتها ، وعلى ذلك درج شراح القانون المدني على دراسة نظرية تحول العقد ضمن مبحث الآثار العرضية [11].

إلا أن هذا الموقف قابل للنقد خاصة إذا ما استرجعنا ما تنادي به النظرية التقليدية من أن العقد الباطل يدخل في حكم العدم القانوني ، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون التحول أثر للعقد الباطل .

كما انه وبالرغم من أن الفقه تعود على التعرض لنظرية التحول في اطار الاثار العرضية للعقد الباطل ، فإن ذلك قد يناقض أصل النظرية على اعتبار أن الهدف من تحول العقد الباطل هو التقليل من حالات البطلان عن طريق تحويل العقد الباطل الى اخر صحيح ، فكيف يستقيم بعد ذلك الحديث عن اثر عرضي للعقد الباطل والواقع أن العقد أصبح صحيحا **(12)** .

وعلى العكس من الرأي السابق باعتبار التحول أثر عرضي للعقد الباطل ، يذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى تكييف التحول على أنه أثر استثنائي للعقد الباطل ، وهي حالات استثنائية يرتب فيها المشرع على العقد الباطل الاثار الأصلية للعقد ، فالبطلان في هذه الحالة يبقى قائما والآثار التي رتبها المشرع انما جاءت بنص خاص وتعتبر استثناء من الأصل **(13)**.

وقد اعترض البعض على هذا الاتجاه في تكييف التحول باعتبار أن الحالات التي ينتج فيها العقد الباطل بعض الآثار الاستثنائية هي في مجملها إقرار لحالات واقعية حدثت بالفعل ، الأمر الذي دفع بعض المشرعين إلى إقرارها بشكل استثنائي تحقيقا لحماية الظاهر ومبادئ العدل والإنصاف والثقة المشروعة في المعاملات ورعاية حقوق الغير الذي اطمأن الى هذا العقد ضانا اياه عقدا صحيحا.

ويبدو أن الاعتراض على هذا التكييف للتحول باعتباره أثرا استثنائيا في محله ، ذلك أن الآثار التي تترتب على العقد الباطل في مثل هذه الحالات الاستثنائية مثل (العقد الصوري، الشركة الفعلية ، العقد الذي يجريه الوارث الظاهر.....) إنما تنتج عن ذات العقد الباطل ، فهو لم يتحول إلى عقد آخر ، وإنما استمر في العمل لأسباب قرر المشرع أنها صورية لاستمراره في العمل من أجل حماية الأوضاع الظاهرة **(14)**.

والحقيقته أن التحول يتجاوز هذه النظرية حيث يرى الأستاذ Philippe Simler أن التحول هو أكثر من أن يكون مجرد أثر متصل بالعقد الباطل بل هو عمل جديد يظهر للوجود على أنقاض العقد الباطل**(15)** بهدف التقليل من حالات البطلان عن طريق تصحيح الوصف القانوني بما يملكه القاضي من سلطة منحها له المشرع في هذا المجال .

المطلب الثاني : تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة له

إن تحول العقد قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى تعطي القاضي سلطة التأثير في مضمون العقد أو في عنصر من عناصره مثل سلطته في انتقاص العقد واستبعاد الشق الباطل منه الذي يهدد العقد بالبطلان لتستقر له الصحة والفعالية ، أو سلطته في تفسير العقد او سلطته في تكييفه ، وهذا التشابه يحملنا إلى محاولة رسم خط فاصل للتمييز بينه وبين كل منها للتعرف على جوهر حقيقته ، سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نبحث في الفرع الأول تمييز تحول العقد عن انتقاصه ، وفي

الفرع الثاني تمييز التحول عن تفسيره والفرع الثالث نخصصه لبحث تمييز تحول العقد عن تكييفه .

الفرع الأول : تمييز تحول العقد عن انتقاصه

من الامور التي يدق التمييز بينها وبين تحول العقد انتقاص العقد وسلطة القاضي في نزع الشق الباطل منه الذي يهدده البطلان ، وكذا تصحيح العقد أو سلطته بإضافته عنصر جديد للعقد ينقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة.

يعتبر تحول العقد من قبيل الاثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل باعتباره واقعة مادية فان انتقاص العقد يعتبر صورة خاصة تترتب فيها على العقد الباطل بعض اثاره الاصلية دون البعض الآخر، ففي التحول يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا بأكمله ينتج عنه عقد آخر جديد يختلف عن العقد القديم يمنحه القاضي تكييف قانوني جديد مراعيا في ذلك الغاية العملية للعقد وليس الإرادة القانونية التي عبرا عنها بهذا العقد الباطل ، فالقاضي إذن يحل نفسه محل المتعاقدين ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا لكن طبعا دون إنكار الإرادة وان كانت تصورية ، أما إذا كان جزء من العقد باطلا وكان قابلا للانقسام فلا يكون هناك محل لتحول العقد بل انتقاصه فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح مع الاحتفاظ بالطبيعة القانونية للعقد دون تغيير ويكتفي القاضي فقط بتفسير إرادة المتعاقدين أي تطبيق القواعد العامة[16] . حيث تنص المادة 104 قانون مدني ((إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله)).

