

جامعة مولود معمري-تيزي وزو-

كلية م الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون

نظام ل م د

حماية عقد البيع العقاري من الإبطال

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص : القانون العقاري

تحت إشراف الأستاذة

إعداد :

:

د / أوباية مليكة

موساوي زجيجة

فورالي سعاد

لجنة المناقشة :

د/ نعار فتيحة ,أستاذة محاضرة "ب", جامعة مولود معمري ,تيزي وزورئيسة

د/ أوباية مليكة ,أستاذة محاضرة "ب", جامعة مولود معمري ,تيزي وزو.....مشرفة و مقررة

د/إدرنموش أمال ,أستاذة محاضرة "ب", جامعة مولود معمري,تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة:/...../.....

كلمة الشكر

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين، الحمد و الشكر
للمولى عز و جل الذي أهدانا بالصحة و العافية و أنار دربنا بالصبر و العزيمة
لإنجاز هذا العمل المتواضع.

يشرفني أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة أوباية مليكة التي كانت رمز
لنا لنبل و العطاء و خير سند و دليل لنا. ونشكرها على توجيهاتها و إرشاداتها
و تعاونها الكبير معنا طيلة المشوار و أقول لها أسمى شكر و تقدير أستاذة.
أشكر أختي الصغيرة على مساعدتها لي و كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل
من ساعدني في هذا العمل و كل من ساهم في ذلك من قريب أو من بعيد
شكرا جزيلا .

زجينة و سعاد

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى مصدر وجودي و ينبوع الحب و العاطفة إليك أُمي
الغالية ,و إلى الذي كان معي دائما مشجعا و محفزا علمني العمل بالجد أبوي الغالي
وإلى أخواتي و إخواني .

أهديه أيضا إلى رفيقاتي التي تقاسمت معهن الحلوة و المرة كونت رمز الصداقة
الحقيقية أسأل الله أن يدوم هذه الصداقة .

أهديه أيضا إلى زميلتي في العمل موساوي زجينة
و إلى كل من يعرفونني من قريب أو من بعيد .

الإهداء

أهدي عملي هذا إلى الصدر الرحيم الذي ينبض بالحنان و التي كانت دائما عوننا لي بدعائها أُمي الحنونة زاهية أسأل الله أن يحفظ لي و يطيل في عمريها .و إلى الذي علمني معنى المثابرة و الصمود و العمل بالجد أبي العزيز رحمك الله و أسكنك فسيح جناتك.

إلى التي قاسمت معي الحلوة و المرة أخواتي سميرة , صونية و ابنيها كامل و رابع ,و إلى بابة و الكتكوتة سيرين ,و يمينه ,فروجة ,و أختي الصغيرة ويزة أسأل الله أن يحفظهن لي.

وإلى إخواني صالح ,عمر ,حميد ,إدير و أكلي .

و إلى صديقاتي التي شاركني معهن مشواري الدراسي ليندة و ثنينة.أهديه أيضا إلى الشخص الذي سأقاسم معه حياتي الذي كان و سيظل مصدر فخري و امتناني خطيبي الغالي حميد وش و عائلته الكريمة .و إلى صديقتي التي تعاوننا على إنجاز هذا العمل سعاد فورالي .و إلى كل من يحبونني من قريب أو من بعيد أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع.

في القديم كان الأفراد يتعاملون بالمقايضة, أي بمبادلة سلعة بسلعة أخرى, لكن بعد تطور المجتمعات عجز عقد المقايضة على إشباع رغبات الأفراد, و لذلك ظهر عقد البيع كبديل للمقايضة, و قد أولته تشريعات عديدة الاهتمام و نظمت أحكامه العامة في القانون المدني. على غرار هذه التشريعات اهتم المشرع الجزائري بالعقد, واعتبره من أهم مصادر الالتزام, وذلك لأنه يحافظ على حقوق المتعاقدين و يحدد التزامات كل واحد منهم فعرفه من خلال المادة " 54" من القانون المدني.¹ على أنه "العقد اتفاق يلتزم بموجب شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل شيء ما" ويعرف العقد بأنه توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني. كما عرف عقد البيع بصفة خاصة من خلال المادة 351.² على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية للمشتري بنقل ملكية الشيء أو حق مالي مقابل ثمن نقدي "

يستلزم وجود العقد من الناحية القانونية توافر و اجتماع مجموعة من الأركان و هي :

➤ التراضي يتحقق بتطابق إرادتي البائع و المشتري لترتيب أثر قانوني معين .

