

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الآثار العرضية لبطلان العقد

مذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص قانون خاص

إشراف الدكتورة:

- حيفري نسيمة أمال

إعداد الطالب:

- قاشوش محمد لمين

- بوحميده أسامة سيف الدين

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
الشيخ صالح بشير	أستاذ مساعد أ	غرداية	رئيسا
حيفري نسيمة أمال	أستاذ مساعد أ	غرداية	مشرفا
بودينار بلقاسم	أستاذ مساعد أ	غرداية	مناقشا

السنة الجامعية: 1441-1442 هـ / 2020-2021م

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الآثار العرضية لبطلان العقد

مذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص قانون خاص

إشراف الدكتورة:

إعداد الطالب:

- حيفري نسيمة أمال

- قاشوش محمد لمين

- بوحميذة أسامة سيف الدين

السنة الجامعية: 1441-1442 هـ / 2020-2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

١٤٣٨

شكر وعرفان

أرى لزاما علينا تسجيل الشكر وإعلامه ونسبة الفضل لأصحابه، استجابة لقول النبي ﷺ: «من لم يشكر الناس لم يشكر الله».

و كما قيل:

علامة شكر المرء إعلان حمده فمن كتم المعروف منهم فما شكر
فالشكر أولا لله عز و جل على أن هداني لسلوك طريق البحث والتشبه بأهل العلم
وإن كان بيني وبينهم مفاوز.

كما نخص بالشكر أستاذتنا الكريمة ومعلمتنا الفاضلة المشرفة على هذا البحث
الدكتورة حيفري نسيمه أمال، فقد كانت حريصة على قراءة كل ما نكتب ثم توجهنا
إلى ما يرى بأرق عبارة وألطف إشارة، فلها منا وافر الثناء وخالص الدعاء.

كما نشكر السادة الأساتذة وكل الزملاء وكل من قدم لنا فائدة أو أعاننا بمرجع،
أسأل الله أن يجزيهم عنا خيرا وأن يجعل عملهم في ميزان حسناتهم.

-قاشوش محمد لمين-

- بوحميده أسامة سيف الدين -

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أعز الناس إلى فيض الحنان وينبوع المحبة...

إلى من تهدأ حياتي بقربها ويبتهج قلبي بعذوبة صوتها...

إلى الحضن الدافئ إلى التي الجنة تحت أقدامها...

أمي أمي أمي

إلى من يعلو به إسمي وتزهو به نفسي...

إلى المصباح الذي لم يبخل في إمدادي بالنور الذي أنار مسيرتي...

وعلمني بسلوكه خصالاً أعتز بها في حياتي حتى وصلت إلى هدفي

هذا أبي العزيز

إلى من تقاسمت معهم حلوة الحياة ومرها، الذين كانوا معي في مسيرتي إخوتي

وأخواتي...

وإلى جميع الأساتذة الذين أشرفوا على تدريسي عبر مختلف الأطوار

التعليمية، فهم كالشموع التي تحترق لتضيء الآخرين.

إلى كل من ارتبط بيني وبينهم مودة.

إلى زملاء وزميلات الدراسة، إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل.

إلى كل من تعرّفت عليهم يوماً وكانوا سبباً في إسعادي.

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع.

محمد لمين

الإهداء

إلى من علمني النجاح و الصبر... إلى من علمني العطاء بدون انتظار... أبي.
إلى من علمتني و عانت الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه... إلى من كان دعاؤها سر
نجاحي و حنانها بلسم جراحي... أمي.
إلى جميع أفراد أسرتي العزيزة و الكبيرة كل باسمه أينما وجدوا.
إلى أصدقائي رفقاء دربي من داخل الجامعة و خارجها.
إلى الأستاذ الفاضلة المشرفة والمتميزة الدكتورة حيفري نسيمة أمال ، إلى أساتذتي
الكرام الذين أناروا دروبنا بالعلم و المعرفة.
إلى كل من يقتنع بفكرة فيدعو إليها و يعمل على تحقيقها، لا يبغى بها إلا وجه
الله و منفعة الناس.
إليكم أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

- بوحميذة أسامة سيف الدين

قائمة المختصرات

(ص): الصفحة

(ق.إ.م): قانون الإجراءات المدنية

(ق.إ.م.إ): قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(ق.م.ج): القانون المدني

(د.ط): دون طبعة

(د.د.ن): دون دار نشر

(د.ب.ن): دون بلد النشر

(د.س.ن): دون سنة نشر

(ج.ر): الجريدة الرسمية

(د.ت): دون تاريخ

مقدمة

يعتبر العقد من أهم الأعمال القانونية في حياتنا العملية، وطالما أصبح العقد الوسيلة الأولى في إدارة المعاملات المالية وخاصة في التطورات الاقتصادية.

لذلك علينا أن نفهمها، لأنها أحد مصادر المتطلبات، وهي موافقة على إرادتين أو أكثر لتحقيق تأثير قانوني معين، يمكن أن يكون هذا التأثير أيضًا إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، وبالتالي فإن العقد مبني على ثلاثة عناصر أساسية، أولها هو وجود وصيتين أو أكثر، وليس إرادة واحدة، والثاني هو وجود اتفاق بين إيرادات الأطراف في العقد على الأثر القانوني المقصود، وبالتالي فإن الثلث منهم يوجه هذا التوافق لإحداث تأثير قانوني محدد.

وبعد بعض جوانب العقد واجبة، وبالتالي فإن العيوب الموجودة في العقد وطريقة إبرامها تسمى باطلة.

ويعتبر بطلان العقد في القانون المدني من النظريات القديمة والمتجذرة في أعماق التاريخ، وهي واحدة من النظريات المهمة والمعقدة في وقت مماثل، حيث يعيب عليه عدم استقلاله التام عند إبرام العقود وترتيب أحكامها، بسبب تدخل وسيطرة السلطة التشريعية والتنفيذية في أحكام العقد نتيجة المذاهب الاجتماعية. وبالنسبة للأطراف المتعاقدة ليست سوى مجال مختار، من أجل نشوء ما يسمى بالعقد المفروض، وهو القبول الذي تكون فيه معظم شروطه وأحكامه المقدرة مسبقًا وتمليه على الأطراف المتعاقدة، حيث يتدخل المشرع إما بشكل مباشر أو عن طريق القضاء لإعادة تنظيم آثاره، وإن كان العقد ملزمًا للأطراف المتعاقدة.

ويختلف البطلان كأثر لوجود عيب داخل المقبول أحد أركانه بما يتناسب مع نوع العيب الذي يصيب أي ركن من أركان العقد، حيث يؤدي وجود عيب ضمن شروط صحة العقد إلى بطلان نسبي سيتم التغلب عليه، إذا كان التصرف غير صالح، فستتوقف آثاره عن الوجود، وبالتالي فإن الحقوق والالتزامات هي التي رتبت مصادرتها، وإذا لم تكن بحاجة إلى تنفيذها، فهي غير قابلة للتنفيذ، ولكن إذا تم تنفيذها، فيجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، أي بصريح العبارة أن أي قاعدة تقول ما ينتج من الباطل فهو باطل، ولا يجوز للفرد أن ينقل للآخرين ما يملكه تمامًا، بما يتفق مع القاعدة الأجنبية.

وعليه تكمن أهمية هذا الموضوع في المكانة الكبيرة التي يتمتع بها العقد في النشاط الاقتصادي في المقام الأول، وضمن المجال الاجتماعي وحتى العمل على تلبية متطلبات الناس نظراً لأهم وسائل التبادل الاقتصادي، ولكن هذه العقود غالباً ما تكون نسبية وقابلة للتفكك في حالة البطلان عند ظهور أسباب معينة، ومن خلال دراستنا لصعوبة الآثار العرضية للعقد الباطل، أردنا أن ننجح في الحلول القانونية لمواجهة عواقب هذا البطلان للتأكد من ثبات المعاملات وتقليل بطلان الإجراءات القانونية، التي تطرأ على صعيد المعاملات بين الناس، وتؤكد أهميتها أكثر في تحقيقها لقوة العقود استجابة للمتطلبات العملية.

ومن أهم الأسباب التي دفعتني إلى مراجعة هذا الموضوع هناك أسباب ذاتية وأسباب موضوعية.

أما عن الأسباب الذاتية لاختيار هذا الموضوع بشكل عام هو أحد الضروريات المهمة التي يتمتع بها في الحياة العملية، حيث يرتبط هذا الموضوع ارتباطاً وثيقاً بالواقع الاجتماعي، وخاصة الواقع الاقتصادي الذي يعتمد على التبادل بين الأفراد، والمعاملات المالية في ظل التطورات الاقتصادية الراهنة.

أما عن الأسباب الموضوعية فتعتبر الآثار العرضية للعقود الباطلة بأجزائها المختلفة ذات أهمية كبيرة للباحثين في مجال التشريع والفقهاء الإسلامي، لأنها تؤثر بشكل كبير على موضوع مهم وحيوي ألا وهو المعاملات اليومية التي يحتاجها الناس في حياتهم اليومية بشكل كامل.

ويعتبر الهدف من دراستنا لموضوع الآثار العرضية للعقد الباطل هو توضيح وعرض بطلان العقد، والذي بدوره يؤدي إلى القضاء على الفعل (التصرف) القانوني وآثاره، بالإضافة إلى الفائدة التي يهدف إليها بيان البطلان وسعيه إلى تحقيق الناحية التنظيمية في المعاملات اليومية، بالإضافة إلى ذلك دور المشرع الشرعي والفقهاء الإسلامي في توضيح آثار العقود الباطلة.

كما أشرت سابقا يوجد ندرة وشح كبير في ما يخص موضوع دراستي والذي لم أجد له معلومات كثيرة تخدم محتوى بحثي، حيث قمت بالبحث الكثير وقد توصلت لبعض من الرسائل الجامعية القريبة جدا لموضوعي وتخدم مجال دراستي ونذكر على سبيل الحصر:

• **دراسة دالي بشير 2007-2008: (مبدأ تأويل العقد)** رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، هدفت الدراسة إلى محاولة تفسير العقد وانعقاده والبحث في صحته، إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا، حتى يكون قابلا للتنفيذ، كما أن تفسير العقد من آثار هذا الأخير، حيث يمكن من خلاله استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والوقوف على معنى الإرادة الظاهرة والباطنة.

• **دراسة لرجم أمينة 2015-2016: (تحول العقد)** رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، فرع (العقود والمسؤولية) جامعة الجزائر، هدفت إلى الإشارة لأهمية القسوى التي يلعبها التحول في إنقاد العقد من البطلان، وكيف يمكن للقاضي أعمال هذا النظام لإنقاذ العقد من البطلان تطبيقا لمبدأ استمرارية العقود.

• **دراسة مزوغ يقوتة: 2015-2016: (نطاق مبدأ نسبة العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري)** رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، هدفت الدراسة بشكل عام في تحديد المقصود بمبدأ نسبة آثار العقد من خلال أهميته كمبدأ عام، وكذلك تحديد الاستثناءات التي ترد عليه والتي تتمثل في قاعدتي الاشتراط لمصلحة الغير وقاعدة التعهد على الغير.

ويمكن أوجه الاختلاف بين الدراسات السابقة ودراستي باختصار شديد في أن جميع الدراسات السابقة التي أشرت إليها تحدثت بشكل عام عن العقد الباطل كمنظريّة تحول العقد وإنقاده، أما فيما يخص دراستي فقد كانت هناك إضافة حيث قمت بالتفصيل في جزئيات العقد الباطل من حيث التعرف عليه بشكل مفصل، حيث تطرقت إلى العقود الباطلة من التركيز على أركانها وشروطها والشيء الأهم أثارها العرضية والتي لم تتحدث عنه الدراسات السابقة إذ كانت دراستي هي السبابة لهذا الأمر.

وتجدر الإشارة أنني واجهت صعوبات كبيرة في اختيار المراجع الكافية لإثراء مادتي، بسبب ندرة الكتب المتخصصة التي تذكر آثار العرضية للعقد الباطل، إذ لم أقل أنها نادرة، وهذا غالباً بسبب ندرة التأليف فيما يتعلق هذا الموضوع وعدم إعطائه الأهمية القصوى، وعلى الرغم من كل هذا فقد اعتمدت كلياً على مجموعة من المراجع العامة والمتعددة ساهمت بلمسة في حل الأمر.

نظراً لاتساع قطاع المعاملات بين الناس، وذلك بفضل سهولة التواصل بين الأفراد ومؤسسات الدولة، فإنه يجعل هذه السلوكيات أكثر عرضة للبطلان، بسبب فشل أحد ركائزها أو شروطها، خاصة العقود التي تعتبر أهم هذه السلوكيات، وعليه فإننا بصدد طرح الإشكالية التالية:

هل الآثار العرضية للعقد الباطل كافية للحفاظ على ثبات العقد وعدم الإخلال به؟ وهل يمكن أن تقلل من أثر البطلان الذي يقضي على عقود عديدة؟

لقد استندت في دراستي هذه على عدة مناهج مختلفة نذكر منها ما يلي:

المنهج الوصفي: حيث لا بد من الإشارة لهذا المنهج لمعرفة مفهوم نظرية العقد وتحوله، باعتبار ضرورة آثاره العرضية بالنسبة للعقد الباطل.

المنهج التحليلي: حيث قمت بدراسة وتحليل نظرية تحول العقد وأثاره العرضية على بطلانه.

المنهج المقارن: حيث يقتضي عليه دراستنا طبيعة دراستنا بالإشارة إلى قوانين عربية وحتى أجنبية ذات صلة بهذا الموضوع.

ومن أجل الوصول إلى هدف الدراسة قسمت البحث إلى فصلين، حيث تناولنا في الفصل الأول عموميات حول العقد الباطل وفق التشريع الجزائري، وتم تقسيم الفصل الأول إلى مبحثين: ففي الأول تطرقنا إلى مدخل عام حول العقد الباطل، وفي المبحث الثاني تعرضنا إلى دراسة مجموعة من العقود الباطلة. أما في الفصل الثاني فقد تطرقنا إلى الآثار العرضية للعقد الباطل، بحيث تعرضنا في المبحث الأول إلى آثار تحول العقد، وفي المبحث الثاني إلى إجراءات تنفيذ تحول العقد، وبذلك نكون قد أنهينا دراستنا بخاتمة لموضوعنا هذا.

الفصل الأول:

عموميات حول العقد الباطل وفق

التشريع الجزائري

العقد هو أحد مصادر الالتزام، وهو الموافقة على وصيتين أو أكثر، لتحقيق أثر قانوني مختار، ويمكن أن يكون هذا التأثير أيضاً إنشاء التزام أو تحويله أو تعديله أو إنجائه.

وبما أن العقد كان له ركائز أساسية يقوم عليها وذلك لتوفير الأثر القانوني المحدد من إبرامه، فقد كان من الضروري أن تكون هذه الركائز موجودة وقائمة بشكل صحيح، لا سيما أن القانون يتطلب وجودها بطريقة محددة تأخذ بموجبها النظر في الشرط.

والعيب في قبول أركانه وطريقة إبرامه يسمى بطلاناً من حيث تبعات عيب في أحد أركان العقد، والبطلان يعد أثر عيب في قبول أحد أركانه مختلف بما يتفق مع نوع العيب الذي يصيب أي ركن من أركان العقد وينتج عن ذلك حالة من البطلان المطلق الذي يلغي ويمحو أي وجود للعقد، وكذلك في حالة وجود عيب ضمن شروط صلاحية العقد، والذي ينتهي ببطلان أقل خطورة من العقد السابق، وهو بالنسبة للعواقب حيث يتم التغلب عليها في كثير من الأحيان.

نظراً لأن العقد كان ذا أهمية كبيرة كمصدر للالتزامات، فقد كان من الضروري أن نتعرض حصرياً لدراسة بطلان العقود وحالات البطلان في العقد ودراسته من خلال هذا الفصل والذي يندرج ضمن مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول: مدخل عام حول العقد الباطل

المبحث الثاني: دراسة العقود الباطلة

المبحث الأول

مدخل عام حول العقد الباطل

يراعى بطلان العقد عقوبة قانونية لنقص عناصر العقد، ووجود خلل داخل الإدارة أو فقدان الأهلية، وهو عدم وجود أثر للعقد على الأطراف المتعاقدة وبالنسبة للآخرين، وبالتالي فإن العقد الذي لم يراعي مبادئ القانون في تشكيله يعتبر باطل ولا ينتج عنه أثر قانوني، ولا ينشأ عنه حق أو التزام.

خصص المشرع الجزائري مكانة خاصة لفكرة البطلان حيث جمع معظم النصوص التي تحدد القواعد العامة لبطل العقد تحت عنوان "صلاحية العقد" في المواد 99 إلى 105 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول

تعريف العقد الباطل

البطلان هو عدم وجود أحد ركائز أو شروط العقد، على سبيل المثال، أن موضوع المتطلب موجود في وقت العقد ولكنه غير قادر على التعامل معه، أو أن السبب المطلوب موجود ولكن الأساس المنطقي للعقد غير شرعي، تم العثور على الأساس المنطقي كركيزة في العقد باستثناء أنه غير قانوني مما يؤدي إلى بطلان العقد.

لا يمكننا الوصول إلى تعريف محدد لبطلان العقد قبل أن نوضح ثلاثة أشياء، لذلك سنقوم بدراسة الموضوعات الآتية: مفهوم العقد الباطل (الفرع الأول)، دوافع العقد الباطل (الفرع الثاني)، أصناف العقد الباطل (الفرع الثالث)، تصنيف العقد الباطل عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم العقد الباطل

أولاً: العقد الباطل لغة

يعني الفساد وزوال الدولة، لذلك قد يكون العمل عملاً ضائعاً أو لا قيمة له. وجاء بالمصباح المنير (بطل الشيء يبطل بطلانا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل وجمعه بواطل)¹. وجاء في اللغة الفرنسية، البطلان هو الشيء الباطل لا قيمة له².