الفرع الثاني : تمييز تحول العقد عن تفسيره

تحول العقد ليس مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، بل أن القاضي يحل نفسه محلهما ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا انطلاقا من بطلان العقد القديم ووجه الشبه بين المفهومين هو أن القاضي في كليهما يسعى الى التوصل الى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان في عقدهما محاولا تبديد الغموض الذي شاب الارادة غير أن الفرق بين تحول العقد وتفسيره يكمن في أن القاضي يحاول أثناء تطبيقه لعملية التحول معرفة ما اذا كانت ارادة الاطراف المتعاقدة قد اتجهت الى عناصر العقد الصحيح المتضمنة أصلا في العقد الباطل ، وبالتالي يكون اتجاهه نحو الارادة المحتملة للمتعاقدين ، أما في تفسير العقد فالأمر مختلف إذ أن القاضي ليس في مواجهة حالة من البطلان تقبل التصحيح ، بل أنه يبحث عن الارادة الحقيقية وليس الاحتمالية للأطراف المتعاقدة ، والتي لم يتم التعبير عنها بشكل واضح وجلي من خلال الالفاظ المستعملة في العقد والتي انعكست على الارادة فجعلتها مشوبة بالغموض ، وبالتالي فليس من مهام القاضي في تفسير العقد البحث عن عناصر عقد صحيح ، إذ الفرض أن العقد صحيح أصلا [17].

الفرع الثالث : تمييز تحول العقد عن تكييفه

تكييف العقد عمل فني يقوم به القاضي من خلال تفسيره للعقد وتحديده للالتزامات التي يتضمنها ، واستجلائه لإرادة الاطراف المتعاقدة ، من أجل اعطاء التصرف القانوني المعروض أمامه التسمية القانونية الصحيحة ألا أن المفهومين وان اختلطا في بعض الاحيان إلا أنهما يتميزان عن بعضهما في أن ان عملية تغيير

وصف العقد التي يقوم بها القاضي عند تحويله للعقد ، لا يستطيع أن يقوم بها ما لم يتبين بطلان العقد أولا ، ثم يتبين توافر العناصر المكونة للوصف الجديد في التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال ، أما في التكييف ، فإن العقد الأصلي بأصله صحيحا إلا أن القاضي يبدل تسميته فقط ، وغالبا ما يكون تكييف العقد موال لتفسير ألفاظه المستخدمة في غير معناها .

ومن جهة أخرى فإن الفارق بينهما يتجلى أيضا من حيث الآثار التي ينتجها تحول العقد هي اثار عرضية ، لا يرتبها العقد الأصلي على أساس أنه باطل ، حيث لم يبقى بشكله ولا بمضمونه ، فالعقد الجديد هو من ينتج الاثار .

أما في تكييف العقد فإن الاثار التي ينتجها العقد بتسميته الجديدة هي اثاره الاصلية ، لأن العقد باق في أصله والذي تغير هو وصفه ، وليس مضمونه .

كما أن تكييف العقد هي مرحلة من مراحل عملية تحويل العقد فالقاضي اثناء عملية التحويل يستعرض الوقائع والألفاظ المستخدمة وإرادة الاطراف المتعاقدة ليرى امكانية تكييف العقد تكييفا جديدا يصبح بموجبه العقد الباطل عقدا اخر صحيحا دون اضافة اي عنصر من عناصر العقد القديم **(18)**.

المطلب الثالث : شروط تحول العقد

لقد ضبط المشرع الجزائري شروط التحول بشكل واضح وصريح من خلال المادة 105 قانون مدني باعتباره النص العام المنظم لتحول العقد في القانون الجزائري ، ويمكن تقسيم هذه الشروط الى شروط موضوعية وشروط ذاتية أما الاولى فتستلزم أن يكون العقد الاصلي باطلا لتخلف احد أركانه أو قابلا للإبطال لانتفاء شروط صحته ، وان تتوافق عناصره مع عناصر عقد آخر صحيح ومنها وهي الشروط المتفق عليها من قبل مختلف الأنظمة القانونية التي تتبنى نظرية تحول العقد ، وتتمثل الشروط الذاتية في اتجاه الإرادة الافتراضية للمتعاقدين إلى هذا العقد الصحيح إذ علما ببطلان عقدهما الأصلي وهي الشروط المختلف في شأنها بين هاته الأنظمة القانونية .

الفرع الأول : الشروط الموضوعية

وتتعلق هذه الشروط أساسا بالعقد الأصلي من حيث بطلانه ، وكذا بالعقد الجديد من حيث موافقة العقد الباطل أركان العقد الجديد .

أولا : البطلان كشرط لتحول العقد

يعد العقد الأصلي أساس تطبيق تحول العقد حيث انه انطلاقا من عناصره سيسعى القاضي إلى تكوين عقد آخر جديد ، فشرط الرجوع إلى العقد الأصلي هو شرط أساسي ذلك ان على القاضي أن يتثبت من بطلان العقد بأكمله**(19)** ، كخطوة أولى نحو التصريح بالتحول ، فبطلان شق من العقد فقط يمكن معه تطبيق نظرية انقاص العقد وليس تحويله ، كما أن العقد الصحيح لا يتحول إلى عقد آخر حتى ولو كانت الأطراف المتعاقدة تقصد ذلك العقد الاخر ، لأن نظرية تحول العقد لا تعني العقد الصحيح .