➤ المحل وهو الشيء الذي يكون محل البيع.

➤ السبب وهو الغرض الذي يطمح البائع الوصول إليه .

ومتى كان محل البيع هو العقار, أضيفت إلى هذه الأركان ركن رابع و هو الشكلية طبقا للمادة 324 مكرر³ التي تنص على أن "العقود الواردة عن العقارات تخضع للشكلية تحت طائلة البطلان" لذلك يجب أن يحرر عقد البيع العقاري في شكل رسمي, يكون بتحرير عقد لدى الموثق و تسجيله في المحافظة العقارية و يعين الموثق العقار و يلتزم من التحقيق منه و يطلب نوعين من الوثائق إذا كان العقار ممسوح بطلب منه شهادة سلبية و شهادة ميلاد و بطاقة التعريف الوطنية, كل هذه البيانات يحررها الموثق و يصادق عليها .

¹ أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975, يتضمن القانون المدني, ج ر عدد 78, صادر في 30/09/1975 معدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005, ج ر عدد 44 صادر في 26 جوان 2005 و القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر عدد 15 الصادر في 13 ماي 2007.

² مادة 351 من الأمر 58-75, مرجع سابق.

³ مادة 324 مكرر 1 من الأمر 58-75, نفس الأمر.

تكتسي العقارات أهمية كبيرة تكمن في أنه ثروة هامة لتحقيق المنافع الاجتماعية و الاقتصادية للمجتمع , فالعقار الحضاري بحاجة المجتمع للسكن و العقار الفلاحي يساهم في تحقيق الاكتفاء الذاتي من حيث الموارد الغذائية كما يساهم في دفع التنمية الاقتصادية , أما العقار الصناعي و السياحي فهو المطلب الأساسي و المستثمر المواطنين و الأجانب كونه الوعاء المستقبلي للمنشآت الاستثمارية .

إن احترام الأطراف المتعاقدة لمختلف الأركان و الشروط المطلوبة قانونا في إبرام العقد , و قيام كل طرف متعاقد بتنفيذ ما التزم به اتجاه الطرف الآخر , يؤدي هذا إلي إبرام العقد و إنتاج أثره و لكن قد يتخلف ركن من أركانه الذي يؤدي إلي بطلان مطلق للعقد , في حين تخلف شرط من شروطه يؤدي بقابلية العقد للإبطال , و متى طعن المتعاقد ببطلانه . يبطل العقد و تزول أثره معا , مثل العقد الباطل بطلانا مطلقا و هذه النتيجة تؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد إلى أن تطبيق هذا المبدأ قد يؤدي إلى حدوث الكثير من النتائج الاقتصادية و الاجتماعية الخطيرة الضارة بالمتعاقدين و بالغير كذلك .

لذا فقد اتجهت التشريعات الحديثة للبحث عن حلول تسعى من خلالها إلى التقليل من حالات البطلان و تجنب إبطال العقد لضمان استقرار العلاقات التعاقدية و حماية الثقة المشروعة في المعاملات مما يشجع الأفراد على إبرام العقود و هم مطمئنون من عدم إهدار هذه الثقة .

و أمام الأهمية الاقتصادية التي تكتسبها عقود بيع العقارات و صعوبة إجراءات إتمامها و الأضرار الكبيرة التي قد تنجم عن إبطالها , حاول المشرع الجزائري تقليل من حالات إبطال هذه البيوع و على ضوء ما تقدم نطرح الإشكالية التالية : " ما هي الآليات التي أقرها لحماية البيع العقاري من الإبطال ؟ "

و للوصول إلى الإجابة عن الإشكالية المطروحة نخصص الفصل الأول منها إلى حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة, متى كان هذا البيع قابل للإبطال و ليس باطلا بطلانا مطلقا.

أما الفصل "2" خصصناه إلى آلية الإنقاص و آلية التحول بالتركيز على دور كل منهما في حماية البيع العقاري من الإبطال.