ثانياً: العقد الباطل اصطلاحاً

ومضى الأستاذ نصر الدين محمد زعلول في تبني فكرة: البطلان هو غياب الأثر القانوني الواجب إثباته للفعل³. من ناحية أخرى، عرفه السنهوري بأنه: العقوبة القانونية لعدم استيفاء أركان العقد كاملة وشروطه⁴.

ودعا الدكتور جميل الشرقاوي هذا البطلان: مخطط يعلق على الفعل القانوني نفسه كنتيجة لعيب، وليس جزاء لا علاقة له بآثاره المباشرة⁵. يعتبر تعريف الفقهاء "AUBRY" و "RAU" هو التعريف الأكثر ترجيحاً للبطلان في الفقه الفرنسي، لأن البطلان المصحوب بهما هو: (البطلان أو عدم الإنفاذ الذي يؤدي إلى

¹ - عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص24.
² - Paul Robert, Petit robert (Dictionner de langue).nullite:"caractère de ce qui est nul, sans valeur", paris, 1977, p: 1289.

³ -نصر الدين محمد زعلول، التعسف في استعمال الحق (طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء)، ط1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2007، ص 38.

⁴ -عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط (دراسة في المنهجية التشريعية)، ط1، دار الكتب العلمية، مصر، 2010، ص15.

⁵ -ضو القاسبي، البطلان والفسخ والسقوط والانعدام، ط1، نشر و توزيع مجمع الأطرش للكتاب المختص، 95 شارع لندرة- تونس، 2017، ص 245.

إجراء ينتهك أمراً أو حظرًا للقانون) ، ولكن إذا نظرنا بعناية في هذا التعريف، فإننا نكتشف أنه ليس من الدقة أن يكون تعريفًا أرجحاً للبطلان¹.

من أجل تجنب الانتقادات السابقة، نميل إلى تعريف البطلان بأنه "العقوبة التي يفرضها القانون على فشل أحد أركان العقد أو عدم توازنه) وهذه العقوبة هي زوال أثر الإجراء الذي يخص نية الأطراف، وبالتالي فإن الإرادة لا حول لها من وجهة النظر القانونية².
وهناك من عرفه: "إنه ما هو غير قانوني، لا في أصله ولا في وصفه، لذلك ليس له أي من آثاره لأنه غير موجود³.

الفرع الثاني

دوافع العقد الباطل

لقد علمنا بالفعل أن البطلان قد يكون وصفًا يلصق الفعل القانوني بعيب فيه، مما يحرمه من آثاره المعيبة، ومن هنا يتبين لنا أن أكثر أسباب البطلان هو كل عيب أو نقص يصيبه، أو بتعاقد بحيث تغيب آثاره⁴.

لذلك، من أجل إبرام العقد، يجب توفير ثلاث ركائز، وهي الرضا، والمحل، والسبب، في العقود الرسمية أو التسليم في العقود العينية فإذا اختل إحدى هذه العقود انعدمت.

¹ – AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Français, 40 édition, t 1et 6, par BARTIN, Paris, 1952, p.179 : (la nullité est l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé comme contrevenant a un commandement ou à une défense de la loi).

² – عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، ار الكتاب الحديث القاهرة، مصر ، 1984، ص464.

³ – إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1968، ص277-278.

⁴ – محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص261.

أولاً: ركن المحل والسبب

ولركني المحل والسبب شروطاً هي: أن يكون المحل ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً وأن يكون السبب حاضراً وصادقاً (مشروعاً)، وإذا تم انتهاك أحد هذه الشروط، يصبح العقد باطلاً مطلقاً¹.

ثانياً: ركن الرضا

ولركن الرضا له شروط معينة لحيازته وشروط أخرى لصلاحيته، وشروط انعقاده هي التمييز لدى المتعاقدين²، وتقابل الإيجاب والقبول وتطابقها، أما شروط الصحة فهي صادرة عن الأهلية من عيوب الوصية من الخطأ³، والاحتيايل والإكراه والاستغلال والظلم⁴، بحيث إذا اختل أحد شروط الانعقاد اعتبر العقد باطل بطلان مطلقاً، بحيث يكون العقد في حالة الإخلال بشروط من شروط العقد، ويؤخذ بعين الاعتبار أن العقد باطلاً بشكل مطلق.

وفي حالة انتهاك أحد شروط الصحة يعتبر العقد باطلاً نسبياً، وغالباً ما يُعتبر أحد تفسيرات البطلان انتهاك القواعد القانونية التي ترتب البطلان نتيجة لهذا الخرق، ويمكن أن يكون البطلان أيضاً عقوبة لعدم وجود شرط خاص يقتضيه القانون، كما لو كان العقد يحتوي على عناصر تتعارض مع النظام العام والأخلاق العامة، والاحتيايل الذي يستخدم كوسيلة للإضرار بحقوق الآخرين، أو كان الهدف منه الاحتيايل على القانون، أو الفرار من حكم مرتبط بالنظام العام، وهي متنوعة بشكل جيد، وهذه جملة من الأسباب البطلان المعروفة.

¹ محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر (في القانون المدني الجزائري)، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 14.

² عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع سابق، ص 465.

⁴ جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 205.

⁴ عباس حسنى محمد، العقد في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، السعودية، 1993، ص 203.

الفرع الثالث

أصناف العقد الباطل

تنقسم النظرية التقليدية التي حددها القانون الروماني أكثر من القانون الفرنسي القديم، وهي أحكام البطلان، إلى صنفين:

البطلان المطلق والبطلان النسبي¹، لكن ظروفًا تشريعية معينة أدت إلى تعقيد المسألة، إذ اعتبر بعض الفقهاء أن إدخال نوع ثاني سماه بالانعدام²، ومنهم من قال بأنه نوع واحد فقط. ويجدر الإشارة إلى أن التشريع الجزائري تبنى التقسيم الثنائي، وهذا غالبًا يرجع إلى نقص جدية النظريات الثلاثية والأحادية وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يستخدم مصطلحي البطلان المطلق والنسبي في تقسيمه، بل ذكر المادة 103 و 105 من القانون المدني الجزائري الباطلة والباطلة.

أولاً: العقد الباطل المطلق

ويؤخذ بالبطلان المطلق بعين الاعتبار عقوبة عدم توافر أركان العقد، فإذا تخلف أحد أركان العقد بانعدام الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل ضمن العقود الرسمية، أو توافرت هذه الأركان ولكن اختل ركن منها.

باستثناء عنصر الرضا لعدم استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون، مثل ما إذا كان المحل مستحيلًا أو غير قابل للتحديد أو إذا كان السبب مخالفًا للقانون وبالتالي فإن العقد باطل³.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص17.

² - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الاسلامي، ط1، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 1988، ص54.

³ - أنور طلبية، انحلال العقود، ط1، المكتب الجامعي الحديث للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2004، ص413.

ويُقصد بالبطلان المطلق أن العقد لم يتم إبرامه، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ولا يترتب على العقد الباطل "البطلان المطلق" ليس له أي تأثير ولا يتم تصحيحه من خلال الترخيص أو التقادم.¹

كما أن البطلان المطلق لا يسبق بطلانه، لأنه لم يحدث أو لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة فلا وجود له قانونيا.²

لأنه يصنعه في حالة المعدوم، حيث لا ينتج عنه أي آثار قانونية، وإن كان يؤدي إلى عواقب استثناء كما سنرى، وبالتالي يجوز للمحكمة أن تحكمه من تلقاء نفسها دون دعوة.³ يؤدي البطلان المطلق أيضًا إلى نص في القانون، مثل نص المادة 92 / 02 من بطلان التعامل داخل تركة الشخص الحي ، ونص أيضا القانون على بطلان بيع الوفاء (المادة 396).⁴

كما يتضح من الأحكام الواردة في المواد 92 إلى 98 والمادة 418 من القانون المدني الجزائري أن البطلان المطلق يرتبط بالعقد الذي يخطئ أحد أركانه. وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في الحالات الآتية:

- 1- عدم وجود وصية فكرية محددة سواء للعمر أو لعارض معدم الأهلية.
- 2- فشل إدارة المكتب، كما هو الحال في سلوك المجاملة وإرادة الهازل الذي تكون مزاحته واضحة من عبارة "عقد" أو معروفة في كثير من الأحيان من ظروف الصفقة.
- 3- عدم الموافقة لأن الوصيتين غير متطابقتين، أو لأن الرغبة لا تفي بالعناصر الأساسية (الإرادة الناقصة).

¹ - محمد صبري السعدي، (شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات) مصادر الالتزام - التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة)، ج1، ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 252-253.

² - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، ط1، موزم للنشر والتوزيع، وحدة الرغبة، الجزائر، 2005، ص 251-256.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 77.

⁴ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 77.

4- عدم القدرة على تجميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.

5- عدم رفع دعاوى قانونية بشأن محل وسبب المطلب.

6- عدم التقيد بالشكليات إذا اقتضى القانون ذلك.

أي بمعنى أن العقد الباطل باطل تماماً في نظر القانون، وبالتالي ليس من المقبول تصديق أنه يطالب بترتيب آثاره ولا يتم تصحيحه بواسطة الترخيص، حيث خص المشرع مصطلح "العقد الباطل" على وجه التحديد بالبطان المطلق¹.

بالإضافة إلى هذه الحالات، يمكن أن يكون العقد باطلاً أيضاً إذا كان ينطوي على احتيال، وإن لم يكن هناك شرط لذلك.

هذا لأن هناك قاعدة تتخذها المحاكم ومضمونها أن الاحتيال يبطل الفعل الذي يقوم عليه، والمقصود بالاحتتيال هنا هو أن استخدام العقد كوسيلة للإضرار بحقوق الآخرين، كما هو القضية ضمن نقل الحق².

إذا لم يتم قبول التحويل من قبل المدين، ولم يتم إخطاره بذلك بعد، فإن المحول توطأ مع منقول إليه آخر ودخل في تحويل آخر على حساب حق المحول إليه الأساسي، فيكون التحويل الثاني باطلاً. بفضل الاحتيال وبالتالي يتم إخلاء الحق للمنقول إليه الأساسي، وبالتالي يمكن أن تكون عقوبة الاحتيال أيضاً باطلة، وبالتالي يمكن أن يكون عدم الإنفاذ أيضاً ضمن حق الأطراف الثالثة في التعرض للأذى، كما هو الحال في الوهمية للدائنين والخلفاء الشخصيين³.

في حين يعتبر الاحتيال بالإضافة إلى ذلك سبباً للبطان إذا كان الغرض منه الاحتيال على القانون، أي الهروب من الأحكام لمناسبة واحدة فقط أو تلك المرتبطة بالنظام العام.

¹ - محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004، ص184.

² - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 173-174.

³ - المرجع نفسه، ص174.

وهذا غالبا ما يكون حالة غش ضد القانون، كما في حالة بطلان التصرف الذي يبرمه السفية قبل الحجر اذ جاء نتيجة تواطؤ للفرار من اثر الحجر.

ثانيا: البطلان النسبي

تتناول المادة 101 من القانون المدني الجزائري البطلان النسبي، حيث تنص على ما يلي: "يسقط الحق في فسخ العقد إذا لم يلتزم المالك به في غضون 5 سنوات¹. يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد.

ما ورد في هذا المقال ما هو إلا تذكير بما ورد في المواد 80 و 81 و 86 و 88 و 90 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن العقد باطل في حالة: نقص الأهلية، الخطأ، الغش والإكراه والاستغلال وفي حالة البطلان النسبي يكون العقد ساري المفعول، وتظل كذلك ما لم يطعن الطرف المتعاقد في صحتها².

يعتبر العقد باطلاً أو لاغياً نسبياً، إذا كانت موافقة الطرف المتعاقد مشوية بواحد من عيوب الموافقة: مثل الخطأ أو الاحتيال أو الإكراه أو إذا كان غير كفاء.

وعلى عكس البطلان المطلق فان البطلان النسبي تلحقه الاجازة ويسقط بالتقادم، خلال هذه الحالة، ويكون العقد ساري المفعول ما لم يتم الطعن في الطرف المتعاقد الذي كانت موافقته معيبة³.

¹-علي فيلالي، مرجع سابق، ص 151-152 .

²- المرجع نفسه، ص 152.

³- المرجع نفسه، ص 152.

ونقصد أيضاً بالبطل النسبي أن العقد صحيح وله آثاره، لكنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد أطرافه، صاحب الحق في الفسخ بطلان العقد.¹

يتميز العقد المبطل بوجود قانوني، لأنه يمر بمرحلتين، الأولى قبل أن يتم تحديد إبطالها، وبالتالي فإن العقد يتميز بوجود قانوني كامل ثم ينتج عنه جميع العواقب الناتجة عن العقد الذي كان ساريًا، وبالتالي فإن الثانية هي بعد ما يتم تعيين إبطالها والتي يكون الوجود القانوني خلالها غائبًا تمامًا، ثم سيكون مساويًا للعقد غير الصحيح²، ويتضح مما سبق أن البطلان النسبي ليس نوعًا مستقلًا.³

أما بالنسبة للمصطلح الذي استخدمه المشرع الجزائري، فقد لوحظ أن عبارة "عقد قابل للإبطال نسبيًا" تم التغاضي عنها وتفضيلها من خلال مصطلح "عقد لاغي" (راجع المواد 101 و 100 و 99 والمادتين 104 و 105 خاصة من القانون المدني).

إن مرتبة البطلان بعيدة عن العواقب بأثر رجعي، وبالتالي فقد خص المشرع مصطلح "البطلان النسبي أو سلطة الإبطال" للدلالة على عقوبة عدم استيفاء شروط صحة العقد وهو ما نقابله في الحالات الآتية⁴:

- 1- إذا كان أحد المتعاقدين فاقده الأهلية لسنة، أو كان أحد المتعاقدين يفتقر إلى الأهلية القانونية للتمييز بين "السفاهة والإهمال" (المادتان 43 و 101 المدني).
- 2- إذا كانت إرادة أحد الطرفين ناقصة في أحد عيوب الرضا "الخطأ - غش - إكراه - استغلال" (القانون مدني المادة 81-91).

¹ - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع سابق، ص 248.

² - أنور طلبية، مرجع سابق، ص 413-414.

³ - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 248.

⁴ - محمد محمود زهران همام، المرجع سابق، ص 185.

3- إذا نص بند خاص في القانون على بطلان العقد، مثل بطلان بيع ممتلكات الغير لصالح العميل (المواد 397 ، 398 ، 399 مدني).

الفرع الرابع

تصنيف العقد الباطل عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة

بعد أن قدمنا تعريف البطلان بإيجاز، يجدر بنا مقارنته ببعض المفاهيم القانونية التي تشبهه تقريباً، وبالتالي سنتعامل خلال هذه المقارنة مع كل من البطلان وعدم السريان، البطلان والفسخ، البطلان والصورية.

أولاً: البطلان وعدم السريان

جزاء عدم رفع دعوى من أركان العقد أو شروط صحته، وتتمثل هذه العقوبة في عدم ملاحقة المتعاقد للعواقب التي زُعم أنها ناجمة عن هذا العقد الباطل¹، أو لأنه عقد صحيح ويحدث آثاره بين طرفيه، ولكنه لا يتم الاستناد إليه في حق الغير لأي سبب من الأسباب، والذي يتحقق عدم المطابقة في عدة افتراضات، أهمها: وهو أن تخلف الشهر، تخلف الشكل وتختلف التاريخ المحدد، ولذلك أخذ المشرع الجزائري هذه النظرية وأطلق عليها مصطلح "عدم التنفيذ"².

ثانياً: البطلان والفسخ

يعد البطلان عقوبة مصحوبة بالعقد لخلل في تكوينه³، أما الفسخ فهو جزاء على من لم يقيم من المتعاقدين بالتزامه بعد انتهاء العقد صحيحاً واستيفاء شروطه، ويجب على الطرف

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص174.

² محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الاسلامي، مرجع سابق، ص40-41.

³ إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره (دراسة مقارنة)، السعودية، 2004، ص، ص93-

المتعاقد الآخر، إذا كان العقد ملزماً من كل جانب، أن يلتزم بالإلغاء حتى يعفى من التزامه، وبالتالي لا يكون الإلغاء في عقود التبادل فقط¹.

ثالثاً: البطلان والصورية

البطلان هو العقوبة التي يقتضيها القانون في حالة انتهاك أحد أركانه، التي هي المحل والسبب والرضا، أو وجود خلل في الإرادة، أما الصورية ضمن الحدث يتمثل في الطرفين المتعاقدين يريدان تغطية إرادتهما الحقيقية وراء فعل آخر، وبالتالي يلجأ الطرفان المتعاقدان عادةً إلى التزييف بمجرد رغبتهما في تغطية ما تعاقدوا عليه لسبب وقع معهم، على سبيل المثال الهدية الخفية تحت شكل عقد البيع: صرف ظاهر وهو التصرف الصوري، وتصرف مستتر وهو التصرف الحقيقي².

المطلب الثاني

موقف القانون من العقد الباطل

بما أن تم تفضيل التقسيم الثنائي للبطلان، وبذلك يمكن القول بأن العقد، إما أن يكون صحيحاً، أو أن يكون باطلاً.