كما لا امكانية لإعمال نظرية التحول في العقد الموقوف لا قبل الاجازة ولا بعدها على حد سواء لأنه في الحالتين عقد صحيح ، اما اذا نقض العقد الموقوف ممن يملك حق نقضه فقد اصبح عقدا باطلا وبأثر رجعي ، وهنا لا مانع من اعمال التحول اذا توافرت اركانه **(20)**.

وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجده يتبنى التقسيم الثنائي للبطلان ، وقد تناول احكامه في القسم الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان " **شروط العقد**" (21)، بحيث جعل البطلان على درجتين وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي ، فتحقيق البطلان المطلق فيما اذا انعدم ركن من أركان العقد أو فقد شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي .

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي . وينشأ منتجا لآثاره ، كالعقد الصحيح تماما الى أن يطلب من تقرر الابطال لمصلحته ابطاله فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي ويصبح كالبطلان المطلق تماما .

ثانيا : موافقة العقد الباطل اركان عقد صحيح أخر

ذكرنا فيما سبق بأن من شروط التحول الأساسية ضرورة موافقة التصرف الباطل عناصر تصرف آخر أو توافر أركان عقد آخر في العقد الباطل ، أي اشتراط احتواء التصرف الباطل على كل عناصر التصرف الجديد فإذا اختل هذا الشرط امتنع التحول .

وهذا الشرط نجده واضحا في نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: ((اذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال **وتوافرت فيه اركان عقد اخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه** اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد)).

وبمعنى اخر يجب أن يتضمن التصرف الأصلي الباطل جميع العناصر والأركان المطلوبة لقيام التصرف الاخر دون اضافة اي عنصر جديد اليه ، أما اذا كان العقد الجديد المراد التحول اليه لا يقوم إلا بإضافة عنصر جديد على التصرف الباطل فإنا التحول يصبح ممتنعا . وفي هذه الحالة نكون بصدد عملية تصحيح العقد.

كما ان تعديل التكييف للتصرف مع بقاء التصرف الأصلي ذاته قائما ، كما إذا كيفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطئ هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف وليس تحولا.

وتجدر الاشارة الى انه يجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطويا في مجموعه على عناصر التصرف الجديد ، ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الاخر تضمنا فعليا ، ذلك أن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه تافها ، فالبيع باطل لتفاهة الثمن ، ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة ففيه الايجاب والقبول ونية التبرع لذلك يتحول البيع الباطل الى هبة صحيحة . (22)

الفرع الثاني : الشروط الذاتية

أولا : يجب أن تكون الارادة المحتملة للمتعاقدين متجهة الى التصرف الاخر الصحيح فيما لوكانا يعلمان ببطلان التصرف الذي اتجهت اليه ارادتهما الفعلية .

لما كانت الإرادة هي أساس وجود وصحة كل عمل قانوني ، فقد أقامت أغلب القوانين نظرية التحول على أساسها باستبدال الارادة الحقيقية بإرادة مفترضة وهو ما يعرف بالمعيار الذاتي في التحول ، وفي هذا الصدد اعتبر المشرع الجزائري ارادة المتعاقدين شرطا هاما لعملية تحول العقد من خلال نص المادة 105 من القانون المدني التي جاء فيها : ((اذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال

وتوافرت فيه اركان عقد اخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه **اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد))** .

ومضمون ذلك أنه يجب أن تنصرف إرادة الطرفين المحتملة أو النية المشتركة الاحتمالية إلى التصرف الجديد في حالة بطلان العقد الأصلي ، وليس المقصود بالإرادة المحتملة الإرادة الباطنية الحقيقية بل الإرادة المفترضة التي لا يوجد بالعقد ما ينافيها، والتي تقوم على مجرد التصور، وهذا محل اتفاق بين الفقه والقضاء فهي ليست إرادة حقيقية ، بمعنى أن الطرفان قد ارادا التصرف الأصلي الباطل أساسا ، وتوقعا احتمال بطلانه فأرادا التصرف الاخر الصحيح على سبيل الاحتياط لأن مثل هذه الارادة ستكون ارادة حقيقية[23] .

إذ ليس من المعقول أن تكون إرادة العقد الباطل حقيقية وكذلك إرادة العقد الصحيح حقيقية أيضا ، وإلا كنا بصدد عقدين نتجا عن إرادتين تختلف كل منها عن الأخرى ومقتضى هذا القول أن هناك إرادتين متعاصرتين احدهما هي الإرادة الحقيقية لأطراف العلاقة العقدية وهي التي انصرفت إلى العقد الأصلي الذي جاء باطلا والذي أرادوه حقيقة ، والى جانب هذه الإرادة توجد هناك ثمة إرادة احتمالية تعاصرها في الوجود ، وتتجه إلى العقد الجديد الصحيح الذي تضمنه العقد الباطل .

حيث يرى عبد الرزاق السنهوري أن الارادة المحتملة أو المفترضة هي ما تتجه اليه ارادة الطرفين لو علما ببطلان العقد الأول الذي أبرماه[24].