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

الإجازة تصرف إرادي , تنتج أثرها بمجرد صدور قبولها و لم يصدر القبول لما من الطرف الآخر , و لا يجوز الرجوع فيها بحجة عدم صدورها هذا القبول و يشترط في كافة التصرفات , فيجب أن تتوافر في المجيز الأهلية اللازمة بالنسبة للعقد محل الإجازة و ألا تقوم الإجازة على خطأ أو تدليس أو إكراه أو استغلال , فلا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي يحيز البطلان فناقص الأهلية لا يجوز له إجازة العقد الذي أبرمه مادام ناقص الأهلية من وقع في غلط أو تدليس أو إكراه أو إسقاط لا يجوز له إجازة إلا بعد زوال العيب الذي شاب رضائه. و يترتب على الإجازة صحة العقد من وقت صدوره لا من وقت الإجازة فنرجع الإجازة إلى وقت صدور العقد دون أن يترتب عليها ضرر بحقوق الغير الذي تلقي حق من المجيز و لا تتناول الإجازة إلا العيب المقصود بها فيبقي الحق في الإبطال لأسباب أخرى و لا ترد الإجازة إلا العقد القابل للإبطال لأنه عقد قائم قانونا إن موضوع الإجازة يستدعي لنا تحديد مفهومها (المبحث 1) و بيان أثارها (المبحث 2).

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

المبحث الأول: مفهوم الإجازة

الإجازة تصرف قانوني يصدر من جانب واحد فهي ترد لاحقة لتصرف قانوني تم إبرامه بقصد إبعاد شبح الزوال الذي كان يهدد وبذلك تكون الإجازة ضماناً تفتق عنها الفكر القانوني للإبقاء على مثل هذا التصرف , الذي يكون قد أنتج آثار يصعب محوها , للإلمام بمفهوم الإجازة يتعين علينا تبين تعريف الإجازة (المطلب الأول), وكذلك تحديد خصائصها (المطلب الثاني), وبيان شروطها (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: تعريف الإجازة:

تعرض لمسألة تعريف الإجازة, الفقه الإسلامي و العربي (الفرع الأول), و الفقه الفرنسي (الفرع الثاني), أما التشريعات بما في ذلك المشرع الجزائري فإنها اكتفت بتحديد أحكام الإجازة دون تعريفها (الفرع الثالث)

الفرع الأول :تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي :

تناول تعريف الإجازة عدة مؤلفين عرب وهناك منهم من اعتبر الإجازة هي " اتجاه إرادة الشخص المتعاقد الذي تقررت لمصلحة يكون العقد قابلاً للإبطال نحو النزول عن الحق في طلب الإبطال¹.

وهناك من عرفها على أن : "الإجازة هي نفاذ و مضي على الصحة, أجزت العقد جعلته نافذا"

وكما عرفها آخرون على أن : "الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء "

ونستخلص أن الفقه العربي يعتبر الإجازة التنازل عن الحق في الطعن بالبطلان ممن يملكه.

¹ أنظر كل من :مرقس سليمان ,الوافي في شرح القانون المدني,المجلد الأول,الطبعة الرابعة ,دار للمنشورات القانونية ,مصر 1978,ص204.

زهدي يكن ,شرح في القانون الموجبات و العقود,الجزء الرابع,دار النشر و التوزيع,بيروت ,1962,ص166. وحيد سوار ,شرح في القانون المدني,الجزء الأول,دار النشر و التوزيع ,دمشق ,1978,ص228.
عبد المنعم فرج الصدة ,نظرية العقد في قوانين البلاد العربية , النهضة للطباعة و النشر,مصر , 1958 , ص402.

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

الفرع الثاني: تعريف الإجازة في الفقه الفرنسي.

لم يختلف كثيرا الفقه الفرنسي عن نظيره الإسلامي في تعريف الإجازة, إذ عرفها على أنها مجرد النزول عن الحق في طلب إبطال ممن يملكون حق ذلك, و على هذا التعريف تواضع الجمهور الفقه الفرنسي¹ و هو التعريف الذي وضعه كبار رجال الفقه الفرنسي.

فيما اعتبر الفقيه " **lourant** " أن الإجازة هي العدول عن حق التمسك بإبطال هذا الالتزام المعين في جوهر الإجازة" إذن هو النزول عن الحق في طلب الإبطال ويظهر من خلال التعريفات الكثيرة التي قدمت من طرفهم, نستنتج أن الفقه الفرنسي يعتبر الإجازة هي النزول عن الحق في طلب إبطال العقد المعيب²

هذا ما استقرت عليه جمهور الفقه الفرنسي غير أنه يستنتج رغم ذلك أن هناك فقهاء فرنسيين من يعطي تعريف الإجازة على أنها:

« تصرف قانوني يحول شخص إزالة العيوب المشوب بها الالتزام ».