تناول الأستاذ محمد سعيد جعفرور في رسالة الماجستير بعنوان "إذن العقد الباطل" في القانون المدني الجزائري: "العقد غير الصحيح هو بطلان نسبي ينشأ عن آثاره وهو نوع من العقد صحيح تماماً حتى يطلب صاحب المصلحة بطلانه، وتتطرق "نظرية العقد" أن العقد بطلان نسبي لا يمر إلا بمرحتين، مرحلة الصلاحية وبالتالي مرحلة البطلان المطلق، فلا توجد مرحلة ثالثة تسمى البطلان النسبي، وقد أيد الفقيه أنور سلطان في كتابه نظرية الالتزام الشاملة.

¹-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 175.

²-محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الاسلامي، المرجع سابق، ص، 48.

أما بالنسبة للعقد الباطل، فالبطلان المطلق هو أن العقد الذي تم الإخلال به من أركان العقد، وبالتالي فإن التقسيم الثنائي هو أنه يفترض أنه يتفق مع الفقه العربي والفرنسي.¹ وبذلك قسمنا مطلبنا على نحو التالي: موقف المشرع الجزائري (فرع أول)، موقف المشرع الفرنسي (فرع ثاني).

الفرع الأول

موقف القانون الجزائري

وقد تبنى المشرع الجزائري مثله مثل التشريع الحديث التقسيم الثنائي للبطلان، وتناول أحكامه في القسم الثاني مكرراً من الفصل الأول تحت عنوان بطلان العقد بنوعيه.² نرى أن المشرع الجزائري استعمل عدة تعابير على نوعي البطلان، فأخذ بطلان المطلق بالعقد الباطل بطلانا مطلقا وتارة بعبارة العقد الباطل، أما بالنسبة لبطلان النسبي، فتغاضى عن عبارة العقد الباطل بطلان نسبي وفضل تسميته بالعقد القابل للإبطال. ومن هنا سنتطرق إلى الحالات التي يكون فيها عقد باطل وعقد قابل للإبطال.

أولاً: الحالات التي يكون فيها العقد باطلا

تتدرج الحالات التي يكون فيها العقد باطلا على النحو التالي:³

- حالة إبرام العقد من قبل شخص غير مؤهل: في حالة الصبي الذي يتعذر تمييزه أو تبريره أي يعتبر فاقدا للعقل (مجنون) (المادة 42 ق.م) بعد تسجيل خيار الحجر عليه (المادة 107 ق.م).

¹ - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 49.

² - محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، مقدم إلى جامعة الجزائر، 1976، ص 15.

³ - محمد حبار، المرجع نفسه، ص 100.

- حالة إبرام قبول لا يوجد اتفاق متبادل: يكون في حالة إكراه المادي أو الغلط المانع، أو يتخلف فيه المحل أو السبب أو عدم استيفاء شروط المحل أو السبب (مواد 93 إلى 98 ق.م.ج.0).

- حالة تخلف الشكل المطلوب لإبرام العقد الرسمي (الشكلي) (مواد 324 مكرر، 1، 883، 418، ق.م.ج.0).

- حالة عدم التسليم يشترط لإبرام العقد العيني (مادة 206 ق.أ.ج.0).

- حالة سيادة القانون مع بطلان العقد في صور معينة مثل بطلان التعامل داخل تركة إنسان على قيد الحياة وإن كان مع موافقته (مادة 2/92 ق.م.ج.0).

ثانيا: الحالات التي يكون فيها العقد قابل للإبطال

- قضية تصرف غير كفاء (نقص الأهلية) بين المنفعة والضرر (المادتان 43 و 101 ق.م.ج.0)

- في حالة وجود عيب في إرادة أحد الأطراف المتعاقدة (مواد 81 إلى 91 ق.م.ج.0)

- في حالة وجود حكم خاص ضمن القانون بأن العقد باطل، كما هو الحال مع بيع ممتلكات الغير (مواد 397 إلى 399 ق.م.ج.0)، وهكذا نشير إلى أن مشرعنا قد تبنى التقسيم الثنائي للبطلان الذي يظهر في النصوص القانونية المدنية.

الفرع الثاني

موقف القانون الفرنسي

على الرغم من أن المشرع الفرنسي قد تبنى التقسيم الثنائي للبطلان، إلا أنه لا يوجد ذكر في القانون المدني لمصطلحات البطلان المطلق والبطلان النسبي، أما فيما يتعلق بالعمل التحضيري للقانون المدني الفرنسي، يبدو لنا أن نية المشرع في اتجاهه للتمييز بين نوعي البطلان، حيث يوضح في قوله الفقيه الفرنسي جوبرت: "أن السبب غير القانوني أي السبب الذي ينتهك القانون أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة، والذي يعيب العقد بشكل لا يمكن

تصحيح ذلك على الرغم من مرور الوقت لذلك يؤخذ العقد في الاعتبار كما لو لم يكن، وإذا لم يكن للعقد مكان، فيمكن يمكن القول إن هناك عقداً وبالتالي لا يترتب عليه أي التزام¹، ويضيف جوبيريت: "لا يمكن تطبيق دعوى الإبطال إلا في الحالات التي ينتج فيها العقد آثاراً ذات صلة، أي حالة نقص الأهلية، وبالتالي حالة عدم الرضا"، وهنا نرى نية المشرع التفريق بين نوعين من البطلان رغم أنه لم يذكر المصطلحين المطلق والنسبي².

وغالباً ما يكون ذلك نتيجة عدم وضوح النصوص في الفقه الفرنسي وبالتالي وقد كلف القضاء نفسه بمهمة تنظيم هذه القضية، سواء بالإشارة إلى فكرة التمييز بين نوعي البطلان، أو بالرجوع إلى حالات كل نوع من أنواعها³، أما فكرة الانعدام، فلم يرد لها ذكر في القانون المدني الفرنسي.

المبحث الثاني

دراسة العقود الباطلة

يحرص التشريع على إعطاء أهمية كبيرة للعقود، لأنه ينص ضمن العقد على أركان متنوعة والشروط، وإذا خرج منها العقد، فإنها تصبح عقوداً باطلة، والعقود الباطلة لا تنتج آثارها، فهي باطلة من تلقاء نفسها دون ضرورة أن تتخذ المحكمة قراراً بشأنها، وإن كان معترفاً بها من قبل الأطراف إذا استفاد أحد الأطراف المتعاقدة من العقد.

وجب عليه خلال هذه الحالة تعويض العقد المقابل كما استفاد منه، ويشتق منها عقوداً متنوعة غير صالحة، تتمثل في: عقود الغرر (المطلب الأول)، البيوع الباطلة (المطلب الثاني)، والقروض الربوية (المطلب الثالث).

¹ - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 171.

² - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 172.

³ - محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر (في القانون المدني الجزائري)، مرجع سابق، ص، ص 96-97.

المطلب الأول

عقود الغرر

عادة ما تتم مقارنة عقود الغرر بعقود محددة يمكن خلالها لكل طرف من الأطراف المتعاقدة - في وقت إبرام العقد - تحديد الكمية التي تم الحصول عليها، فعلى سبيل المثال، ففي عقد البيع يقد كل من البائع والمشتري تخصيص قيمة المبيع والثلثن وقت إبرام العقد، أما عقد الغرر هو الأمر المجهول العاقبة الذي لا يعرف حصوله من عدمه.

وبذلك قد قسمنا هذا المطلب إلى: القمار (الفرع الأول)، الرهان (الفرع الثاني)، عقد التأمين (الفرع الثالث)، المرتب مدى الحياة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

القمار

هي عقد ضمان يوجب كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه¹، والرهان عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين أن يدفع إذا لم يصدق قوله في واقعة غير محققة للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه².

واشترطت المادة 612 من قانون المدني الجزائري على أنه "يحظر القمار والرهان"³.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (عقود الغرر، المقامرة، الرهان، المرتب مدى الحياة-عقد التأمين)، الجزء 7، المجلد 2، بيروت، لبنان، 1442هـ-1968م، ص 09.

² - هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، دار إثناء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 117.

³ - المادة 612 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975.

الفرع الثاني

الرهان

يقصد بالرهان أو المراهنة: أن يتنافس شخصان على شيء ما، سواء كان الأمر كذلك أم لا، دون أن يتحكم فيه أحد، فمن تحقق قوله فله من الآخر شيئاً يشترطه¹، ونصت عليه المادة 612 من قانون المدني الجزائري: "يحظر القمار والرهان²."

وقد يكون عقداً احتمالياً أيضاً لأن عقد الرهان هو قبول لا يستطيع كل من المراهنون تحديد وقت إتمام العقد، والمبلغ الذي يأخذ أو الكمية التي يمنحها يتم تحديدها فقط ضمناً بما يتفق مع حدوث أمر معين، هو الكسب فيعرف القدر الذي أخذ، أو الخسارة (فيعرف القدر الذي أعطى) وهو أيضاً من عقود الصرف (المعاوضة)، والسبب في كونه من عقود التبادل أن المراهن، إذا ربح فإنه مقابل تعرضه للخسارة، وإذا خسر شيئاً، فهذا مقابل احتمالية الفوز، وهو كالقمار يفسد الأموال بغير محلها³.

الفرع الثالث

عقد التأمين

عقد التأمين من المشاكل المستجدة في عصرنا، ولدى الشريعة أنظمة منظمة شبيهة في محتواها بنظام التأمين⁴، وأبرز مثال ذلك نظام العواقل⁵.

حيث زاد انتشار عقد التأمين بفضل القوانين التي تحكم التجارة المحلية والدولية، بشكل جعلها حقيقة واقعة في العديد من التشريعات المدنية بمختلف أطرافها، وانتقلت إلى الدول

¹ - هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 117.

² - المادة 612 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 985-988.

⁴ - مصطفى الزرقاء، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة حضارة الإسلام، العدد 4، السنة الثانية، تشرين الأول، السعودية، 1961، ص 4.

⁵ - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، مصر، 2000، ص 246.

العربية في وقت متأخر لدخولها آنذاك من مختلف المجالات الاقتصادية وغيرها، وقد تم النص عليه في المواد من 619 إلى 623 من القانون المدني الجزائري¹.

و اختلف الفقهاء في الإذن بعقد التأمين من عدمه، إلا أنه تم تسويته في رأي حول الترخيص بأنواع التأمين وبالتالي تحريم أنواع أخرى: مثل جواز التأمين على الأموال بدون تأمين على الحياة، أو القول بأن التأمين جائز من الخطر الناجم عن أفعال الأفراد كالسرقة وبالتالي تحريم التأمين من الخطر الناجم عن بلاء السماوات، أو جواز التأمين على حوادث السيارات والطائرات والسفن والمصانع وتحريم ما عداه².

ف نجد محظورات شرعية قد تتغلغل في عقود التأمين وترتبط حكمها بما حرم الله، وأبرزها أن الغرر الذي يتم خلاله تنفيذ عقد التأمين في كل من الأطراف المتعاقدة خلال هذا العقد لا يعلمون متى يتم إبرامها. إذا كان سيحدث بالمثل مقابل ما يتم دفعه بالمثل أم لا، لأن أيًا منهما يحصل على مقابل، فهذا يعتمد على حدث احتمالي، يمكن أو لا يكون كذلك³، والربا الذي يتحقق فيه عقود التأمين هي أن لا يتناسب البديل الذي حصل عليه أحد أطراف عقد التأمين مع الكمية المدفوعة للطرف الآخر، وبالتالي فإن المبلغ لا يتناسب مع كمية التأمين.

الفرع الرابع

المرتب مدى الحياة

هو مبلغ نقدي يُعطى للفرد على أقساط، كإيرادات دورية، لحياته أو مدى حياة شخص ثالث، وبالتالي فقد أجازته المشرع، سواء كان مصدره حادثاً قانونياً أو قد يكون مصدره أن يكون فعلاً قانونياً، وهو منصوص عليه في المواد من 613 إلى 618 من القانون الجزائري⁴.

¹ - أحمد شرف الدين، أحكام عقد التأمين، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة 3، 1991، ص 15.

² - سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقاوي (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013، ص 95-98.

³ - عبد الرحمن زكي إبراهيم، معالم الاقتصاد الإسلامي، دار الجامعات المصرية، مصر، 1991، ص 133.

⁴ - المواد 613 و 618 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

والراتب مدى الحياة له خاصيتان: السمة الأساسية أنه تصرف شكلي، والسمة الثانية أنه تصرف احتمالي، ولتطوير الحياة المرتبة على مدى الحياة، يجب توفير ثلاث ركائز، وهي: التراضي، المحل، السبب، ويكمن السبب أن الاحتمال في مدى الحياة هو محل التزام الملتزم بالمرتبة، فهو قد التزم وجعل محل التزامه مرتبة ينطوي على عنصر الاحتمال، فإذا خلا المرتب من هذا العنصر انعدم المحل وصار التصرف باطلا لانعدام المحل لا لانعدام السبب، والسبب هو الدافع الرئيسي للتعاقد وأن يكون مشروعاً ويكون الاحتمال في المرتب مدى الحياة عنصراً من عناصر المحل وليس هو السبب إذا انعدم الاحتمال في المرتب مدى الحياة كان التصرف باطلاً، إما لانعدام المحل أو لانعدام السبب¹.

المطلب الثاني

البيع الباطل

البيع غير الصحيح (الباطل) هو ما يظهر عيباً في ركنه أو مكانه، أو أنه غير مشروع في أصله أو وصفه، أي أن المتعاقد غير مؤهل للعقد، وهو موضوع العقد. قادر على تقريره، ولا يعتبر حكمه منتهياً، وإذا وجدت صورته في الخارج لا يفيد الملك في أقل تقدير. مثل حمل طفل صغير أو شخص مجنون، بيع ما ليس بالمال، نوع من الجسد، كالميتة².

ولا يحظى الملك بالحجز فإذا هلك المبيع في يد العميل، يطبق عليه حكم هلاك الأمانة، لأن العقد غير معتبر فيبقى القبض بإذن المالك، ولقد تم تنظيمه في المواد من 397 إلى 412 من قانون المدني الجزائري³.

وعليه من هذا المنطلق يمكن تقسيم هذا المطلب إلى بيع ملك الغير (الفرع الأول)، بيع في مرض الموت (الفرع الثاني)، بيع التركة (الفرع الثالث)، بيع النائب لنفسه (الفرع الرابع).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 1046.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 1047.

³ - المواد 397 و 412 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

الفرع الأول

بيع ملك الغير

يعتقد بعض الفقهاء أن المقصود ببيع ممتلكات شخص آخر هو أن يبيع الفرد شيئاً معيناً خاصة عندما لا يمتلكه¹، ويمكن تعريفه أيضاً على أن البيع هو الذي يتم بين أطراف متعاقدة، على أساس فكرة أن البائع يمتلك الشيء وقت التعاقد، والذي من شأنه أن ينقل البيع هذه الملكية إلى الزبون في حالة عدم امتلاك البائع لهذا البيع فعلياً²، وقد أوضح المشرع الجزائري أحكامه في المواد 897 إلى 899 من القانون المدني، إلا أن القوانين الوضعية لم تعرف بيع ملك الغير تاركة الأمر لاجتهادات ولفقه، كما أنها تطرقت إلى تنظيم أحكامه في مواد عديدة³.

وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج : "إذا باع الفرد شيئاً محدداً مع فرد ولا يمتلكه، يحق للعميل طلب إلغاء البيع، وهذا هو الحال في كثير من الأحيان وإن كان البيع قد تم على عقار معلن عنه أو لم يعلن عن شرائه في كل حالة، ولا يصح هذا البيع في حق صاحب المبيع ولو أذن المشتري به⁴، وأجمع التشريع الحديث بالإجماع على بطلان بيع أموال الغير في المقام الأول والذي أكد عليها الفقه والقضاء، مع الاختلاف في النظريات الفقهية حول بطلان البطلان المطلق أم النسبي⁵، لكن طبقاً لقواعد العامة يجب أن يكون حكم بيع ملك الغير هو الفسخ لا البطلان على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه في عقد البيع وهو من العقود الملزمة للجانبين⁶.

¹ - رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، الطبعة 3، توزيع مكتبة الألفي القانونية، مصر، 1997، ص 11.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 47.

³ - مباركي نجمة، بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2013/2012، ص 05.

⁴ - المادة 397 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

⁵ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (عقد البيع: البيوع الخاصة)، الجزء 9، 1997، ص 102.

⁶ - المرجع نفسه، ص 102.

الفرع الثاني

بيع مريض مرض الموت

يحق للشخص بكامل الأهلية أن يتصرف بأمواله بجميع أنواع التصرف، سواء كان ذلك تبرعا أو على سبيل التعويض، ولكن من المعروف أن التصرف الذي يتم على أنه طريقة للتبرع، لا يكشف عن نفسه عادة إلا بعد أن يخضع لذلك. أحكام الوصية القطعية، وأهمها عدم جواز الرغبة في ما يتجاوز ثلث التركة، وهذا ما نصت عليه المادة 408 من ق م ج : " إذا باع مريض مرض الموت، الوارث 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 للإبطال¹، بما في ذلك النقد المتصرف به.