تجدر الاشارة الى أن أنصار نظرية الارادة الباطنة أو المفترضة يختلفون في شكل الارادة فمنهم من يشترط في التحول أن تنصرف ارادة المتعاقدين احتياطيا الى التصرف الصحيح الذي تحول اليه التصرف الباطل وعلى رأسهم الفقيه سالي (Salleilles) ، فلا تكفي عندهم الارادة المحتملة . وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار الارادة الظاهرة من لا يتطلب لا ارادة حقيقية ولا ارادة محتملة بل يكتفي بانعدام الارادة العكسية ، بمعنى ان التحول هو الاصل دون حاجة الى اثبات ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى تحقيقه ، وانما يستبعد هذا التحول اذا تبين ان نيتهما قد انصرفت عنه .

أما الفقهاء المسلمون فقد ذهبوا بعيدا حينما أقاموا التحول على أساس موضوعي يهمل ارادة الأطراف وهذا عكس المعيار الذاتي كما أشرنا ، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط أما أحكام العقود وآثارها تكون من المشرع لا من العاقد ، وهو النهج الذي تبنته بعض التشريعات العربية [25] .

والحقيقة أنه وفي ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية فقدت الارادة الكثيرة من مكانتها وأصبحت مقيدة بقيود فرضها سلطان القانون ، وأصبحت صحة العقود مرهونة بعدم مخالفتها للمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية ومتماشية مع النظام العام والآداب العامة ، وعليه أصبح تحول العقد مرهون بموافقته للأهداف الاقتصادية والاجتماعية وتصبح ارادة المتعاقدين مقيدة بهذا القيد[26].

المبحث الثاني : دور القاضي في تطبيق نظرية تحول العقد

يلعب القاضي دورا مهما وفعالا في تحول العقد الباطل ، حيث تعد المادة 105 من القانون المدني السابق ذكرها ، أساسا قانونيا عاما وإحالة صريحة من قبل المشرع للقاضي حتى يعتد بهاته الوسيلة لتجنب ابطال العقد ، ورغم ذلك لا ينحصر مجال تدخل القاضي عند التصريح بكل حالة توفرت فيها شروط هذا النص بل كذلك بمعاينة الحالات التشريعية المنصوص عليها قانونا .

وعليه سنتطرق في هذا المبحث الى دور القاضي في تطبيق نظرية تحول العقد من خلال بيان مجال تدخل القاضي (المطلب الأول) ، وسلطته في تطبيق هذه النظرية (المطلب الثاني)

المطلب الأول : مجال تدخل القاضي في تطبيق تحول العقد

إن مجال تدخل القاضي في عملية تحويل العقد يضيق ويتسع تبعا للمعيار المعتمد من قبل التشريعات القانونية التي تبنت النظرية ، فالأنظمة القانونية التي تعتمد نظرية التحول صراحة مع اشترط البحث عن الارادة المحتملة للمتعاقدين واتجاه نيتهما الى العقد الجديد ، أي تتبنى المعيار الذاتي (الشخصي) في التحول ، يكون دور القاضي ضيقا ومحصورا في الكشف وتفسير نية المتعاقدين ، أي الكشف عن التحول والتثبت من استكمال شروطه فالقاضي في هذه الحالة لا يبعث في العقد الحياة بل يكشف عن هذه الحياة .

وتبعا لذلك فمن الواجبات القانونية للقاضي ليس الإنشاء بل الكشف والتفسير مستعينا بالهدف الاقتصادي ، ومدى توافر العناصر القانونية للوسيلة الجديدة في الوسيلة القديمة الباطلة ، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل ، والتأكد من انصراف النية الافتراضية للمتعاقدين للارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان فهو يسترشد بإرادتهما بالذات ، وبالتالي فسلطته ليست تحكمية في مجال التحويل إذ تعتبر الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود ، قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير سلطة القاضي بحيث يقترب ما أمكن من إرادة الطرفين . لكن السؤال الذي يطرح في هذا الخصوص كيف يمكن للقاضي معرفة هذه الارادة ؟

إن الارادة من الأمور الباطنة التي لايمكن الاستدلال عليها إلا من خلال جملة من العناصر وهي : تصرفات الأطراف والاتفاقات الأولية وإرادتهم الحالية ولكن خاصة الهدف الاقتصادي الذي أراد الأطراف تحقيقه من وراء العقد المبرم ، فعلى القاضي دراسة جملة القرائن المتوفرة لديه ليتبين أن ارادة المتعاقدين كانت تتجه الى العقد الجديد .

ولقد أبان المشرع الجزائري عن تبنيه لهذا المعيار من خلال ما نصت عليه المادة 105 من القانون المدني الجزائري ، حيث لا يخول القاضي بصفة الية عملية استبدال العقد الباطل بآخر جديد ، بل يجب أن يتبين الارادة المحتملة للإطراف ليعتمدها كأساس لتحويل العقد الباطل من خلال الإرادة الافتراضية التي على أساسها يؤسس الحكم الذي يصدره في النزاع العقدي المعروض عليه ، وعملية افتراض الإرادة للمتعاقدين يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه ، وهو جوهر عمله في نظرية تحول العقد ، وذلك عندما يتبين له أن

التصرف الآخر يحقق لهما الغاية نفسها التي أرادها من التصرف الأول ، لان القاضي سوف يعتبر أن الأطراف إنما أخطأت فقط في اختيار الوسيلة القانونية المناسبة للغاية التي كانا ينشدانها من خلال تصرفهما الباطل .