و التي كما يمكن استبعادها عن طريق طلب البطلان.³ إذا أمعنا النظر في هذا التعريف لوجدناه ليس خاليا من الغموض و اللبس .

الفرع الثالث :تعريف الإجازة في القانون الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الإجازة , على غرار نظيره المدني و الفرنسي و إنما اكتفى بتنظيم أحكامها , و تحديد القواعد الأساسية لها في القانون المدني في القسم الثاني مكرر خاص بإبطال

¹ Baudry lacantinnery(g) et bardre(l), traite théorique et pratique de droit civile ,tom 3,3^e ed ,paris, 1937

² Laurant ,principes de droit civile françois, tom3 3^e ed paris,p559,

³ Caudemet ; Théorie générale dans des obligations ; tom3,3^e ed, paris ; 1937.

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

العقد و بطلانه. فأقر بإمكانية اعتمادها بشكل صريح أو ضمني لحماية العقد من الإبطال¹ ولكنها لا تستطيع إنقاذ العقد الباطل و لا تستطيع إجازته²

المطلب الثاني : خصائص الإجازة و تمييزها عن بعض المفاهيم القريبة منها

تتميز الإجازة بعدة خصائص تمييزها عن باقي المصطلحات, و تعتبر تلك الخصائص من المسائل الجوهرية التي يتفق فيها القانون و الفقه (الفرع الأول), الأمر الذي جعلها نظام متميز عن الإذن و الإقرار, رغم أوجه التقارب الكثيرة بينهما و بين الإجازة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : خصائص الإجازة

تتميز الإجازة بخصائص تتمثل أساسا في:

1- الإجازة تصرف قانوني انفرادي: فهي تتم بإرادة منفردة هي إرادة من شرع له حق طلب

الإبطال.³ و يترتب على هذه الخاصية أربعة نتائج هي :

➤ النتيجة الأولى: ليست الإجازة بحاجة إلى اقترانها بقبول المتعاقد الآخر, الذي سبق له أن عبر

عن قبوله أثناء إبرام العقد المجاز, و عليه فلا حاجة إلى قبول جديد منه بل هي تحدث أثرها

بمجرد تعبير المجيز عن إرادته في النزول عن حقه في المطالبة بالإبطال حتى دون علم هذا

المتعاقد بها .

¹ مادة 100 من الأمر رقم 75- 58 , مرجع سابق

² المادة 102 من نفس الأمر.

³ أنظر كل من :

- غانم إسماعيل, النظرية العامة للإلزام, "مصادر الإلتزام", دار للنشر و التوزيع, بيروت, 1966, ص137.

- حجازي عبد الحي, النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي , الجزء 01, دار للنشر و التوزيع الكويت, 1955, ص1028.

- أنور طلبية, انحلال العقود, المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية, مصر, 2004, ص384.

- حبار محمد, نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي, رسالة لنيل شهادة الدكتوراة , تخصص

قانون , جامعة الجزائر, 1976, ص454

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

➤ **النتيجة الثانية:** لا يشترط في الإجازة أن يسهم فيها الطرف الذي تمت لصالحه و هذا ما يفسر إمكانية التمسك بالإجازة الضمنية التي تستنتج من التصرف الصادر من المحير و لم يتدخل فيه من وجهة إليه.

➤ **النتيجة الثالثة:** إن المجيز لا يستطيع أن يتراجع عن الإجازة بحجة أن الطرف الآخر لم يقبلها بعد , فهي إلى جانب أنها ليست في حاجة إلى ذلك فإنها تلزم المجيز , بمجرد صدورها ذلك أن إرادة النزول تنتج أثارها إزاء المجيز تلقائياً¹ أما إذا احتفظ المجيز بحقه في الرجوع عن الإجازة , فإنها لا تتحقق لكونها تصرف قانوني لازم فيمتنع على المجيز الرجوع فيها .

➤ **النتيجة الرابعة:** إن الإجازة تصرف قانوني غير واجب التسليم , و مع ذلك فقد طرح في الفقه تساؤل يتعلق بما إذا كان يجب تبليغ الإجازة إلى طرف الذي وجهت إليه , أي هل تعتبر الإجازة تصرفاً واجب التسليم . فإذا كانت واجبة التسليم فإنها لا ترتب أثارها القانونية , إلا إذا اتصلت بعلم من وجهت إليه , أما إذا لم تكن كذلك , فيكفي صدورها من صاحبها لترتب أثارها .