وغالبا ما يأخذ التبرع شكل شراء، أو يكون الآخر بمثابة وسيلة للتعويض، حتى لا تنطبق عليه قاعدة الوصية، فيكون المتبرع إذا يريد التبرع بثلث تركته، وبالتالي يجب على الورثة أن يثبتوا أن الفعل صدر عن وريثهم وأنه أثناء مرض عضال، وإذا تحقق إثبات ذلك فإن التصرف - البيع - يؤخذ في الاعتبار على أنه تبرع، أي أنه هدية بلا ثمن، وبالتالي فإن الدرس ليس بالقيمة المذكورة في العقد، وبالتالي فإن المشتري - له حق التصرف - ، ويجب أن يثبت أن التصرف ليس تبرعا، وهو ما يجب عليه طريقة المعاوضة، أي إثبات كمية ما دفعه، إذا لم يستطع إثبات أنه دفع الثمن، فقد يكون البيع هدية من ثلث التركة²، وبالتالي فإن حالة مرض الموت غالبا ما تثبت بكل وسائل الإثبات كالدليل والقرائن، ومرض الوفاة يثبت أيضا بشهادات طبية على حالة المريض في أول أيامه، وبشهادات الشهود، وبالتالي فإن عبء إثبات مرض

¹ - المادة 408 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص، ص، 187-188.

الموت يقع على من يتحدى سلوك المريض وأنهم عادة ورثته الذين يتحدون تصرفات جيناتهم، لأنها صدرت ضمن مرض الموت.¹

الفرع الثالث

بيع التركة

نص القانون المدني الجزائري صراحة على بيع التركة، تحت عنوان (أنواع البيع)، الذي يقع ضمن القسم الثاني من الفصل الأول من عقد البيع، ورتب أحكامه في المواد 404 إلى 407 من القانون المدني الجزائري، لكنه لم يحدد بيع التركة، والمقصود به بيع التركة، فللمورث نصيبه في التركة، كلها أو جزء منها، يبيعها عشوائياً، أي بسعر تقديري في الكل دون تحديد. قيمة كل من الأموال التي يحتوي عليها²، وهناك تشريعات عربية نظمت نصوصاً مرتبطة ببيع التركات على النحو المنصوص عليه في المواد من 473 إلى 474 من القانون المدني المصري³، يتبين من هذه النصوص أنه بإمكان الوريث أن يبيع حصته الموجودة في التركة. وهي تشمل حصته في مجموع أصول التركة، بعد أن يصبح الوريث فعلاً، إذ لا يجوز له بيع حق مشروط في التركة، أي خلال تركة مستقبلية، ما دامت تخصم من جميع أصول التركة ديونها لأن هذه الديون لا تنتقل إلى الوريث، وبالتالي لا يلزم الوريث إذا باع نصيبه في التركة، إلا بإثبات صفته كوريث، ونظراً لكون بيع تركة مستقبلية باطلة، يستبعد من بيع التركة أنواع ثلاثة: بيع حق مشروط في عقار دون ضمان وضع الوريث، وبيع عقار مستقبلي وبيع ملكية خاصة للعقار، لذلك يبقى لنا أن نناقش نوعين: بيع الوريث لحصته داخل التركة إلى أجنبي، أي بغض النظر عن الوريث: العقد الساري يستلزم التزامات على كل من البائع وبالتالي المشتري⁴.

¹-المرجع نفسه، ص 188.

²-إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 29.

³-المرجع نفسه، ص 47.

⁴-المرجع نفسه، ص 48.

الفرع الرابع

بيع النائب لنفسه

تختلف سلطة الممثل وفقاً للتمثيل المنوط به سواء نيابة عن اتفاقية، أي مصدر عقد الوكالة أو تمثيل ينظمه القانون، كما في نيابة الولي والوصي والقيّم، ثم نبين حكم بيع النائب متجاوزاً حدود هذه السلطة¹، التي نصت عليها المادة 410 من تقنين المدني الجزائري: لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه لم ما مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك تأذن به السلطة القضائية، مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى².

والقاعدة العامة أنه لا يجوز للفرد أن يتعاقد مع نفسه، سواء تم عقد العقد لحسابه الخاص، كما لو كان مؤتمناً على بيع شيء وهو يشتريه لنفسه، أو عقداً لحساب غيره هو ممثل لطرفي العقد، وكأنه مؤتمن عليه ببيع شيء مختار ويشتريه لحساب فرد وكل واحد منه ضمن عملية الشراء.

والعلة في منع الممثل من التعاقد مع نفسه هو أنه في عقده مع نفسه يتحكم في اثنين من المصالح المتضاربة، وبالتالي لا يتم تسهيل الحماية الواجبة للموكل.

ولم يكتف المشرع بالقاعدة العامة الواردة في المادة السابقة والتي تصادق على كل عقد، بل طبق هذه القاعدة بالإشارة إلى البيع، ومن الضروري إيقاف الممثل تماماً، مما يستلزم تطبيق الحظر على كل ممثل، بغض النظر عن مصدر تمثيله، ويفهم من المقال السابق أن منع المنسوب من شراء النقود التي يمثلها للآخرين في بيعها لنفسه، وتم إدراج استثناءات³:

¹-المرجع نفسه، ص، ص 48-67.

²- المادة 410 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

³- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص، ص 49-67.

1 - أن يكون عقد النائب مع نفسه بإذن الأصل أو بإذن من المحكمة، وفي هذه الحالة لا يسري المنع.

2 - يجوز للمندوب أن يتعاقد مع نفسه بنص قانوني أو عرف تجاري.

ولقد أورد المشرع في نص المادة 411 من قانون المدني الجزائري " : لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو مستعار¹.

وصرح المشرع في نص المادة 411 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز للوسطاء أو الخبراء التسوق لشراء الأموال الموكلة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بشكل مباشر أو باقتراضها.

يُفهم من نص المقال أنه يمنع السماسرة والخبراء من شراء الأموال الموكلة إليهم، والسمسار هو الوسيط الذي يلجأ إلى البحث عن مشترٍ للشيء المراد بيعه أو البحث عن بائع للشيء المراد شراؤه، وبالتالي فإن الخبير هو الشخص الذي يلجأ إليه لتقدير قيمة الشيء، فعلى الرغم من أن كلا من السمسار والخبير لا يعتبران نائبين عن مالك الشيء فإن النص على منعهما من الشراء قد جاء خشية تغييرهم بصاحب المال نظرا لطبيعة المهمة المستندة إليهما².

المطلب الثالث

القروض الربوية

تتميز المعاملات البنكية أو المصرفية بالوفرة والتعقيد لدرجة أنه لا يمكن التفريق بين هذه المعاملات سواء كانت صحيحة أو خاطئة، أو ضمن الشروط الصحيحة، سواء كانت مباحة أو ممنوعة، لأن الدولة الجزائرية دولة إسلامية، فلا بد من تطبيق الجانب الديني على تلك المعاملات، أو ستؤثر عليها نوعاً من المحرمات، وهو الربا، مع العلم أنه حرام بما يتفق مع

¹ - المادة 411 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 1996، ص، ص 130-132.

أدلة القرآن والسنة والإجماع، لكن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تقنين أو إبطال هذا النوع من المعاملات، بل سمح بانتشارها وتداولها بين الأفراد، وبالتالي سنذكر أهم تلك المعاملات التي ستكون محظورة من الناحية الفقهية، وهي قروض ربوية.

ومن منطلق هذا المطلب سنتعرف على تعريف عقد القرض (الفرع الأول)، القرض الاستهلاكي (الفرع الثاني)، القرض الإنتاجي (الفرع الثالث)، القرض بين الأشخاص المعنوية والطبيعية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف عقد القرض

أولاً: لغة

هو القطع قرضه يقرضه، بالكسر، قرضاً وقرضه: قطعه¹، فالمقرض يقطع شيئاً من ماله يعطيه للمقرض².

ثانياً: اصطلاحاً

يُعرّف الفقه القرض بأنه "عقد يدفع شخص بموجبه لآخر عيناً مثلية قابلة للاستهلاك على أن يرد له مثلها خلال مدة معينة³.

¹ - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 11، دار صادر، لبنان، 1863، ص 70.

² - أسامة السيد عبد السميع، القروض والودائع البنكية في ميزان الشريعة الإسلامية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010، ص 15.

³ - دفلوي سمراء ومسلم جميلة، النظام القانوني للقرض العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص 5.

الفرع الثاني

القرض الاستهلاكي

وهو خاص بالذي يقتضى لحاجته الشخصية من الأكل والشرب واللبس، هو ومن يعولهم، وذلك لما في هذا الربا من يستغل ضرورة المحتاجين، وفقير الفقير، الذي دفعه العوز إلى الاقتراض، فرفض المرابي الجشع أن يقرضه إلا بالربا أن يرد المائة مائة وعشرة مثلاً¹.

وهو القرض الموجه لتمويل احتياجات الناس من شراء السيارات أو الثلاجات أو غيرها من السلع، أو لإجراء تحسينات على منازلهم، ويدفع على أقساط شهرية تتفق مع السياسة العامة للدولة والظروف الخاصة للبنك التي تحدد التوسع أو الانكماش خلال هذا النوع من التسهيلات الائتمانية، حيث يلاحظ أنه لا يوجد توسع خلال هذا النوع من القروض، يتم منحها فقط لظروف استثنائية تقدرها سلطة البنك، ولهذا السبب، تم إلغاء هذا النوع من القروض بموجب قانون المالية التكميلية لعام 2009².

كما أن القروض الاستهلاكية عادة ما تكون لسد الحاجات المطلوبة من طعام وشراب وكساء أي أنها تقدم للحالات العاجلة وقيمتها مباشرة لإخفاء هذه الحاجة فقط وما هو معروف عن العرب الكرم، والجود والأخلاق يتعارض مع القول المأثور بأنهم لن يأخذوا فائدة على هذا النوع من القروض الذي في قريش أبعدهم عن حاجة المشتري التي تدعوهم إلى القرض الربا³.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 460.

² - يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا الحرام (دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع)، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003، ص 28.

³ - فرحون ليندة وقله كريمة، آليات تجنب المنازعات المتعلقة بالقرض البنكي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص 12-13.

واستهلاك القرض العام هو أن تسعى الدولة إلى التحرر منه نهائياً بدفعه بإعادة قيمة سنداتنا إلى حاملها على دفعات متتالية خلال فترة محددة تحددها شروط إصدار القرض، وهو يشبه التبدل في أن كلا منها يؤدي إلى تخفيض عبئ الفوائد ولكنه يختلف عنه في أنه يترتب عليه تخفيض مبلغ الدين أيضاً¹.

الفرع الثالث

القرض الإنتاجي

كان أكثر شيوعاً وانتشاراً بين العرب، حيث يمكن للمقرض أن يحصل من القرض على فائدة، يتم تحديدها وفقاً لقيمة القرض، والوقت الذي يستغرقه القرض، بغض النظر عما إذا كان المقرض يستخدمه في التجارة أم لا، وما إذا كان قد حقق أرباحاً أم لا، وأنهم اتفقوا على زيادة ربوية في بداية العقد، على أن يتم دفع هذه الزيادة على أقساط أو دفعها في أعلى العقد.²

ويعرف القرض الإنتاجي بأنه: القروض التي يكون الغرض من استخدامها انتاجي أي لغرض زيادة الانتاج أو زيادة المبيعات كسواء مواد الخام أو شراء آلات لتدعيم الطاقة الانتاجية للشركة وتشجع البنوك المركزية عادة المصارف التجارية على إعطاء قروض لأغراض انتاجية، لأن ذلك فيه دعم الاقتصاد الوطني.³

الفرع الرابع

القرض بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية

اتفق العلماء في الماضي والحديث على مشروعية الاقتراض من الأفراد أو البنوك من أي نوع، خاصة إذا كان قرصاً صادقاً غير قائم على الفائدة، أي أنه لا يؤثر على الزيادات القائمة

¹ - محمد علي محمد أحمد البنا، القرض المصرفي، (دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار الكتب العلمية، لبنان، 2006، ص 57.

² - محمد علي محمد أحمد البنا، المرجع السابق، ص 58.

³ - المرجع نفسه، ص 58.

على الفائدة وهذا غالباً ما أقر به المشرع الجزائري بالنسبة للأفراد¹، وهذا غالباً ما نصت عليه المادة 454 من القانون المدني الجزائري: "القرض بين الأفراد دائماً بدون أجر، وكل نص يخالف ذلك فهو باطل.²

ويفهم من نص المادة أن المشرع أجاز الاقتراض بين الأفراد أو الأشخاص الطبيعية بشرط أن لا يحتوي القرض على أجر أو فائدة، وإلا اعتبر باطلاً في نظر القانون.

اختلف العلماء المعاصرون في مشروعية الاقتراض من البنوك التي تتعامل بالربا مع

قولين:

القول الأول:

وهو لأغلبية العلماء الذين أجمع بعضهم إلى حرمة الاقتراض من البنوك التي تتعامل بالربا دون اشتراط، حيث أن القرض الذي حصل عليه المقترض جاء مقابل الفائدة المضافة على المبلغ الأول من البنك المقرض، وفوائد مثل الربا، والربا حرام.³

القول الثاني:

ويقول إن الفوائد الربوية التي يضعها البنك على المقترض محرمة، ولا يرى حرجاً في إضافة مصاريف إدارية أو خدمات بنكية⁴، على عاتق المدين أو المقترض، فمن الجائز أن يطلب البنك المصاريف لا بتكاليف الواقعية فحسب، بل بعمولة بالإجراءات الإدارية التي يقوم

¹ المادة 454 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² محمد سيد طنطاوي، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، الطبعة السابعة، مطبعة السعادة، مصر، 1991، ص، ص 149-148.

³ محمد سيد طنطاوي، المرجع السابق، ص، ص 149-148.

⁴ محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، سوريا، 2003، ص 207.

بها البنك قبل دفع القرض أو بعدها، مادامت هذه العمولة لا تتجاوز أجر المثل على مثل هذه الأعمال¹.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتدخل في إجازة أو إلغاء القروض الربوية للأشخاص الاعتباريين، بل ترك فراغاً قانونياً بالإشارة إلى هذا النوع من القروض، ولكن من خلال نص المادة 455 من القانون المدني الجزائري: "يجوز للمؤسسات القرض في حالة إيداع الأموال معهم لمنح فائدة، ويتقرر مبلغه بقرار من الوزير المسؤول عن المالية لتشجيع الادخار."² ويفهم منهم أن المشرع أجاز القرض الربوي لتشجيع الادخار لمن يريد إيداع أمواله لدى مؤسسات الإقراض بمنحهم فوائد مقدرة بما يتفق مع اختيار وزير المالية، فنرى أن المشرع الجزائري لقد أخطأ في ذلك لأنه يعتبر ربا، والربا حرام³.

¹ - المرجع نفسه، ص 207.

² - المادة 455 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

³ - محمد تقي العثماني، مرجع سابق، ص 207.

ملخص الفصل الاول :

تطرقنا من خلال هذا الفصل وما أسفر عنه من دراسة لموضوع البطلان في القانون المدني الجزائري، حيث من خلاله جوانبه القانونية ودور المشرع الجزائري في تبيان حقيقة العقد الباطل ولا ننسى أن للعقد الباطل أركان إذا فقد أحد أركانه يكون مصطلح جزاء العقد البطلان مطلق، ولكن في حالة عدم وجود شرط من شروط صحة العقد، كما في حالة وجود خلل في الموافقة أو عدم الأهلية لأحد الأطراف المتعاقدة، على سبيل المثال، يكون العقد باطلاً، وهو يسمى البطلان النسبي.

كما ميزنا البطلان عن بعض المفاهيم القانونية التي تكاد تشبهه والتي تتشابه آثارها ويكون أثر البطلان في بعض الحالات لدرجة أن الفقه يحاول الجمع بينهما وقد ناقشنا ذلك تباعاً في هذا الفصل من المقارنة كلا من نظام عدم النفاذ والانحلال والفسخ.

الفصل الثاني

الآثار العرضية للعقد الباطل

من الصعوبة بمكان إزالة بعض الآثار التي تم تنسيقها من قبل العقد الباطل ، ومن غير الممكن تجاهلها نظرا لخطورتها، وفي نفس الوقت لا يمكن إلحاقها بالعقد لأنه منعدم الوجود بعد تقرير بطلانه أو إبطاله، ففي هذه الحالة تلحق هذه الآثار بالعقد الباطل كونه واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا فتعتبر هذه الآثار عرضية لأن مصدرها القانون وليس إرادة المتعاقدين.

ومن العقود الباطلة التي تنتج آثار عرضية الزواج بين المحارم فهو باطل إنما ينتج آثار عرضية بوصفه واقعة مادية كوجوب المهر و ثبوت النسب و العدة.

والعقد الباطل لتدليس أو إكراه يوجب التعويض عن المسؤولية التقصيرية عن الفعل غير المشروع بالنسبة للمتعاقد حسن النية و ذلك ببطلان العقد لسبب لم يكن يعلم به ، ومثال ذلك استعمال القاصر لطرق غير مشروعية لإخفاء نقص أهليته كتزوير شهادة ميلاده فهذا الاحتيال يستوجب المسؤولية عن الفعل غير المشروع.

وعلى ما سبق تبيانه سنتطرق من خلال هذا الفصل على ما يلي :

المبحث الأول: نظرية تحول العقد

المبحث الثاني: نظرية الخطأ عند تكوين العقد

المبحث الأول

نظرية تحول العقد

يتطلب توضيح فكرة تحويل العقد وتوضيح الشوائب الذي يحيط بتحوله، وتحديد طبيعته القانونية والمتعلقة بأهم الحالات التطبيقية لمعرفة الفكر أكثر، خاصة وتهدف العديد من الأنظمة جاهدة وتسعى إلى تحقيق هدف مكافئ يحققه تحويل العقد، وهو التأكد من ثبات العلاقات التعاقدية.