أما الأنظمة القانونية التي تتبنى المعيار الموضوعي في عملية التحول والتي تمنح للقاضي سلطة استبدال عقد جديد بآخر قديم بدون الرجوع الى ارادة الأطراف ، حيث تطغى في هذه الحالة ارادة القاضي مع التغييب الكلي لإرادة الأطراف ، فاء عمال المعيار الموضوعي فيه تجاوز للنظرة التقليدية لدور القاضي المنحصر في تأويل ارادة الأطراف ، فدوره في هذه الحالة أوسع وأكبر تمكنه من الاعتداد بالشروط الموضوعية للتحول المتمثلة في بطلان العقد الأصلي وضرورة توافر عناصر العقد الجديد داخل العقد الباطل دون البحث في الارادة المحتملة للأطراف حيث يتم تعويضه بنص القانون المكرس لنظرية التحول .

فالقاضي يكشف عن المعنى الذي يكفل تحقيق الأغراض والأهداف الاجتماعية والاقتصادية للعقد ، وبالتالي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يخول له سلطة فرض رأيه في عملية التحول . وبعبارة أخرى أن التحول يكون مقبولا من قبل القاضي كلما كان الهدف الاقتصادي للعقد الباطل المرغوب فيه من قبل الأطراف من الممكن تحقيقه دون الرجوع الى تأويل ارادة الأطراف كما يذهب الى ذلك أصحاب المعيار الذاتي فلا يهم المتعاقد أن يصل إلى غرضه بعقد بيع أو إيجار المهم أن يتحقق الهدف الاقتصادي أيا كانت الطبيعة القانونية للتصرف. فإذا كانت الوسيلة الأولى باطلة فلا مانع من تواجد وسيلة قانونية أخرى المهم تحقيق الغرض الذي يرمي إليه. وفي هذا السياق نضرب المثال التقليدي تحول عقد الهبة إلى وصية فان هذين العقدين يحققان نفس الهدف الذي أراده المتعاقدين ، فهو يعمد إلى إعطاء كل أو جزء من تركته إلى شخص آخر ينتفع بذلك بعد وفاته ، أو البيع بثمن تافه الذي يتحول بموجب عقد البيع الباطل إلى هبة ، فهنا الهدف الخاص للأطراف الرغبة في إثراء الطرف المقابل وهو هدف اقتصادي بالأساس يتحقق أيضا في إطار عقد الهبة .

وهذا ما يدفعنا الى التساؤل حول تأثير حلول ارادة القاضي محل ارادة الأطراف ، فضلا على تأثير ذلك على بعض المبادئ القانونية الأخرى كمبدأ الحرية التعاقدية التي تحكم العلاقات العقدية .

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تطبيق نظرية تحول العقد

إن تطبيق نظرية تحول العقد الباطل الى عقد اخر صحيح قد تصطدم بما جاءت به أغلب التشريعات التي تنص على أنه في البطلان المطلق لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وفي حال البطلان النسبي او القابلية للإبطال ، يجوز لمن تقرر البطلان لمصلحته ان يتمسك به . ومن هنا يمكن التساؤل عن دور القاضي في التوفيق بين مطلبين قد يواجههما عند فصله في النزاع العقدي وهما : تمسك المدعي بالبطلان ، بحيث يكون القاضي من حيث المبدأ ملزما بالقضاء به و الثاني سلطة القاضي في اعمال نظرية تحول العقد اذا ما توافرت شروطها القانونية .

والإجابة على هذا السؤال تدفعنا الى التذكير بالهدف من اقرار نظرية التحويل والتي ترمي الى التقليل من حالات البطلان عن طريق التقليل من حالات البطلان عن طريق تصحيح الوصف القانوني وعليه يظهر تحويل العقد كاستثناء على الحق في التمسك بالبطلان.

وهو ما يجعلنا نؤكد على أن تمسك أحد الأطراف ببطلان العقد الأصلي لا يسلب القاضي سلطته في تحويل هذا العقد. متى توفرت شروطه القانونية . كما له القيام بذلك من تلقاء نفسه ، بل من واجبه فعل ذلك وهذا القول يصدق على كل الأنظمة التي تتبنى نظرية تحول العقد صراحة ضمن قوانينها كما فعل المشرع الجزائري .

أما اذا أظهر الأطراف تمسكهم المطلق بوسيلة قانونية معينة ، وثبت للقاضي عدم انصراف نية الأطراف المحتملة الى تحويل العقد الباطل الى العقد الاخر فإنه يمتنع عليه الحكم بالتحول احتراما لإرادة الأطراف وحريتهم التعاقدية .

و بالنسبة للأنظمة التي تكتفي بتبني تطبيقات خاصة دون ان تتبنناها كنظرية في نظامها القانوني مثل التشريع الفرنسي فالقاضي لا يمكنه تحويل العقد إلا في الحالات التي نص القانون عليها ، وفيما سواها فإنه ليس أمامه إلا الحكم ببطلان التصرف الباطل .

للإشارة فقط فإن المشرع الجزائري أعطى بعض التطبيقات لتحول العقد بقوة القانون دون الحاجة الى تحقق الشروط سالفة الذكر ، وفي هذه الحالات يقوم القاضي بمعاينة الحالات التشريعية المنصوص عليها قانونا والتصريح بتحول العقد دون الامتثال لشروط التحول التي جاء بها نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري [27] .