2 - **الإجازة تصرف إسقاطي :** و ذلك لأنها تؤدي إلى إخراج حق التمسك بالإبطال من ذمة المجيز , فليس له بعد الإجازة أن يطالب بالبطلان لأن إجازته أسقطت حقه في طلب الإبطال .

3 - **الإجازة تصرف كاشف:** ذلك لأن وظيفة الإجازة ليست إنشاء الآثار القانونية التي أنتجها العقد المجاز , إذ أن تلك الآثار إنما ترتبت بموجب عقد صحيح , بل وظيفتها تنحصر فقط في تأييد هذه الآثار و منع احتمال زوال مستقبلاً , و ذلك بزوال حق المجيز في التمسك بالإبطال منذ تاريخ إبرام العقد , لا من وقت صدور الإجازة فحسب , ويترتب على الأثر الكاشف للإجازة أن العقد يصبح باتاً غير مهدد بالزوال منذ تاريخ إبرامه². وقد أكدت على هذه الخاصية المادة 100 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : "يزول حق إبطال العقد بالتأييد الصريح أو

¹ تانغو سمير عبد السيد , مصادر الالتزام , منشأة المعارف , الإسكندرية , 2005 ص 20.
² فهمي حامد , "نظريات التصرفات الإقرارية و الاستثنائية من وجهتها الشرعية و القانونية و أثارها في الفقه و في أحكام التسجيل " , مجلة القانون و الاقتصاد , العدد الأول , 2004 , ص 15.

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

الضمني ,ويستند الإبطال فيما لو حكم به ,إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير.

الفرع الثاني : تمييز الإجازة عن بعض المفاهيم القريبة منها

تقترب الإجازة من الإذن و الإقرار و لكنهما تختلف عنهما في عدة نقاط

➤ أولا : الفرق بين الإجازة و الإذن

الإذن نصت عليه المادة "84" من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي :**"للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ,بناء على طلب من له مصلحة ,و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك"**¹

❖ و يظهر الفرق بين الإجازة و الإذن من النواحي التالية :

- الإجازة هي رضا الشخص بالتصرف بعد وقوعه ,فهي تصرف لاحق لصدور العقد ذلك أنها إما تنفيذ لعقد موقوف ,و من ثم يترتب عليها إنتاج هذا العقد لآثاره ,أو إنها إمضاء للعقد القابل للإبطال أو للعقد غير اللازم فيرتب عليها سقوط الحق في الإبطال أو الفسخ ممن أجازته وعليه فإن الإجازة لا تكون إلا تالية العقد الذي ترد عليه.

أما الإذن فهو الترخيص بإجراء التصرف قبل حصوله ,فهو يكون لما سيقع بينما تكون الإجازة لما قد وقع.

ثانيا : تمييز الإجازة عن الإقرار

الإقرار هو وسيلة أو أسلوب يتوخى منه صاحب تأييد و تثبيت التصرف القانوني الذي تم إبرامه من قبل شخص لا صفة أو لا سلطة له في إبرامه .

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة , ج ر عدد 24 صادرة في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج ر عدد 15 صادر في 27 فيفري 2005 المعدل ج ر عدد 15 صادر في 27 فيفري 2005

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

فيصدر من شخص أجنبي عن العقد أي يريد أن يجعل العقد ساريا في حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى إليه أثره, و بتالي يختلف عن الإجازة من أوجه ثلاث و هذا من حيث الموضوع و المصدر و الأثر.

➤ من حيث الموضوع

ترد الإجازة عن العقد القابل للإبطال أو على العقد الموقوف, أما الإقرار فيرد على عقد صحيح بصفة عامة .

➤ من حيث المصدر

المميز طرف في العلاقة التعاقدية, فالإجازة تصدر من أحد طرفي العقد أما المقر فأجنبي عن هذه العلاقة, و لم يلزم بالشئ بموجبها و يعتبر العقد الذي تم بين طرفيها بالنسبة إليه.¹

➤ من حيث الأثر

يترتب على الإجازة زوال خطر الإبطال الذي كان يهدد البيع العقاري و سقوط حق المميز في التمسك بالإبطال, فتتأيد آثار العقد الذي وردت عليه. و بالتالي يصبح البيع العقاري صحيح و منتج لكل آثاره.

أما الإقرار فيكمن أثره في أن عقد البيع يصبح نافذا في حق المقر بمجرد صدوره , فتزول في مواجهته قاعدة عدم السريان بعد أن كان له حق الاحتجاج بها. مثلا كإقرار أحد الورثة بالبيع العقاري الذي قام به الوريث الآخر في عقار مملوك لهما على الشيوع.