وفي ضوء ما تقدم في هذا التمهيد، يشمل هذا المبحث:

المطلب الأول : تحول العقد وإنتقاصه

المطلب الثاني : آثار تحول العقد

المطلب الأول

تحول العقد وإنتقاصه

بغية معرفة نظرية تحول العقد وإنتقاصه لابد من دراسته وتحديد فكرة تصحيح العقد (الفرع الأول) ثم التعرض لأهم شروطه (الفرع الثاني)

الفرع الأول

تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح

لتحديد طبيعة تحويل العقد غير الصحيح إلى نموذج عقد تصرف شرعي، من الضروري توضيح فكرة تقليص العقد.

تصحيح العقد هو العمل الذي يهدف إلى تصحيح العيوب الواردة في العقد¹، ويتم التصحيح "بإزالة البطلان أو التهديد به بوسائل تدعم رغبة المشرع، مما يستلزم حفظ العقد بأثر رجعي².

وهناك من عرفه على أنه مزيج من فعل تطوعي وعمل مادي صادر عن الجهة التي لم يتقرر بطلان الفعل، فهو أثر رجعي مثل أخذ إجازة، لأن الفعل المصحح يؤخذ بعين الاعتبار من وقت ظهوره إلى سلامة وقت تصحيحه³.

يتضح لنا من خلال هذه التعريفات أنه يجب استيفاء ثلاثة شروط لتصحيح العقد المعيب، وهي:

الشرط الأول: وجود عقد معيب: من أهم شروط تطبيق نظام تصحيح العقد أن يكون هناك عقد معيب شوه هذا العيب العقد عندما تم إبرامه وليس أثناء تنفيذه لأنه أثناء هذه الحالة، نحن في طور تعديل العقد ولسنا في طور تصحيحه.

كما يشترط ضمن العيب أنه غالباً ما يتم تصحيحه، لأنه من المستحيل تصحيح العقود غير الصالحة بسبب انتهاك النظام العام أو العقود غير الصالحة بسبب بانعدام الأهلية⁴.

الشرط الثاني: حدوث تغيير في أحد أحوال العقد: لا يمكن تصحيح العقد الباطل إلا إذا زال البطلان بتغيير في أحد أحوال العقد⁵، وذلك إما بالإنقاص.

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

² - ديما فرج مكي، تصحيح العقد، (دراسة مقارنة) المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، لبنان، 2011، ص 18.

³ - منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 27.

⁴ - سلام عبد الله فتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2012، ص 41.

⁵ - منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 117.

ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 90 من القانون المدني¹، حيث ذكر المشرع منح المتعاقد المتضرر وفق هذا النص الحق في طلب تخفيض التزامه إلى الحد الذي يزول فيه الظلم الذي لحق به نتيجة الاستغلال بدلا من فسخ العقد لأنه لا يخضع للإلغاء²، وقد يتم انتقاصه بقوة القانون، ومثاله ما نصت عليه المادة 468 فقرة 2 من القانون المدني: "... إذا كان عقد الإيجار لفترة أطول من ذلك يجب تخفيض المدة إلى 3 سنوات."

يمكن أن يحدث التغيير أيضاً على سبيل المثال ما ورد في المادة 734 ق.م والتي تم خلالها ذكر أنه: مطلوب داخل شركات الشراكة، إنهاء إجراءات النشر المرتبطة بالعقد أو المداولات حسب الأحوال وإلا فإنه سيكون باطلاً.

هذا الإجراء الموضوعي الذي كان يغيب عن العقد كان سيؤدي إلى بطلان عقد الشركة وبالتالي التصحيح سيحدث هنا بإضافة العنصر الجوهرى الذي كان ينقص العقد ويجعله باطلاً وبالتالي يمكن التغيير أيضاً عن طريق استبدال العنصر المعيب بعنصر غير معيب، مثل استبدال الشيء غير الأثرى بالأثرى الذي حدث فيه الخطأ³.

أو مثل استبدال العناصر الضارة بالتشريعات الخاصة بالعاملين على سبيل المثال: أحكام الاتفاقات الجماعية وما إلى ذلك، أشارت المادة 118 من القانون 04/90 المرتبطة بعلاقات العمل إلى ويترتب على ذلك: "تفترض المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر فائدة الواردة في

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

² - بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين المصلحة العامة وحرية الأطراف، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، ص 92.

³ - ديما فرج مكي، المرجع السابق، ص 19.

الاتفاقيات المختلفة التي يتم خلالها تسجيل هذه الهيئة أو الانضمام إليها، وتطبق على عمالها ما لم تكن هناك أحكام أكثر فائدة مدرجة في عقود العمل مع العامل¹.

يمكن أن يحدث التصحيح أيضاً دون المساس بموضوع العقد، حيث أن عنصراً بعيداً قد يتداخل مع العقد²، وبالتالي فإن العقد صحيح كما هو الحال في حالة بيع ممتلكات الآخرين يزيل إعلان المالك حق المشتري في طلب الإلغاء.

الشرط الثالث: يبقى العقد المصحح دون تغيير: يشترط في العقد المصحح بعد إزالة العيوب المماثلة أن يبقى في طبيعته كما هو أما بالنسبة لنوعه، فلم يتغير إذا تغير الأخير، وعليه فلن يواجه تصحيحاً في العقد.

الفرع الثاني

شروط تحول العقد

بعد توضيح فكرة تحويل العقد ولكي تصبح لدينا أكثر دراية بهذا المفهوم ومعرفة متى يتم تنفيذه في كثير من الأحيان، من الضروري رسم معالمه وتوضيح أهم المبادئ التي يقوم عليها من خلال دراسة الشروط المطلوبة لتنفيذه.

أولاً : بطلان التصرف الأصلي

من خلال نص المادة 105 من القانون المدني التي تنص على " إذا كان العقد باطلاً أو لاغياً، وتم استيفاء عناصر عقد آخر ... سنستنبط شرطين موضوعيين لفكرة تحويل العقد،

¹-المادة 118 من القانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 نوفمبر سنة 1990 ، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل .

²- بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص 96.

ويكمن هذين الشرطين في بطلان العقد الأصلي أو قابليته للإبطال وأن يتوافر في العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح¹.

1- أسباب البطلان:

لكي ينقل القاضي العقد، يشترط المشرع أن يكون العقد الأول باطلاً أو لاغياً، حيث إذا كان العقد المبرم من قبل الطرفين المتعاقدين صحيحاً، فلن يحدث التحويل إلى عقد مختلف وإن كان هذا العقد مدرجاً ضمنه، حيث يطوي أركان عقد آخر ساري المفعول، وقد وجد أن نية الأطراف المتعاقدة كانت إبرام العقد، والثاني على سبيل المثال: عقد هدية شرعي له أركان عقد الوصية، وقد وجد أن فضل المتعاقدون الرغبة على الهدية، لأن عقد الهدية لا يصبح وصية².

وبناءً على ذلك، يؤخذ بطلان العقد في الاعتبار الشرط الأساسي الذي تستند إليه فكرة تحويل العقد من أجل توفير آثارها القانونية، والبطلان يعني العقوبة التي يرتبها القانون لفشل أحد أركان العقد. أو أحد شروط صحتها³.

وتتمثل هذه العقوبة في زوال أثر العقد⁴، لأن رغبة الأطراف المتعاقدة التي بدأت في إعادة ترتيب هذه الآثار على مثل هذا العقد قد تكون وصية عاجزة من الناحية القانونية، لأنها خالفت القانون الوارد فيه أو لم يكن لها سند قانوني أساساً لدعمه⁵، ومنه قد يكون العقد الذي ينوي إبرامه هو عقد عليم الأثر أي ليس لديه أي قيمة قانونية.

¹ - العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 196.

² - المرجع نفسه، ص 196.

³ - محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر، أحكام الإثبات، دراسة تفصيلية وتحليلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، 2002، ص 36.

⁴ - Japiot René, Des Nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, thèse doctorat, paris 1909, p21.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد، المرجع السابق، ص 37.

2- أقسام البطلان:

ينقسم البطلان بما يتفق مع ما يراه معظم الفقهاء، ولذلك فقد شمله المشرع الجزائري إلى نوعين، البطلان المطلق (القابلية للبطلان) والبطلان النسبي، وتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر.

أ- البطلان المطلق:

تتحقق إذا كان العقد لا يوفر واحدًا أو أكثر من أركانه مثل نقص التطابق بين الوصيتين، أو عدم وجود المكان أو السبب المنطقي أو عدم شرعيته، أو فشل الشكل المطلوب بموجب القانون للعقد يتم إبرامها ضمن العقود الرسمية¹، بما في ذلك ما هو منصوص عليه في المادة 883 من القانون المدني، مع الإشارة إلى الرهن العقاري الرسمي، يتم إبرامها فقط بموجب عقد مناسب، وأيضًا إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على نموذج خاص لإبرام العقد غير مطلوب بموجب القانون، لا ينتج عنه أي تأثير ما لم يتم التوصل إليه ضمن النموذج المتفق عليه.

وهذا البطلان هو حق كل ذي مصلحة في طلبه، وبالتالي يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، وفق المادة 102 من القانون المدني.

يؤثر البطلان المطلق على العقد منذ نشأته، فهو غير موجود ولا يلزمه إعلان بطلانه، ولا ينتهي بهذا العقد بأي من آثاره من وقت إبرامه.²

نظرًا لأن العقد غير الصحيح ليس له وجود قانوني، فلا يسري الترخيص عليه³، ولا يسقط الحق في طلب إلا بعد مرور فترة التقادم الطويلة، وهي خمسة عشر (15) عامًا متوافقة مع

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 332.

² - محمد حسام لطف، المرجع السابق، ص 119.

³ - محمد حسين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوصفي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1988، ص 57.

المادة 102 من القانون المدني، وهذا التقادم لا يصح العقد الباطل، بل يبقى العقد باطلاً والدعوى ببطلان العقد هي التي تسقط بالتقادم فقط¹.

ب-البطلان النسبي

تخلف شرط من شروط الصحة (الرضا)²، وذلك لأن العيب الذي شاب العقد أقل خطورة ويكون العقد قابلاً للإصلاح .

1- القدرة على فسخ العقد بسبب قلة الأهلية: تنص المادة 43 من القانون المدني على أن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو مهملًا يكون ناقص الأهلية خلال الصفة التي يحددها القانون³.

2- إمكانية فسخ العقد بسبب عيب في الموافقة: عيوب الرضا هي تلك العيوب التي تؤثر على رغبة أحد أو كلا الطرفين المتعاقدين، فتفسد الرضاء دون أن تزيله⁴، وتتمثل هذه العيوب في الغلط وهو "وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته"⁵.

والتدليس وهو تضليل المتعاقد بوسائل احتيالية لارتكابه للخطأ أو الاستمرار فيه يدفعه إلى التعاقد⁶ والإكراه، وقد يكون شخصاً يهدد شخصاً آخر بإلحاق ضرر معين به لحثه على التوقيع

¹ - مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص123.

² - Phillipe Simler, la nullité partielle des actes juridiques, LGDG ,préface de Alex Weill 1960,p12.

³ - أهلية الأداء فيقصد بها الصلاحية لإبرام التصرفات القانونية أي قدرة الشخص على إبرام التصرفات = = القانونية بنفسه على نحو يعتد به القانون" وطبقاً للمادة 40 من القانون المدني والتي تنص "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

⁴ - نص المشرع على عيوب الرضا في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني.

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

⁶ - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة ، المرجع السابق، ص13.

على العقد، فيقوم بتوقيعه خوفاً من وقوع الضرر المهدد به¹، والاستغلال هو أن يستغل المفاوض حالة من التهور أو الشغف الظاهر من يتعهد بالتعاقد معه لإجباره على إبرام عقد يتحمل بموجبه التزامات ليست على الأقل مثل العرض المقابل أو بشكل متهور².

ويكون بطلان العقد الذي يتم فسخه إما بالتراضي بين طرفيه، وفي حالة الاختلاف لا يمكن أن يكون أحد طرفي العقد مستقلاً بإعلان بطلانه من جانب واحد، بل يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالبطلان، ويعتبر حكم القضاء منشئاً للبطلان وليس كاشفاً له³، والعقد القابل للإبطال هو عقداً صحيحاً منتجاً لجميع آثاره، ويظل كذلك حتى يتقرر بطلانه بناءً على طلب من تقرر لمصلحته⁴، خلال مدة محددة قانوناً⁵.

وإذا ثبت البطلان وصدر حكم قضائي في هذه القضية، كان العقد باطلاً بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن هناك ما يشبه العقد الباطل منذ إبرامه، مثله مثل العقد الباطل بطلانا مطلقاً⁶.

¹ - مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص 130.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 217.

³ - بوشنافة محمد، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - François Terré, Philippe Simler, Yve Lequette, Droit civil, les obligation, 6e édition, Delta Dalloz 1996, p71.

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

⁶ - لعصامي الورد، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، 2005، ص 13.

لهذا السبب يسمح الفقه عموماً بتطبيق التحول إلى مثل هذه العقود، لأن الطبيعة القانونية
لسلطة الإبطال لا تقف عائقاً في طريق تحويل العقد¹.

أما بالنسبة للحالات المعاكسة للبطلان فمعظمها قابلة للتفاوت ، بغض النظر عن سبب
البطلان ، طالما أنها لا تخل بالنظام العام والآداب².

لكن في حالة البطلان بسبب عدم الشرعية ، غالباً ما يُحظر إعادة صياغة هذا العقد ، وإن
كان العقد المعاكس الذي تم تحويل العقد غير الصحيح إليه قد يكون عقداً صالحاً لغرض
مشروع³ إلا أن هذا الرأي منتقد ذلك لأن الارادة غير المشروعة هي ارادة تفتقد إلى حسن النية،
لذا فمن الواجب أن لا يقيم القانون وزناً لهذه الارادة ولا يحمي الهدف الاقتصادي أو العملي
المقصود من أعمالها والقول بغير ذلك يؤدي إلى تشجيع إنشاء عقود مخالفة للنظام العام
والآداب العامة⁴.

هذا مع الإشارة إلى حالات البطلان، تنفيذ فكرة تحويل العقد، أما النتائج المعاكسة التي تنتج
عن هذا الشرط، فنكتشف أن:

- البطلان الذي تقصده ببساطة ضمن فكرة التحول هو أن البطلان الكلي والشامل يؤثر على
جميع أجزاء العقد، لأنه إذا كان البطلان محصوراً في حيز من العقد وكان هذا العقد سبباً
للانقسام فإن العقد لا ينقلب ولكن سيبتتر وينتقص من الجزء غير الصالح منه، وهذا وفقاً للمادة
104 من القانون المدني.

¹ - أحمد يسري، تحول التصرف القانوني (دراسة مقارنة) للمادة 144 من القانون المصري على أساس المادة 140 من القانون
المدني الألماني، وملحق عن تحول القرار الإداري، مطبعة الرسالة 1958، ص124.

² - رأفت دسوقي ، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار العلوم للنشر والتوزيع ، مصر، 2005، ص66.

³ - أحمد يسري، المرجع السابق، ص 109.

⁴ - François Chénéde. **Raymond Saleilles**, Le contrat d'adhésion 1re partie. Revue
des **contrats**, Lextenso, 2012, Op.cit, p315

والعقد يجب أن يكون باطلاً وقت إبرامه، فالباطلان يجب أن يكون هو المعيار الذي يتضمنه العقد في حد ذاته ، ولكن إذا كان العقد صالحاً وقت إبرام العقد وكان مئتمراً ، لأن هذا غالباً بفضل آثاره ، ولكن إذا كان هناك شيء ما يحدث بما يخالف رغبة الأطراف فيما بعد أو يمنع التنفيذ بسبب الاستحالة أو لا يوفر القانون أي أساس للتحويل¹.

الهدف من تنفيذ التحويل هو حماية المقاولين الذين لا يستطيعون تحقيق أغراضهم القانونية أو الاقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية. أما إذا كان عمل الطرفين خارج نطاق القانون فلا مبرر لتوفير هذه الحماية، لأنه إذا تم تطبيقه خلال هذه الحالة، فسيصبح التحويل وسيلة لتجاوز النصوص القانونية².

ثانياً: أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر

تنص المادة 105 من القانون المدني على أنه إذا كان العقد باطلاً أو لاغياً، يتم استيفاء عناصر عقد آخر ساري المفعول فيه.

تتطلب المادة إذنًا لتطبيقها أن يحتوي العقد غير الصحيح على حالة عقد آخر ساري المفعول، و يجب أن يكون العقد الثاني عقداً شرعياً يوافق عليه العقد الأساسي في عناصره.

1- الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر

بالإشارة إلى الطبيعة القانونية للعقد الجديد الناتج عن العقد الباطل، نكتشف أن الفقهاء اختلفوا في تعريفه وفي ذلك ذهبوا في اتجاهين:

¹ - إياذ عبد الجبار الملوكي، تحول العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد المجلد الأول، العدد7، 1988، ص 189.

² - Raymond Salleiles, op cit, p318.

الإتجاه الأول: يرى أنه عندما يتحول العقد غير الصحيح إلى عقد آخر صالح ، فلا يلزم أن يتبع هذا التحول تغيير في الطبيعة القانونية للعقدين لأن هذا ليس ضرورياً ، بل يختلفان في شروط المحتوى والآثار¹.

يقدمون عينات بما في ذلك عقد الإيجار الداعم، لأنه باطل تماماً، ومن أجل توفير الكثير منه من هذا العقد الباطل، فإنه يتحول إلى عقد إيجار قصير الأجل².