المبحث الثالث : أثار تحول العقد

إذا كان أساس صحة العقد الجديد ، وكذلك آثار التحول في الفقه التقليدي يرتكزان على إرادة المتعاقدين ، فان هذا الأساس وتلك الآثار يختلفان في الفقه الحديث. الذي يسعى إلى أن يقوم العقد بوظيفة اقتصادية واجتماعية ، فالقاضي عندما يبحث عن الإرادة الافتراضية فالنقطة الأساس التي يرتكز عليها لإعمال التحول هو الغرض الاقتصادي ، طبعا هذا الأخير الذي يجب أن يخدم المتعاقدان وكذا اقتصاد البلاد ، فلا يمكن تحويل عقد بيع بضاعة حدد القانون سعرها ، لكن المتعاقدان اتفقا على سعر مخالف لما حدد ، ولو توفرت فيه عناصر عقد آخر .

ومما تقدم يمكن القول أن رغم اختلاف الآراء حول هذا الموضوع إلا أننا يمكن القول أن آثار التحول تبقى وسيلة لإشباع حاجات المتعاقدين الفردية بالدرجة الأولى ليس إلا [28]، لكن هذا لا يكون طبعا على حساب مصلحة المجتمع والاقتصاد الوطني .

المطلب الأول : اثار تحول العقد من حيث الزمان

إن البطلان باعتباره الجزاء المترتب على الاختلال الحاصل في تكوين العقد ، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بشكل عام وكأنه لم يكن ، أي لم ينعقد أصلا مما يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه ، ورجعية آثاره إلى وقت حصوله ، فمعنى هذا القول أن التحول هو الآخر يرتب آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان ، وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح ، بمعنى أن التحول ينتج آثره بأثر رجعي وليس بأثر فوري[29]

، وعلة ذلك أن التحول إنما يقصد به إنقاذ العقد من البطلان الذي لحق به .

المطلب الثاني : آثار تحول العقد من حيث الأشخاص

إن آثار العقد من حيث المبدأ لا تنصرف إلا إلى أطراف العلاقة العقدية دون غيرهم بوصفهم قد التزموا بهذا العقد بموجب إرادتهم الحرة ، حيث لا يمكن للشخص أن يلزم غيره بعقد لم يكن هذا الغير طرفا فيه ، وان كانت هناك بعض الاستثناءات التي تسري فيها أثر العقد على الغير الأجنبي عن العقد ، وهذا المبدأ أي اقتصار أثر العقد على طرفيه يعرف بالأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص .

وإذا كان هذا المبدأ في العقود التي تنشأ على الوجه الصحيح والقانوني ، فالسؤال الذي يطرح عن طبيعة الآثار التي تنشأ عن تطبيق نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر ؟ لاسيما وأن الذي يبرز للوجود نتيجة تطبيق نظام التحول هو عقد صحيح مما يعني أن آثاره ستسري بحق طرفيه ابتداء كما وقد تسري في حق الغير أحيانا أخرى .

إن النتيجة أو الأثر الأساس الذي ترتب على إعمال التحول بالدرجة الأولى هو إنقاذ العقد من البطلان ، وهو الأمر الذي يستتبع بالضرورة ترتيب آثار العقد الأصلية التي تنتج عن واقعة التعاقد الصحيحة الأخرى.

وهذه الآثار التي تنتج عن إعمال نظام تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها والذي يجب أن لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة ، بمعنى أنه لا بد لكي ينتج العقد الآخر الصحيح آثاره بحق المتعاقدين نتيجة التحول أن لا يتغير أحد أطراف العلاقة العقدية ، وعليه إذا تطلب الأمر إدخال متعاقد جديد لتمام العقد ، فمعنى هذا بالتأكيد هو امتناع التحول .

وطالما قلنا أن العقد الصحيح الذي ظهر إلى الوجود نتيجة لإعمال التحول يرتب آثاره بالدرجة الأساس في حق المتعاقدين ، فان معنى هذا القول بالتأكيد هو أن آثار التحول ستنتقل إلى الخلفاء العموميين للمتعاقدين، كالورثة والموصى لهم بمجموع التركة أو بجزء منها على اعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه وعلى خلفه العام [30].

مع ملاحظة ملاحظة أن آثار التحول هذه لا تقف عند هذا الحد ، وإنما تسري هذه الآثار أيضا في حق أي شخص ثالث بمعنى الغير عن العقد [31]، كما هو الحال بالنسبة إلى الغير حسن النية.

خاتمة

تمثل المادة 105 من القانون المدني الجزائري الأساس القانوني لنظرية تحول العقد في الجزائر والتي بناء عليها يقوم تحول العقد على اجتماع جملة من العناصر الموضوعية والذاتية ، وانطلاقا منها سيسعى القاضي الى تكوين عقد اخر صحيح متفاديا الاثار السلبية لبطلان العقد.

وفي ختام هذا البحث خلصنا الى جملة من النتائج والتوصيات ، نتعرف عليهما في نقطتين اولهما النتائج ، وثانيهما التوصيات .

أولا : النتائج

1- إن الية تحول العقد تستجيب للتحولات والمتطلبات الجديدة للقانون المعاصر والمتمثلة في البحث عن استقرار العلاقات التعاقدية وذلك بإنقاذ

العقد من البطلان ، فتطبيق هذه الالية من شأنه أن يوفر ضمانا أكبر للمتعاقدين بالحفاظ على مصالحهم . وبتلافي البطلان وتأسيس عقد جديد تبعا لإرادة الأطراف المحتملة فيه ربح للوقت والمصاريف .