أنصار هذا الاتجاه يبررون رأيهم بحجتين، أولهما أن المشرع لم يطلب هذا التعديل، بل نص فقط على أن العقد الثاني مختلف عن العقد الأول، وبالتالي فإن الاختلاف من حيث المحتوى هو كافية لتنفيذ نظام التحول³.

أما الحجة الثانية التي اعتمدوا عليها، فهي أن الدرس المستفاد من تنفيذ تحويل العقد ليس ما إذا كان العقد الصالح يختلف عن شروط القبول غير الصالحة فقط، أو أنهما يختلفان من حيث المحتوى والطابع القانوني، بل بالأحرى ما إذا كان النوع القانوني للعقد الجديد يساعد الطرفين للحصول على النتيجة المرجوة بشكل أسرع من النوع القانوني للفعل الأول⁴.

نظراً لأن هذا الغرض يتم تحقيقه غالباً في عقود ذات طبيعة واحدة من عقود ذات طبيعة مختلفة، إذن فلا مانع من تنفيذ التحول⁵.

ومع ذلك فقد تم انتقاد هذا الرأي على أساس أن تلك العقود غير الصحيحة التي تحتوي على عقود أخرى سارية المفعول ذات طبيعة معادلة مع اختلاف في المحتوى، غالباً ما يتم

¹ - رافت دسوقي، المرجع السابق، ص 53.

² - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 83.

³ - هند فالح محمد صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، ط1، دار الكتب القانونية، الإمارات، 2014، ص 383.

⁴ - أحمد يسري، المرجع السابق، ص 152.

⁵ - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 86.

إنقاذها داخل نظام بصرف النظر عن التحول ، وهو تخفيض الشرعية الزائدة بالقدر الذي يسمح به القانون مما يجعلها تندرج ضمن نظام التخفيض وليس ضمن نظام التحويل¹.

في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء والمرجح رأيه- إلى القول إن تحويل العقد لا يتطلب أن يختلف العقد الجديد عن العقد الأول فقط ، ولكن يجب أن يختلفوا ضمن الطبيعة القانونية. أيضا².

يبرر هذا الاتجاه رأيه من خلال تفسير النص القانوني المنظم للتحويل طالما أنه ينص على عقد مختلف آخر ، فإن هذا يؤدي بالضرورة إلى أن يكون هذا العقد الجديد مختلفاً من حيث الطبيعة القانونية عن العقد الأصلي³.

2- أركان العقد الصحيح الآخر:

أ- هناك من يعتقد أن حقيقة العقد غير الصحيح لا يتم احترامها تماماً مثل حقيقة العقد الجديد نظراً لأن المقصود بـ "الإجماع" ليس "احتواء"، أي شرط التوافق لا يتطلب أن يتم الإعلان عن حالة عناصر للعقد الثاني والمطلوبة في حالة وجود عقد غير صالح مقصود، لذلك فهو ليس مرتبطاً على الإطلاق بوجود رابط داخلي بين العقدين، ولكنه يعني أن هناك عقداً غير صالح مكافئاً يحتوي على ركائز عقد آخر صالح يحل محله تماماً، ويشارك معه العديد أو اثنين من مكوناته الفنية⁴.

ولا يشترط أن يتضمن العقد الأول فعلياً حالة العقد الجديد، لأنه إذا تم تحقيق ذلك بالفعل فقد لا نكون ضمن عملية إعادة صياغة العقد، وإنما أمام مجرد تعليل للتكييف، ولا انتهينا إلى

¹- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص86.

²- جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص، 406.

³-المرجع نفسه، ص406.

⁴- رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 85

نتيجة أن مضمون العقد الجديد، إما هو نفسه مضمون العقد الباطل تماماً، وإما مجرد مضمون أقل محتوى منه، الأمر الذي يجعل التحول نظاماً عديم القيمة، يقتصر تطبيقه على حالات يكون لها وضع قانوني خاص¹.

ب- في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى القول أن المقصود بالتوافق هو "الاحتواء"، ولا يوجد فرق موضوعي بينهم، أي أن العقد غير الصحيح يجب أن يحتوي في واقع الأهمية المادية على العناصر القانونية التي تشكل العقد الجديد، يجب أن تحتوي عليها في حد ذاتها، أي يجب أن يكون عناصره في العقد الجديد معادلاً لأن عناصر العقد الأول، ومنه إذا فشل أحد عناصره فلا يجوز إتمامه لإعادة صياغته لأننا سنستخدم بنظام غير التحويل وهو تصحيح العقد.²

الرأي المحتمل بخصوص هذا النوع هو أن الرأي الثاني الذي يرى المقصود بالإجماع هو "الاحتواء" وهو ما يعترض على من يرون خلاف ذلك على أساس أنهم يناقضون أنفسهم في الحجج التي قدموها، بينما يعترضون على معنى الاحتواء، لأنه ينتج عنه القول بأن العقد الجديد هو نفسه لأن العقد غير صحيح وهو نسخة طبق الأصل منه أو أنه مبلغ أقل مضمون وأنهم يسمحون من ناحية أخرى بتحويل العقد غير الصحيح إلى عقد آخر من نوع وطبيعة معادلة مع محتوى أقل من محتوى العقد الأول غير الصحيح³.

¹ - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 85.

² - وفي هذا الصدد نجد حتى المحكمة العليا الألمانية، تقضي بأنه يجب أن تكون عناصر العقد الأخير الصحيح محتواه في إعلان الإرادة التي صدرت من الطرفين قرار أشار إليه أحمد يسري، المرجع السابق، ص 168.

³ - علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص137.

أما بالنسبة لمعيار التوافق بين العقدین، فيجب أن يتم ربطهما بسند قياسي، ويتم وصف هذا السند عادةً لأن السندات ذات الغرض المقصود أصلاً، وهناك فقهاء يقصرونه على غرض اقتصادي هو مطلوب الأطراف المتعاقدة ضمن العقد الباطل¹.

لكن هذا الغرض في الواقع لا يجب أن يكون مجرد غرض اقتصادي، لأنه غالباً ما يكون غرضاً اجتماعياً وخلال بيان أكثر عمومية كان هدفاً عملياً²، الذي كان يرمي إليه أطراف العلاقة العقدية التي جاءت باطلة بدون علمهما، ولا يشترط أن يتحقق بالعقد الجديد الغرض الذي قصد بالعقد الأصلي كله، بل يكفي أن يتحقق ولو جزئياً بل وحتى أن يتحقق شيء مشابه له فقط، طالما انه لا يمكن افتراض أن هذا لم يكن ليوافق إرادة المتعاقدين³.

من بين عناصر العقد الجديد الذي يجب أن يقبله العقد غير الصحيح هو عنصر "الشكل" فالشكل الواجب للعقد الجديد يجب أن يتوافر في واقعة العقد الباطل والا ظل التحول بسبب تخلف التوافق الموضوعي خارجاً عن الاعتبار⁴، ولا نجد هذا الشرط واضحاً في المادة 105 من القانون المدني.

ولكن هذا غالباً ما يُفهم على أي حال من حالة التوافق، لأنه إذا كان عنصر الشكل الضروري للعقد الثاني غير متاح في حالة العقد غير الصحيح المقصود، فإن العقل الباطل لا يقبل على أنه صحيح مع حالة العقد الجديد، ولا مجال للإذن بتنفيذ المادة السابقة.

¹ – J.patarin, le probleme de l'équivalence juridique des résultats, thèse paris 1952 n°90 p 223.

² – رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 86.

³ – Olivier gout, le juge et l'annulation du contrat,p172.

⁴ – أحمد يسري، المرجع السابق، ص169.

لا يكتسب العقد صلاحية إذا كان الشكل ضرورياً لتركه وراءه، لذلك فإن عنصر الشكل ليس في الحقيقة إضافة للعناصر المستهدفة، بل هو شرط لصحة الجديد يقبل الحالات التي يحتاجها العقد الجديد¹.

ثالثاً: أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي:

لا يكفي توفر الشروط المستهدفة لتحويل العقد من تلقاء نفسه لإعادة صياغة العقد غير الصحيح إلى عقد آخر صالح، وترتيب آثاره بدلاً من ذلك يجب أن يكون هناك شرط شخصي مهم، وهو أن النية الضرورية لتنفيذ نظام التحول².

المقصود هنا ليس نية الأطراف في العلاقة التعاقدية المهمة، لأن الأخيرة قد اتجهت فعلاً إلى إبرام ذلك العقد الذي وقع باطلاً، أما عن النية المقصودة فقد اختلف الفقهاء بشأنها فهناك من يرى بأن النية الاحتمالية هي النية اللازمة لتطبيق نظرية التحول بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأن النية التي يتطلبها المشرع كشرط أساسي للتحول هي النية الافتراضية³.

1- دور إرادة المتعاقدين في تحول العقد:

أشار مجموعة من الفقهاء⁴، إلى القول إلى أن النية اللازمة لاستخدام فكرة التحول قد تكون نية احتمالية، ومؤدي هذا الاتجاه يشيرون إلى أن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت إلى الارتباط بالعقد الآخر غير العقد الأصلي، إذا اتضح لهم أن العقد المبرم بينهم سيكون باطلاً أو

¹ - عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 87.

² - المرجع نفسه، ص 87.

³ - المرجع نفسه، ص 87.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 402.

قابلاً للإبطال¹، مما يوحي بأن التحول لا يدعم النية المهمة للأطراف المتعاقدة، لأن هذه الأخيرة انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل.

وهذا لا يعني أن هناك حاجة إلى نية احترازية، لأن مؤيدي الإرادة الباطنية الذين نصوا في التحول على أن نية الأطراف المتعاقدة تعمل كاحتفاظ بالعقد الصحيح الذي تم تحويل العقد غير الصحيح إليه، أي أن العقد غير صحيح يتوقع من قبل الأطراف عند إبرام العقد الأصلي الباطل، وعليه فقد أرادوا تجنب قبول العقد الأصلي كإجراء احترازي².

نظرًا لأن رأيهم بالغ الأهمية، فمن غير المعقول للأطراف المتعاقدة أن تمتلك وصيتين حقيقتين في وقت مماثل، أحدهما كان مخصصًا لإبرام العقد الأول الذي تم توقيعه باطلاً والأخرى لإبرام العقد الجديد ساري المفعول باعتباره احتياطيًا، حيث يتضح من خلال هذا أن الطرف المتعاقد يعلم بطلان العقد وعلى الرغم من ذلك سبقه، وهذا لا يمكن أن يحدث وبافتراض ذلك حقًا، لا نقول إننا في طور إعادة صياغة العقد، بل بالأحرى نحن في طور تحقيق الإرادة التي تم إنشاؤها بالفعل، ومنه انتقلنا إلى تنظيم تشريعي مختلف وهو تفسير العقد³.

وعليه فالمراد بالنية الاحتمالية هو أن يكون من الممكن افتراض أن المتعاقدين كانا يقبلان بالعقد الجديد لو أنهما علما بالبطلان، فالقاضي يحل نفسه محل المتعاقدين⁴، إذ يجب عليه أن يبحث عما يحتمل أن يضعه الطرفان لو علما بالبطلان، هل كانا ينصرفان عن التعاقد، أم كانا

¹ - توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، القسم 2، نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص 199.

² - الياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد، حل العقود، 2008، ص 180.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952، ص 204.

⁴ - رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 40.

يقدمان على إجراءات العقد الآخر، ويستعين القاضي للتوصل إلى ذلك بالقرائن القضائية¹ فمثلا يستطيع القاضي أن يستخلص من سكوت المتعاقدين عن التمسك ببطلان العقد بعد علمهما به، ومن استمرارهما في تنفيذه بعد ذلك مدة معينة، أن نيتهما المحتملة قد انصرفت إلى تحول العقد ولو نازع أحدهما في ذلك بعدئذ.

والتعرف على نية المتعاقدين بشأن احتمال انصرافها إلى العقد الآخر لو علما ببطلان العقد الأصلي الذي أبرماه، تعد من مسائل الواقع التي يستقل القاضي في تقديرها، وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد على اعتبار أن البعض من هؤلاء الفقهاء الذين يرون بأن النية الاحتمالية هي النية اللازمة لإعمال التحول، أنه ربما اختلط عليهم الأمر في وصف تلك النية، إذ يفهم من تعليل فكرة الاحتمال أنهم كانوا يقصدون النية الافتراضية² وليس النية الاحتمالية إذ بعدما اشترطوا صراحة توافر نية احتمالية فروا في نفس الموضوع تلك النية بأنها نية افتراضية.

2- دور إرادة القاضي في تحول العقد

خلافاً للرأي الأساسي قال فريق آخر من الفقهاء إلى إن القصد الذي يتماشى مع منطق التحول في الإشارة إلى العقد الجديد قد يكون نية افتراضية³، وتنسب هذه النية إلى القاضي الذي يفصل في النزاع مباشرة، بافتراض أن نية الأطراف المتعاقدة كانت الوصول إلى العقد الجديد الصحيح من خلال نية مفاهيمية غير حقيقية تهدف إلى تحقيق الهدف الاقتصادي للأطراف المتعاقدة من حقيقة التعاقد.

¹ - القرينة القضائية هي ما يستنبطه وما يستنتجه القاضي من ملابسات الدعوى وظروفها" عبد المنعم فرج الصده الاثبات في المواد المدنية مطبعة الحلبي 1955 ص 283 ونظمها المشرع الجزائري في المادة 340 من القانون المدني" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة أي بشهادة الشهود"

² - رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 40.

³ - أحمد يسري، المرجع السابق، ص 186.

وبناءً على ذلك تتمحور المسألة حول إثبات النية التي كان لدى الطرفين وقت إبرام العقد غير الصحيح، رغم أنهما لم يفكرا مطلقاً في العقد الآخر¹.

وأما الضوابط التي انحاز القاضي إليها في إثبات هذه النية، فقد صمت المشرع عنها ولم يشرح الفضل في إثبات هذه النية وهذا العبء متروك للقاضي والفقهاء، وليس من المستحسن أن يقوم المشرع بمثل هذه المهمة لأن أي تنظيم تشريعي سيضيق نطاق التحول أو لأن الضابط المفرط في الحماس يؤدي في العمل إلى نتائج لا تطاق².

يشير القاضي في تحديد هذه النية عادةً إلى الظروف التي رافقت عملية التعاقد، وما إذا كان العقد الجديد يحقق الهدف المعقول الذي يقصد من الطرفين المتعاقدين النجاح فيه من خلال العقد الأصلي³، فالعبرة إذن ليس في الوسائل التقنية التي لجأ إليها الطرفان، بل الهدف المعقول المراد الوصول إليه، وعليه وانسجاماً مع هذا الرأي توسع دور القاضي حيث كانت لديه صلاحيات يفتقر إليها عند تطبيق المعيار الذاتي بعد أن اقتصرته سلطته على الكشف عن نية الأطراف المتعاقدة⁴، امتد دوره إلى تحديد المدى المستهدف للعقد، باستخدام معايير موضوعية جادة للنظر في النية مثل العدالة ومراعاة مبدأ حسن النية⁵.

أي يتورط في تكوين العقد غير الصحيح، ويحكم عليه بتعديل الشروط والأحكام المخالفة حتى يتم تنفيذه حسب الحاجة⁶.

¹ - رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص 94.

² - أحمد يسري، المرجع السابق، ص 190.

³ - المرجع نفسه، ص 190.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 210.

⁵ - نساخ فاطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر -كلية الحقوق، 2013، ص 8.

⁶ - رأفت دسوقي، مرجع سابق، ص 92.

وهذا الاجتهاد يبزر رأيه بأن على القاضي أن يضمن في عمله تحقيق ما يهدف القانون إلى التوفيق بين العقد والمصالح الاقتصادية للمجتمع، وبالتالي فإن تدخل القاضي قد يكون مكملاً ضرورياً في الحياة الاجتماعية¹.

حيث لم يقتصر الأمر على تحقيق العدالة بين أطراف العلاقة التعاقدية فقط في حدود الأدلة التي يقدمونها وفق الشروط والأحكام القانونية، بل أصبح هدفاً لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، من خلال العطاء والأولوية لمصلحة المجتمع على مصلحة الناس، لذلك يجب العمل على إزالة هذه القيود التي تفصل بين وظيفة القضاء واحتياجات المجتمع التي يمثل فيها القضاء السلطة التي كلفها المجتمع بمهمة حماية مبادئه وتحقيق أهدافه المالية بين الأفراد والبت في الخلافات التي تنشأ بشأنها، مع مراعاة خطة الحدث ووفرة الإنتاج والاهتمامات والأهداف الاجتماعية الأخرى².

ربما تكون المشكلة التي تواجه القضاء والتي بدورها تقوم بتعطيل حركته في هذا الاتجاه هي بفضل العديد من المقالات التي تحكم أيضاً علاقاتنا الاجتماعية، والتي تمت صياغتها في جو اجتماعي مختلف مكرس لمبدأ سلطة الرغبة في حين أن الشيء الأساسي الذي يعزز سيادة القانون هو اشتقاق حدوده من ظروف المجتمع المتقدم، ونسيان المتغيرات والتطورات الاجتماعية، فإن هذا غالباً ما يحقق الأمن المدني واستقرار سوق المعاملات³.

¹ - فاضل خديجة، عيممة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، ص. 14.

² - المرجع نفسه، ص. 14.

³ - المرجع نفسه، ص. 14.

المطلب الثاني

آثار تحول العقد

يؤدي تطبيق أي نظرية إلى تأثيرات ونتائج كما هو الحال فيما يخص نظرية تحويل العقد في تطبيق هذه النظرية ، ولنظرية تحويل العقد آثار و دوراً مهماً في الحفاظ على ثبات العقود والتي تتأثر بشكل كبير في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

وبناءً على ذلك سندرس هذه التأثيرات ونفصل بينها ، لأنه من خلالها يكون محتوى الموضوع أكثر اكتمالاً ، وكيف تم الحفاظ على ثبات العقود ضمن الفرع الأول (من حيث النظام القانوني والفقهاء الإسلامي ، أما في الفرع الثاني فنتعرض منه (إجراءات تنفيذ تحويل العقد) التي لا يمكن حصرها في نطاق محدد لأنه يحقق لنا الغرض المشروع الذي لا ينتهك القانون التي قد يحققها شخص آخر

الفرع الأول

من حيث النظام القانوني والفقهاء الإسلامي

بعد معرفة شروط تحويل العقد غير الصحيح إلى عقد آخر صالح، سنتناول جزاء هذا التحول عندما يتم استيفاء جميع شروط التحول وتنفيذها، يكتسب عقد التحويل الجديد إمكانية إعادة الترتيب جميع آثاره القانونية ويلغي العقد الباطل.

ومع ذلك تختلف هذه الآثار بما يتفق مع المبادئ المختلفة التي يستند إليها العقد في الشريعة على سبيل المثال، هذه الآثار من المشرع، وليس من الطرف المتعاقد، ولكن في القوانين الوضعية، إنها الرغبة للأطراف المتعاقدة الحرية في إبرام العقود أيضاً حسب ترتيب آثارها¹.

¹ - صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص، ص 224-225.

وعليه سنستعرض آثار التحول داخل النظام، أي الأنظمة القانونية السائدة، وآثار التحول في الفقه الإسلامي، حيث يخضع قبول بعض الدول لأحكام الشريعة الإسلامية، كما سندرس آثار التحول من حيث الزمان والأشخاص باعتبار أن التحول ينتج أثره بأثر رجعي ويكون له نتائج معينة بالنسبة للأشخاص المتعاقدة.

أولاً : من حيث النظام القانوني

بعد تطبيق فكرة تحويل العقد الباطل يصبح الأخير غير موجود ويؤخذ بالحسبان كأنه غير موجود، أما العقد الجديد وهو أن العقد الصحيح فهو يرتب جميع آثاره، ولكن هذه التأثيرات تختلف في طبيعتها في ظل الأنظمة والقوانين المختلفة المتوافقة مع الاختلاف الذي تقوم عليه تلك الأنظمة من حيث النظر في إرادة تعاقد الأطراف وتقليصها وتقييدها وحتى عدم أخذها بعين الاعتبار¹.

يعتقد أصحاب النظرية التقليدية أن الإرادة هي التي ترتب آثار التحول، وهذا غالباً في ضوء القوانين التي تتبنى معياراً ذاتياً، أي أن مصدر الالتزامات يرجع للإرادة الحرة فالمفروض أن جميع الالتزامات أريدت جميعها من المتعاقدين، أما فيما يخص التضامن الاجتماعي وقواعد العدالة والنظام العام فلا يجب أن تضيق من حرية المتعاقدين في إنشاء العقود وترتيب آثارها القانونية².

أما الاتجاه الثاني فهو يستخف بالإرادة، إذ يروي أصحابه أن القول بأن الرغبة هي ما إنشاء العقد وتحديد آثاره، وهذا قول خاطئ لأن معظم تبعات العقد مرتبة بموجب القانون نفسه ولا يتم التفكير فيه، خلال هذا، غالباً ما يبرم الطرفان العقد دون إدراك طبيعة العقد وبالتالي الآثار المترتبة عليه ومع ذلك، فهو يتحمل كل نتائج وآثار هذا الفعل، وبالتالي فإن الأطراف

¹ - علي الفلالي، المرجع السابق، ص 281.

² - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص، 235.

المتعاقدة بعد اتفاقهم على الشيء الجوهرى تترك المصلحة القانون الذى يرتب كل آثاره، ولكن مع مراعاة مصلحة المجتمع وقواعد العدل والنظام العام، بالإضافة إلى حقيقة أن القاضى عند تفسير العقد يطبق مبادئ العدالة بعد النظر فى ظروف العقد وإرادة الأطراف المتعاقدة وعليه يحدث التحول بقوة القانون¹، وهذا لا يعنى أن آثار التحول تخضع لمقتضيات القانون بما يحقق المصلحة العامة بل يعنى أن حالة التحول تحدث ويثبت أثرها عندما يتم استيفاء شروطها على النحو الذى أقرته القوانين، والتي تقف فى طليعتها كشرط لنية الأطراف المتعاقدة لإعادة العمل².

أما عن تداعيات القبول الجديد فى ضوء النظام المالى الموجه، فقد قللت العديد من القوانين من تقديرها وقيدت الإرادة، لأن العقد بموجب هذه التقنية يلبى رغبات النظام وخطة التطوير التى تشكل فى الواقع فكرة الوجود وصحة العقد الجديد من خلال الاعتماد على سياسة قانونية للحفاظ على العواقب التى تلائم احتياجات النظام العام، إذ لا يوجد سبب لإبطالها³.

وعليه فإنه على العقد أن يؤدي وظيفة اقتصادية واجتماعية ولا يجب أن يخرج عن هذا النطاق أو ينافي الغاية أو أن يكون أداة للإضرار بالاقتصاد.

ثانياً: من حيث الفقه الإسلامى

يرى الفقه الإسلامى أن العقد الباطل ليس له وجود شرعى فهو معدوم، ولا ينتج العدم إلا عدم الوجود، وبالتالي لا يترتب عليه الأثر الذى يرتب له المشرع، إلا إذا لم يكن له أثر الوجود المشروع ووجود فعلى، وإذا لم ينتج عنه تأثير كعمل قانونى، فيجب أن ينتج عنه تأثير كحقيقة

¹ - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 237.

² - المرجع نفسه، ص 238.

³ - المرجع نفسه، ص 239.

مادية، على هذا الأساس الذي وافقوا على فكرة تحويل العقد، واهتم الفقه الإسلامي بتنفيذ فكرة تحويل العقد وترسيخه لهذه النظرية على أساس موضوعي، حيث جعلوا أحكام العقود وآثارها من المشرع وليس من الأطراف المتعاقدة، لذلك أعطوا الأطراف المتعاقدة حرية إبرام العقد، وبناءً عليه، فإن المشرع هو الذي يتحكم في آثار العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل، بحيث لا تكون هذه الآثار مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، هذا ما أكده الإمام الشاطبي وابن تيمية في كتبهم¹.

عقد المشرع على كيفية تحديد الجزاءات والأحكام بأمرين، بإذن عام من الشارع يجعل الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات وانتقالها وذلك في الأصل العام في قول الله تعالى يا ﴿أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾². ثم أوجب الوفاء بالعقود وتنفيذ أحكامها في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾³.

والثاني أن المشرع جعل كل عقد شرعي أثره عليه، ويثبت إذا توافرت أركانه وقد تم استيفاء شروطه، وبالتالي لا يحق للمتعاقد أن يحث على إلغاء هذا الشرط بشرط نص عليه قبل العقد أو ضمنه ما لم يرد الإذن من الشارع سواء كان ذلك إذن عاماً شاملاً أو إذناً خاصاً بإقرار ذلك الشرط بعينه، كما أنه لا يمكن له أن يزيد على المقتضى إلا بإذن من الشارع⁴.

لذا فإن آثار التحول المتوافق مع الشريعة يجب أن يخضع لمبادئ (النظام العام) ذلك فهو أوسع نطاقاً مما هو عليه في الفقه الغربي، إذا كان الأصل في الفقه الإسلامي هو حرية القبول

¹- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص، 240

²- سورة النساء، الآية 29.

³- سورة المائدة، الآية 1.

⁴- صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 234.

حدود النظام العام، لأن الكم الهائل من القواعد التي تعتبر جزءاً من النظام العام تضيق هذه الحرية¹.

الفرع الثاني

آثار تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص

في هذا القسم، سنناقش الجزاءات المترتبة حول آثار تحول العقد الباطل من حيث الزمان هل يسري بأثر فوري أم اثر رجعي بالإضافة إلى آثار العقد من حيث الأشخاص وهل يسري في حق المتعاقدين فقط أم يتعداها إلى الغير.

أولاً: من حيث الزمان

إن العقد الجديد من حيث الزمان يحمل تاريخ العقد المراد أصلاً، أي أن أثر تحول العقد الباطل يقع عادة من وقت إبرامه، بعبارة أخرى فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر الحال، وحتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعي. وعليه فإن العقد الجديد يحل محل العقد الباطل بأثر رجعي ويكون صحيحاً دون الحاجة إلى إضافة عمل جديد من جانب المتعاقد، إذ أنه هو الرابطة الوحيدة التي تقوم بين الطرفين وإنما يمكن إنهاؤه أو تعديله عن طريق اتفاق عكسي².

ثانياً: من حيث الأشخاص

إن صحة التصرف الجديد لا تسري بين المتعاقدين فقط بل تمتد أو تتعدى إلى الغير، والطرف الذي يتمسك بالتحول لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه، إنما اللازم فقط هو ضرورة إقناع القاضي دائماً بتوفر هذه الشروط، وعليه فما على العاقد إلا ضرورة إقناع

⁵ - علي الفيلاي، المرجع السابق، ص 235.

² - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 243.

القاضي بتوفر هذه الشروط، غير أن هناك من يعتمد بأن الذي يتمسك بالتحول يكون مع ذلك ملزماً بالإثبات، ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون فمن الواجب على القاضي مراعاة إمكان التحول في الدعوى من تلقاء نفسه، ولكن هناك من ينفي إمكانية أن يعمل القاضي التحول من تلقاء نفسه ويحتج لذلك بأن التحول إنما يخدم في المحل الأول حاجة المتعاقد¹.

المبحث الثاني

نظرية الخطأ عند تكوين العقد

سنعالج من خلال هذا المبحث (نظرية الخطأ في تكوين العقد) من خلال توضيح مفهومهما ومضمونها (المطلب الأول)، على أن نبين في فقرة ثانية نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم نظرية الخطأ عند تكوين العقد

سننترق من خلال هذا المطلب نظرية الخطأ عند تكوين العقد وهذا ضمن تعريف خاص (الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ عند تكوين العقد)، ثم سنستعرض من خلال الفرع الثاني: إلى الجزاء المترتبة عن تلك النظرية .

الفرع الأول

تعريف نظرية الخطأ عن تكوين العقد

هي نظرية انتهجها الفقيه الألماني إهرنج الذي صاغها ورسم مبدأ يقضي بأن كل متعاقد تسبب في البطلان، ولو حسن النية، في إيجاد مظهر كاذب لعقد الباطل واطمئنان المتعاقد

¹ -صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 243.

الآخر إلى أنه صحيح، يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعرض المتعاقد الآخر من ضرر الذي أصابه بسبب اطمئنانه إلى العقد¹.

بحيث يكون العقد الباطل، ويكون سبب البطلان آتياً من أحد المتعاقدين، لكن الطرف الآخر يعتقد بصحة العقد ويطمئن إلى ذلك ويلجأ إلى التعاقد على أساس هذا الاعتقاد، فإذا بالعقد يتقرر بطلانه ويسبب ضرر لطرف الآخر فإنه طبقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، فعلى المتعاقد الذي سبب في البطلان أن يعرض حتى ولو كان حسن النية.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب عن الخطأ في تكوين العقد

قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد، ويطمئن إلى ذلك، ويبني تعامله على هذا الاعتقاد. فإذا تقرر بطلان العقد، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه. فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته، وعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع؟

هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد. ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه؟

ونأتي بأمثلة توضح ما أسلفناه²، قد يكون العقد باطلاً لانعدام الرضاء، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر، وكمدير شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الإلتزام، المرجع سابق، ص 409.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع سابق، ص 62.

المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أن لم تتوافر فيه شروط المحل، وكأن يلتزم البائع لسبب غير مشروع، ولكن المشتري لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد. وقد يكون العقد قابلاً للإبطال، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد، وكأن يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك¹.

ومن هذه الأمثلة ما عالجه القانون بنصوص خاصة، فالموجب الذي يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م 91)، ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا. ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م 119)، وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترط فيه الطرف الآخر ولم يعلم به، فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م 120)².

وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م 468)³.

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري، رجع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع نفسه، ص 62.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 27.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 27.

البطلان. ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً، لا على أساس أنه عقد، بل على أساس أنه واقعة مادية¹.

المطلب الثاني

نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد

سنستعرض من خلال هذا المطلب مفهوم نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد وهذا ضمن الفرع الأول، ثم سنتطرق إلى النقد الموجه لتلك النظرية وهذا كله ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول

مفهوم نظرية إهرنج

على أن إهرنج الفقيه الألماني المعروف واجه هذا الفرض في صورته المتعددة، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ودعا إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده، ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يترتب مسؤولية مدنية، بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضي بها قانون أكيليا (Aquilia) المعروف، فلم يستطيع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل، كواقعة مادية، يعتبر خطأ يوجب التعويض، ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعثر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها².

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 62.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 62.

واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب ولو بحسن نية، في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد¹.

وتتميز نظرية إهرنج هذه بان كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية - الخطأ والعقد والتعويض - يتلون فيها بلون خاص.

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد، على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان، فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع وأن من العدل أن يتحملة هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب، فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض².

وأما العقد الذي اخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد، ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، ورضاء

¹-وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً : متجر في مدينة كولونيا ابرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ " يبيع " بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المقطع الأول (vor) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه " يشتري " . فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميله بدلاً من أن يبيع . نزل سعر السندات بعد ذلك ، فبلغت الخسارة مبلغاً جسيماً .

²-عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 63.

المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين¹.

ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الروماني فهذه القواعد ضيقة في العقد كما هي ضيقة في الخطأ، وليس كل إيجاب وقبول في القانون الروماني يعتبر عقداً، لذلك لا يقيم إهرنج مسؤولية المتعاقد على عقد الضمان هذا، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا، بل يقيّمها على العقد الباطل ذاته، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ في القانون الروماني، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا، فإذا قيل إن العقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرّد العقد الباطل من كلا آثاره، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط، واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني².

وهذا رأي يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التي سبقت الإشارة إليها، ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً، لا باعتباره واقعة مادة، بل على أساس أنه عقد وهذه الخصيصة هي أبرز خصائص نظريته.

وأما التعويض فلونه الخاص في نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما في التعويض عن عقد صحيح، فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية³.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 63.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 64.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 64.

ويأتي إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين: شخص احتاج غرفة في فندق وتخلف عن الحضور، فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الايجابية، أي عن الضرر الذي أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد، فيدفع اجرة الغرفة، أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد¹.

ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا اثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة، وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد.

ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الايجابية. ويضرب إهرنج لذلك مثلاً: تاجر باع عشرة صناديق من " السجاير"، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم ينفذه، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الايجابية، أي الربح الذي كان يجنبه من الصفقة والخسارة التي لحقت به من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات في إرسال الصناديق واستردادها².

أما إذا كان العقد باطلاً، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادي في الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق، فإن التعويض الذي يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التي كان عليها لو لم يوجد مظهر

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع نفسه، ص 65

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 65.

هذا التعاقد، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذي كان يربحه لو تمت الصفقة، فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل التعويض عن المصلحة الايجابية¹.

وقد يكون مساوياً له، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوي هو أيضاً على عنصرين: الخسارة التي لحقت الدائن والمكسب الذي فاتته، فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ففي هذه الحالة يرجع أيضاً بالمكسب الذي فاتته إلى المصروفات التي أنفقها، فيستوي التعويضان - وإذا فرض أن الصفقة التي امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقدته الأول، فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون في هذه الحالة اكبر من التعويض عن المصلحة الايجابية².

ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية، فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الايجابية، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون في بعض الفروض منعدماً، ففي المثال الذي نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى، فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما، إذ لم يفته مكسب ولم يتكبد خسارة³.

الفرع الثاني

النقد الموجه لنظرية إهرنج

والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة، حيث قابلها اضطراراً لما ضاق القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل، فوسع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 27.

² - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 269.

³ - علي فيلال، المرجع السابق، ص 295.

كما رأينا، أما الآن فنحن في سعة من امرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ فإذا ثبت في جانب من أتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولاً، ولن نحار في تكييف هذه المسئولية ، فهي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت¹.

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة، فهي بين أمرين إما أن تجعل قيام سبب البطلان في جانب المتعاقد خطأ حتماً، وقد يكون هذا المتعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أي تقصير في ذلك، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التقصيري، وإما أن تفرض عقداً ضمناً بكفالة التعاقد، ونحن إنما نتناول هذا العقد ونقسر عليه المتعاقد قسراً ولا نتمشى في ذلك مع نيته الحقيقية².

على أن هذا العقد الضمني لا يستقيم لنا في كل الأحوال فلو أن سبب البطلان كان القصر أياً كان القاصر وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته، ملتزماً بالعقد الضمني الذي يكفل به صحة التعاقد! وأين نقص الأهلية! ألا يؤثر في العقد الضمني كما اثر في العقد الصريح! وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هازلاً في العقد الصريح إلا يكون أكثر هزلاً في العقد الضمني! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصلحة الايجابية ينطوي على شيء من التحكم قد يصعب تبريره في بعض الحالات³.