2- اتضح من خلال هذه الدراسة ان المشرع الجزائري عند تنظيمه لأحكام نظرية تحول العقد ،كان متأثرا بموقف الفقه والقانون المدني الألماني وهو ما يتجلى من خلال نص المادة 105 قانون مدني جزائري .

هذا بالإضافة الى اعتماد المشرع جملة من التطبيقات العملية لتحول العقد تضمنتها بعض النصوص القانونية المتفرقة .

3- تبني المشرع الجزائري لنظرية تحول العقد كمبدأ عام يتناغم مع المبدأ من إقرار هذه النظرية ، حيث يوسع سلطة القاضي في التقليل من حالات البطلان .

4- ان لنظرية تحول العقد خصائص ومميزات تبعده عن الخلط عن غيره من النظم والنظريات الاخرى والتي وأن كانت تشترك معها في كونها تشكل وسيلة لتصحيح التصرف من العيب الذي يلحقه .

5- إن عملية تحول العقد لا تتم إلا عن طريق القضاء ، وأن هذه العملية تهدف الى انشاء عقد جديد صحيح تتوافر فيه أركانه وعناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر مستنيرا في ذلك بالإرادة الافتراضية والغرض الإقتصادي للمتعاقدين من التعاقد .

6- ان المعيار الذاتي الذي رجحته اغلب القوانين العربية والغربية التي تبنت هذه النظرية هو الاصلح والأقرب للواقع والمنطق وأكثر حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات . حيث يأخذ المشرع الجزائري بالمعيار الذاتي في ترتيب اثار العقود فيجعل ارادة المتعاقدين شرطا أساسيا لعملية تحول العقد .

7- القول بأن البحث عن ارادة الاطراف المحتملة أو المفترضة هو بحث عن ارادة وهمية قد تشكل عائقا أمام القاضي في ظل وجود ارادة صريحة وحقيقية ، فيه نوع من المبالغة لأن ذلك يخفف من تعسف القاضي ويمنعه من تجاوز السلطات المخولة له فيما لو أقصى المشرع اي دور للإرادة في عملية التحول ، حيث انه من الصعب في هذه الحالة أن نفرض على الأطراف احترام العقد الجديد من دون ان تكون لإرادتهم أي دور فيه ، بل فرضه القاضي بإرادته ، ومن هنا تكثر الطعون المعارضة للتحول ، ما من شانه أن يحد من الدور الايجابي للقاضي .

8- إن سلطة القاضي في تحويل العقد الباطل الى عقد صحيح في التشريعات التي تتبنى صراحة هذه النظرية يعتبر أصلا قائما بذاته بحيث لا يمكن اتهام القاضي بأنه خرق مبدأ الحياد أو أنه غير سبب الدعوى أو أنه حكم بأكثر مما طلب الخصم .

9- رغم اقرار المشرع الجزائري لنظرية تحول العقد وأهميتها ، إلا ان واقع العمل القضائي في هذا الخصوص يثبت محدودية تدخل القاضي إما بتهميشه للنظرية او بالتطبيق الخاطئ لها ، بحجة التزامه الحياد . باعتبار قلة القرارات المدنية التي اعتمدت المادة 105 من القانون المدني كأساس قانوني لها .

ثانيا : الاقتراحات

1- يجب أن يعزز القاضي من جهته ، الدور الذي لعبه المشرع من اجل توفير الأرضية المناسبة لنظرية تحول العقد ، فإذا كان من المهم أن يكرس المشرع الجزائري نظرية تحول العقد اقتداءا بالتشريع المقارن ، لكن الأهم هو تجسيد هذه النظرية في العمل القضائي لضمان استقرار العلاقات التعاقدية . فاقاضي مطالب بالاجتهاد وايجاد حلول ناجحة لانقاذ العقود من البطلان وتحويلها الى عقود صحيحة ضمن الشروط التي تقتضيها مؤسسة تحول العقد .

2- نشير الى أن المشرع الجزائري قصر نظرية تحول العقد على العقود مخالفا بذلك اصل النظرية التي جاءت واسعة النطاق شاملة لجميع التصرفات القانونية وجعل لإعمالها شروطا نجملها في بطلان العقد الأول واشتماله على اركان عقد آخر وقيام الثاني على انصراف ارادة المتعاقدين اليه في حالة بطلان الاول وإنتاجه لجميع اثاره.

وعليه نرى ضرورة تعديل نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري للعودة الى اصل النظرية حتى يشمل التحول كافة التصرفات القانونية الاخرى الى جانب العقد بالنص على ذلك في نفس المادة وذلك باستبدال عبارة " العقد" بعبارة " التصرف القانوني".

الهوامش

(1)- عبد الحميد محمود بعلي ، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون ، دراسة مقارنة وموازنة ، دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري ، الامارات العربية ، 2009 ، ص 10 .

(2) - عبد الحميد محمود بعلي ، مرجع نفسه ، ص 10 .

(3)- أمال سليم ، تحول العقد في القانون المدني ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والاستثمارات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المنار ، تونس ، 2005- 2006 ، ص 01 .

(4)- نريمان خمار ، تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، 2016- 2017 ، ص 09 .