كذلك الباقي من المقومات الثلاثة للنظرية - الخطأ والعقد - في كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرره، والقانون الألماني ذاته لم يأخذ

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 66.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع نفسه، ص 66.

³ - المرجع نفسه، ص 66.

كما رأينا بالنظرية كقاعدة عامة، بل قصر النص فيها على حالات معينة، وهو في هذه الحالات حاد عن النظرية في الصميم منها، فلم يجعل المسؤولية عقدية، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير وقد تقدم بيان ذلك¹.

فالأولى إذن الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد، واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض، ويكون العقد الباطل في هذه الحالة أيضاً قد أنتج أثراً عرضياً، لا باعتباره عقداً، بل باعتباره واقعة مادية².

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق ص، 66

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع نفسه، ص، 66

ملخص الفصل الثاني

من خلال دراستنا لنظرية تحول العقد يتضح لنا مدى أهمية هذه النظرية في حياة الإنسان لتحقق الاستقرار في تعاملاته، خاصة وأنها في تغير وذلك بتحررها من مبدأ سلطان الإرادة والنزعة الفردية إلى أبعد من ذلك بتغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة.

هذا ما يدعوا إليه الفقه الإسلامي الذي هو أكثر رحابة وسعة ومرونة في النظام القانوني في تلبية متطلبات الواقع ولحاجات الناس في أدق تفاصيلها، فهي تخضع التحول وأثاره للنظام العام وهو بدوره أيضا أوسع نطاقا منه في الفقه القانوني مراعية في ذلك إرادة المتعاقدين.

خاتمة

ارتأينا أن العقد الباطل هو أن اختلال أحد أركان عقد الرضا والمحل والسبب، أو وجود خلل في الإرادة، أو فقدان الأهلية، وسبب بطلان العقد، يعود فيه الفضل في العقد إلى وجود خلل في الفعل يتمثل في عيوب الإرادة، أو عيوب في المكان والسبب، أو تخلف الشكل أو الاحتيال على القانون والتزييف فيه.

اختلفت تقسيمات البطلان عن القسمة الثلاثية التي سميت بالنظرية العادية والتي تتمثل في الغياب والبطل المطلق والبطل النسبي ما يقرب من شرعية شبه من الوهمية، وعدم التوظيف وإنهاء الخدمة.

وبالإشارة إلى موقف المشرع من البطلان نرى أن المشرع الفرنسي مي بين نوعين من البطلان، مع أنه لم يذكر المصطلحين المطلق والنسبي، وتبعه في ذلك المشرع المصري واختلف من حيث بطلان العقد المطلق والنسبي، أما المشرع الجزائري فقد تبنى كغيره من التشريعات التقسيم الثاني للبطلان لكنه اختلف عن الفرنسي والمصري فاستخدم عدة تعابير في أنواع البطلان.

وبالرجوع إلى موقف المشرع من البطلان، نرى أن مشرع فرنسي يؤول إلى تمييز بين نوعي البطلان برغم من أنه لم يذكر مصطلحي مطلق ونسبي، واتبعه المشرع المصري ولكنه اختلف في لفظي مطلق ونسبي، فمطلق سماه بالبطلان، أما النسبي سماه بقابلية للإبطال أو حق في الإبطال، أما المشرع الجزائري فقد تبنى كغيره من التشريعات التقسيم الثاني للبطلان، لكنه اختلف عن فرنسي ومصري، فقد استعمل عدة تعبيرات على أنواع البطلان، فاستعمل المطلق بالعقد باطل بطلان مطلق أو عقد باطل، أما نسبي فأخذه بالعقد القابل للإبطال.

أما فيما يتعلق بنتائج البطلان، فإن الأطراف المتعاقدة تعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقت العقد، وأيضاً بسبب الآثار الواسعة الناتجة عن العقد الباطل، والمتمثلة في ثلاث نظريات معروفة: فكرة العقد التحول، نظرية اختزال العقد، ونظرية الخطأ في تكوين العقد، لكن

البطلان قد يسبب ضرراً لواحد على الأقل من الطرفين في الاستقامة، وينتج عن ذلك أن يدرك الطرف الآخر الضرر الذي ألحقه به، وبالتالي فإن تأثير بطلان العقد لا يقتصر على الأطراف المتعاقدة فقط، ولكن أيضاً على الأطراف الثالثة الذين يقصدون الوريث الخاص للأطراف المتعاقدة، خاصة إذا كان الأمر كذلك في منظور الاستقامة والرؤية الثاقبة لقاعدة الأثر الرجعي للبطلان تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، ومن المعقول أن العدالة تتطلب حماية حسن النية.

والعقود الباطلة متمثلة في عقود الغرر وهي القمار والمراهنة وعقد التأمين والراتب لجميع الأوقات والمبيعات الباطلة التي خصصها المشرع مكانة خاصة من المواد 397 إلى 412 من القانون المدني الجزائري والتي هو بيع أموال الغير، بيع التركة، البيع في مرض الموت، بيع الوكيل لنفسه، أما القروض الربوية فلم يخاطبها المشرع بدقة، بل أجازها، لتشجيع الادخار. من الناحية الشرعية، أطلقوا على العقد الباطل صفة باطل، واختلفوا في العقد الباطل والمعاملات جائزه الا ما حرمه الله ورسوله، ولذلك اختلفت أسباب الفساد وتنوعت أصناف العقود الباطلة من بيع ممنوع وفساد ومحرم وغير ذلك.

وتتمثل العقود الباطلة في بيوع ملهية عنها بسبب الضرر، والربا، الجمال والغرر، وقد تكون محرمة بذاتها أو لغيرها، وهناك بيوع اختلف فيها الفقهاء على حرمتها وتتمثل في بيع التورق، وبيع العربون، وبيع الوفاء، وبيع بالتقسيط مع زيادة الثمن.

نقترح بعض التوصيات المستخلصة من النتائج السابقة منها:

1- ضرورة إحداث تعديل تشريعي في القانون المدني الجزائري بالإشارة إلى مراحل العقد، بتقسيمه إلى الصواب والخطأ.

2- يجب على المشرع إعادة تنظيم القسم الثاني مكرر المرتبط بإبطال العقد وإلغائه من القانون المدني، وذلك بوضع تفاصيل شاملة عن العقد الباطل.

3- على المشرع الجزائري أخذ الجانب الشرعي في القانون المدني، لكون هذا الأخير يعتبر قانون العلاقات بين الأفراد، والشريعة الإسلامية هي سبيل أصلح لتنظيم هذه العلاقات.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

- القرآن الكريم
- السنة النبوية الشريفة
- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 11، دار صادر، لبنان، 1863.

المراجع

1- الكتب باللغة العربية

الكتب العامة:

- 1- أسامة السيد عبد السميع، القروض والودائع البنكية في ميزان الشريعة الإسلامية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010.
- 2- عباس حسنى محمد، العقد في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، السعودية، 1993.
- 3- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، مصر، 2000.
- 4- محمد علي محمد أحمد البنا، القرض المصرفي، (دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار الكتب العلمية، لبنان، 2006.
- 5- محمد سيد طنطاوي، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، الطبعة السابعة، مطبعة السعادة، مصر، 1991.
- 6- يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا الحرام (دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع)، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003.

الكتب الخاصة:

- 1- أحمد يسري، تحول التصرف القانوني (دراسة مقارنة) للمادة 144 من القانون المصري على أساس المادة 140 من القانون المدني الألماني، وملحق عن تحول القرار الإداري، مطبعة الرسالة 1958.
- 2- أنور طلبة، انحلال العقود، ط1، المكتب الجامعي الحديث للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2004.
- 3- رأفت دسوقي ، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار العلوم للنشر والتوزيع ، مصر، 2005.
- 4- أحمد شرف الدين، أحكام عقد التأمين، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة 3، 1991.
- 5- إياد عبد الجبار الملوكي، تحول العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد المجلد الأول، العدد7، 1988.
- 6- إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره (دراسة مقارنة)، السعودية، 2004.
- 7- إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1968.
- 8- إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 9- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (عقد البيع: البيوع الخاصة)، الجزء 9، 1997.
- 10- إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أحكام العقد ، حل العقود ، 2008.
- 11- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 12- توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام ،القسم 2، نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.

- 13- جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
- 14- حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 15- حميد بن شنيطي، نظرية الالتزامات الجزء 1، نظرية العقد، الطبعة 1، الجزائر، 2014.
- 16- ديما فرج مكي، تصحيح العقد، (دراسة مقارنة) المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة الأولى، 2011.
- 17- رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، الطبعة 3، توزيع مكتبة الألفي القانونية، مصر، 1997.
- 18- صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999.
- 19- ضو القاسبي، البطلان والفسخ والسقوط والانعدام، ط1، نشر وتوزيع مجمع الأطرش للكتاب المختص، 95 شارع لندرة-تونس، 2017.
- 20- عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 21- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، ار الكتاب الحديث القاهرة، مصر، 1984.
- 22- علي فيلاي، الالتزامات(النظرية العامة للعقد)، ط1، موزم للنشر والتوزيع، وحدة الرغبة، الجزائر، 2005.
- 23- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
- 24- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء 4، دار الفكر للطباعة والنشر، مصر، 1998.

- 25- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، الطبعة 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 26- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- 27- عبد الرحمن زكي إبراهيم، معالم الاقتصاد الإسلامي، دار الجامعات المصرية، مصر، 1991
- 28- عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط (دراسة في المنهجية التشريعية)، ط1، دار الكتب العلمية، مصر، 2010.
- 29- محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
- 30- محمد صبري السعدي، (شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات) مصادر الإلتزام - التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة)، ج1، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 31- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الاسلامي، ط1، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 1988.
- 32- محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر (في القانون المدني الجزائري)، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 33- محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للإلتزام (نظرية العقد)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004.
- 34- محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 1996.
- 35- محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، سوريا، 2003.
- 36- محمد حسام لطفي، النظرية العامة للإلتزام، الصادر لأحكام الإثبات دراسة تفصيلية وتحليلية في ضوء آراء الفقہ وأحكام القضاء، القاهرة، 2002.

- 37- محمد حسين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوصفي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1988
- 38- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 39- منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2010
- 40- مصطفى الزرقاء، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة حضارة الإسلام، العدد 4، السنة الثانية، تشرين الأول، السعودية، 1961.
- 41- نصر الدين محمد زغلول، التعسف في استعمال الحق (طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء)، ط1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2007.
- 42- هند فالح محمد صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، الطبعة 1، 2014.
- 43- هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

2-المذكرات الجامعية

أ-أطروحات الدكتوراه :

- 1-محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، مقدم إلى جامعة الجزائر، 1976.
- 2-فاضل خديجة، عيمة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2015.
- 3-نساخ فاطيمة ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1-كلية الحقوق، 2013.

ب- الماجستير :

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

2- سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقاوي (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013 .

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

ج- الماستر:

1- دفلاوي سمراء ومسلم جميلة، النظام القانوني للقرض العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012.

2- فرحون ليندة وفلة كريمة، آليات تجنب المنازعات المتعلقة بالقرض البنكي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015.

3- مباركي نجمة، بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2012/2013.

3- النصوص القانونية :

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو، 2007 ج ر ج ج، ع، 78، الصادرة في سبتمبر 1975.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج، ع 24 الصادرة في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم.

4- الكتب باللغة الفرنسية :

1 - AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Français, 40 édition, t 1et 6, par BARTIN, Paris, 1952.

- 2 – Flour(J) et Aubert(J), les obligation, l'acte juridique, Delta, Edit, 2002.
- 3–François Chénéde. **Raymond Saleilles**,
Le **contrat d'adhésion** 1re partie. Revue des **contrats**, Lextenso, 2012,
- 4– François Terré, Phillipe Simler, Yve Lequette, Droit civil, les obligation, 6e édition , Delta Dalloz 1996.
- 5 – J.patarin, le probleme de l'équivalence juridique des résultats, thèse paris 1952.
- 6 – Japiot René, Des Nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, thèse doctorat, paris 1909.
- 7 – Phillipe Simler, la nullité partielle des actes juridiques,LGDG ,préface de Alex Weill, 1960.
- 8 – Paul Robert, Petit robert (Dictionner de langue).nullite:"caractère de ce qui est nul «sans valeur", paris, 1977.

الفهرس

قائمة الفصول

رقم الصفحة

/	الإهداء والشكر
/	الملخص
/	قائمة المختصرات
أ-د	مقدمة
06	{الفصل الأول: <u>عموميات حول العقد الباطل وفق التشريع الجزائري</u> }
07	تمهيد
08	المبحث الأول: مدخل عام حول العقد الباطل
08	المطلب الأول: تعريف العقد الباطل
09	الفرع الأول: مفهوم العقد الباطل
09	أولاً: لغة
09	ثانياً: إصطلاحاً
10	الفرع الثاني: دوافع العقد الباطل
11	أولاً: ركن المحل والسبب
11	ثانياً: ركن الرضا
12	الفرع الثالث: أصناف العقد الباطل
12	أولاً: العقد الباطل المطلق
15	ثانياً: العقد الباطل النسبي
17	الفرع الرابع: تصنيف العقد الباطل عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة
17	أولاً: العقد الباطل وعدم السريان
17	ثانياً: العقد الباطل والفسخ

18	ثالثا: العقد الباطل والصورية
18	المطلب الثاني: موقف القانون من العقد الباطل
19	الفرع الأول: موقف القانون الجزائري
19	أولا: الحالات التي يكون فيها العقد باطلا
20	ثانيا: الحالات التي يكون فيها قابلا للإبطال
20	الفرع الثاني: موقف القانون الفرنسي
21	المبحث الثاني: دراسة العقود الباطلة
22	المطلب الأول: عقود الغرر
22	الفرع الأول: القمار
23	الفرع الثاني: الرهان
23	الفرع الثالث: عقد التأمين
24	الفرع الرابع: المرتب مدى الحياة
25	المطلب الثاني: البيوع الباطلة
26	الفرع الأول: بيع ملك الغير
27	الفرع الثاني: بيع في مرض الموت
28	الفرع الثالث: بيع التركة
29	الفرع الرابع: بيع النائب لنفسه
30	المطلب الثالث: القروض الربوية
31	الفرع الأول: تعريف عقد القرض
31	أولا: لغة
31	ثانيا: إصطلاحا
32	الفرع الثاني: القرض الإستهلاكي

33	الفرع الثالث: القرض الإنتاجي
33	الفرع الرابع: القرض بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية
36	ملخص الفصل الأول
{ الفصل الثاني: الآثار العرضية للعقد الباطل }	
38	تمهيد
39	المبحث الأول: نظرية تحول العقد
39	المطلب الأول: تحول العقد وانتقاصه
39	الفرع الأول: تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح
42	الفرع الثاني: شروط تحول العقد
42	أولاً: بطلان التصرف الأصلي
48	ثانياً: أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر
53	ثالثاً: أن تتصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي
58	المطلب الثاني: آثار تحول العقد
58	الفرع الأول: آثار تحول العقد من حيث النظام القانوني والفقہ الإسلامي
59	أولاً: من حيث النظام القانوني
60	ثانياً: من حيث الفقہ الإسلامي
62	الفرع الثاني: آثار تحول العقد من حيث الزمان والأشخاص
62	أولاً: من حيث الزمان
62	ثانياً: من حيث الأشخاص
63	المبحث الثاني: نظرية الخطأ عند تكوين العقد

63	المطلب الأول: مفهوم نظرية الخطأ عند تكوين العقد
63	الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ عند تكوين العقد
64	الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن الخطأ في تكوين العقد
66	المطلب الثاني: نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد
66	الفرع الأول: مفهوم نظرية إهرنج
70	الفرع الثاني: النقد الموجه لنظرية إهرنج
73	ملخص الفصل الثاني
74	الخاتمة
77	قائمة المصادر والمراجع
83	الفهرس

الملخص :

العقد هو ذلك الاتفاق الذي يشترطه القانون لتأسيسه مجموعة من الركائز الأساسية التي يضمن من خلالها صحة العقد من جهة، والحفاظ على مصلحة الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى، أو تحويلها إلى عقد مختلف إذا توافرت أسس الأخير لصحة العقد من عدمه، وهذا ما وافق عليه وأخذه المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي والمصري، وهذا ما أكدت عليه الشريعة الإسلامية فيما يخص العقد من ناحية تنظيم العقد والهدف التي سطرته في إثبات صحته وهذا كله في سبيل إثراء المجتمع، ولا ننسى الآثار العرضية للعقد الباطل وما تصادفه من عيوب كثيرة حيث أقرت الشريعة بضرورة تصحيح العقود الباطلة وهذا ما تطرق إليه الفقه والمشرع الجزائري الذي حاول بشتى الوسائل تصحيحه.

الكلمات المفتاحية: العقد، العقد الباطل، العقد النسبي، الآثار العرضية للعقد الباطل، تكوين العقد، نظرية تحويل العقد.

Summary :

The contract is that agreement that the law requires to establish a set of basic pillars through which it guarantees the validity of the contract on the one hand, and the preservation of the interest of the contracting parties on the other hand, or converting it to a different contract if the latter's foundations are available for the validity of the contract or not, and this is what he agreed to and took The Algerian legislator and the French and Egyptian legislators, and this is what the Islamic Sharia has emphasized with regard to the contract in terms of regulating the contract and the goal it has set in proving its validity. What was touched upon by jurisprudence and the Algerian legislator, who tried by various means to correct it.

Keywords: Contract, void contract, relative contract, accidental effects of void contract, contract formation, contract transformation theory