(5) - الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، الاشكاليات التطبيقية لنظرية التحول – دراسة مقارنة ، مجلة كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الادارية والقانونية ، ص 63 .

(6) - أمال سليم ، مرجع سابق ، ص 01 .

(7) - Olivier cornay, la conversion des actes juridique, thèse Lausanne, 1937, p 17

(8) - Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1969, p13.

(9) - عبد الحميد محمود بعلي ، مرجع سابق ، ص 28.

(10)- الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، ص 67 .

أنظر أيضا : لرجم يمينة ، تحول العقد ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر السنة الجامعية 2015 – 2016، الصفحات 16 ، 17 ، 18 .

(11)- نريمان خمار ، مرجع سابق ، ص 20.

(12)- الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، ص 80.

(13)- الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، ص

(14) - نريمان خمار ، ص 24 .

(15) – P. Simler , thése précitée , n02 , p 20.

(16)- بوشعرة مونية ، انقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، 2013- 2014 ، ص 79 .

(17)- الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، ص 69.

(18)- الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، ص 72 .

(19) - أمال سليم ، مرجع سابق ، ص 14.

(20) - نريمان خمار ، مرجع سابق ، ص 51.

(21)- أنظر القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 09/26/ 1975 المعدل والمتمم وبالضبط القسم الثاني مكرر بعنوان " ابطال العقد وبطلانه " المواد من 99 الى 103 .

(22) – عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، بيروت لبنان ، ص 634 – 635 .

(23)- الدكتور محمد عمار تراكمية غزال ، مرجع سابق ، ص 66.

(24)- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص 551 .

(25)- أقصى المشرع التونسي دور ارادة الأطراف في عملية تحول العقد حيث نص الفصل 328 من مجلة الالتزامات والعقود على ما

يلي : " اذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام اخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام ."
ونفس الموقف تبناه المشرع المغربي في الفصل 309 من المجلة المدنية المغربية .

(26) – ابراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي ، تحول العقد المالي وأثره دراسة مقارنة ، جامعة محمد بن سعود الاسلامية ، المعهد العالي للقضاء ، السعودية ، 1424 – 1425 ، ص 111 .
(27)- ومن هذه التطبيقات نذكر ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : ((الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية)) .

وكذا ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها : ((كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع ، يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية)) .

كما قضت المادة 14 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بتحول عقد العمل محدد المدة الذي يبرم بمخالفة لأحكام هذا القانون الى عقد عمل غير محدد المدة حيث جاء فيها : ((يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه احكام هذا القانون ، عقد عمل لمدة غير محدودة ، دون الاخلال بالأحكام الأخرى الواردة في القانون)).

وكذا ما نصت عليه المادة 390 من القانون التجاري بخصوص تحول السفتجة الباطلة الى سند قانوني عادي وتحول السفتجة الباطلة كذلك الى سند لأمر وتحول السفتجة الباطلة الى سند إذني .

(28)- إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يجعل للعاقدين كل الحرية في أن يتفقا في حدود القانون والنظام العام ، والآداب على ما يشأن من آثاره، فان نظرية سلطان الإرادة تحاول أن تقلل من شأن القيود التي وضعها المشرع على إرادة المتعاقدين ،ومعلوم أن دائرة النظام العام والآداب تضيق وتتسع طبقا للمقتضيات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية و الخلقية ، وأن هذه الدائرة تضيق بشكل كبير في الفقه والقانون التقليديين ، مما يجعل أثرها بالنسبة لآثار التحول ضعيفا ، انظر ، إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي ، مرجع سابق ،ص 135 ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ، مرجع سابق ،ص 106 .
(29) لابد من الإشارة هنا إلى أن مجال تطبيق الأثر الرجعي في التصرف القانوني متباين فهو قد يعمل على محو التصرف تماما وكأنه لم يوجد أبدا 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 إجازة العقد الموقوف حيث يستند نفاذ العقد إلى وقت إبرامه ، فضلا عن أن حكم الأثر الرجعي في التصرف متباين في مدى المساس بحقوق أطراف التصرف وبحقوق الغير الذي يتعامل مع الأطراف ، فلو حكم ببطلان التصرف فانه يزول بأثر رجعي في حق أطراف التصرف،وفي حدود غير تامة تبطل الحقوق المبرمة من قبل الأطراف لمصلحة الغير، وبذلك يكون الأثر الرجعي قد مس كلا من أطراف التصرف و الغير في ان واحد ، انظر حمد خاطر نوري، مرجع سابق ، ص 9 .

(30) - الخلف العام هو من يخلف غيره في كل ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال فيما يتعلق بها من حقوق والتزامات، مع مراعاة أن لا تركة إلا بعد سداد الديون وأن الالتزامات تبقى في التركة حتى تنقضي، فيعتبر خلفا عاما الوارث والموصى له بسهم شائع في التركة كالثلث أو الربع إذ يعتبر الموصى له بعين معينة بالذات خلفا خاصا.
(31)– الغير هو الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد، فالصلح الذي يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسري في حق بقية الورثة ، والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشيوع لا يقيد بقية الشركاء إلا في حدود الفضالة، وبيع ملك الغير لا يسري في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفا في العقد، على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضي بانصراف أثر العقد إلى الغير.