¹ جعفر محمد سعيد, إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي, الطبعة الثانية, دار هومة, الجزائر, 2009, ص61

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

المطلب 3: شروط الإجازة

لقيام الإجازة يستلزم توفر مجموعة من الشروط , تصنف ضمن الشروط العامة التي تخص كل أنواع الإجازة (الفرع الأول), وشروط خاصة تخص الصبي المميز (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الشروط العامة للإجازة

تتمثل الشروط العامة لتتمام الإجازة في:

❖ وجوب أن يكون العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة :أي يكون العقد الذي نريد له الإجازة فعلا عقد قابل للإبطال و ليس عقدا باطلا لأن العقد الباطل بطلان مطلقا لا يمكن إجازته و عليه يكون البيع العقاري متى تخلف ركن من أركان تمام العقد من محل و سبب¹ و تخلف ركن الشكلية فيه .

❖ ولم يضع المشرع الجزائري قائمة يبين فيها متى يكون العقد باطلا , و لكنه قام ببيان أركان انعقاد العقد الذي يترتب البطلان على تخلفها لذا فإنه للإلمام بالحالات التي يكون فيها العقد الباطل يجب الرجوع إلى ما وضعه المشرع من أركان لانعقاد العقد, و إذا ما فعلنا ذلك انتهينا إلى أن العقد يكون باطلا في الحالات التالية:

- حالة إبرام عقد من شخص عديم الأهلية يستوي في ذلك أن يكون هذا الشخص صبيا غير مميز² أو أن يكون راشدا لكنه مصاب بجنون أو عته و ذلك بعد تسجيل قرار الحجز عليه³
- حالة إبرام عقد ينعدم فيه المحل , أي أن يكون محله عقار غير موجود أصلا أو أن يكون سبب إبرام البيع العقاري غير مشروع و مخالف لنظام العام أو الأدب العامة إذا تخلف ركن الشكلية في البيع العقاري , كأن يحرر العقد في شكل عرفي دون حضور الموثق و لا معرفته.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري , الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت 2008, ص 486

² المادة 42 من الأمر 75 - 58, مرجع سابق .

³ المادة 107 من قانون رقم 84-11 , مرجع سابق .

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

الفرع الثاني : شروط صحة الإجازة لتصرف الصبي المميز :

لم يلتفت فقهاء الشريعة الإسلامية لدراسة شروط صحة إجازة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع و الضرر بل إنهم صبوا اهتمامهم على شروط صحة الإجازة , و هذا من شأنه أن يضع على كاهلنا عبئ استنتاج هذه الشروط . و نرى بعد طول تمعن أن شروط صحة الإجازة لتصرف الصبي يمكن إجمالها في الآتي :شروط خاصة بالإجازة الصادرة من الولي و شروط خاصة بالإجازة الصادرة من الصبي .

1 شروط صحة الإجازة الصادرة من الولي يمكن تلخيص هذه الشروط في ثلاث و هي :

➤ أن يكون تصرف الصبي المميز دائر بين النفع و الضرر : فإذا كان التصرف الذي أجراه الصبي مما يدخل تحت التصرفات الضارة به ضررا محضا , و ذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أ و صدقة أو كفالة دين على غيره لما فيه من التبرع بالتزام أداء دين على , فإنه لا يجوز للولي إجازته فإن أجازته كانت إجازته غير صحيحة , ذلك أن الإجازة من الولي لا تصح إلا إذا كان هو نفسه يملك إنشاء هذا التصرف و إنقاذه ابتداء , و الحال هنا أن الممثل الشرعي للصبي ليس له إبرام هذا النوع من التصرفات التي يرتب عليها إخراج شيء من مال الصغير بدون مقابل . إذا باشره بنفسه ابتداء فإذا لم يملك الممثل الشرعي ذلك ابتداء . فأولى أن لا تصح منه الإجازة إنهاء إذ للولاية مشروطة دائما بالمصلحة , و ليس من المصلحة إخراج الشيء من مال الصغير بدون مقابل , فلا يمكن إجازة مثل هذا التصرف إذا صدر من الصبي , ذلك أن العقد يقع باطلا من أول الأمر .

➤ ألا يكون الولي قد رد التصرف قبل بلوغ الصبي : قلنا إن الولي مخير بين إجازة أو رفض تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع و الضرر فإذا سبق للولي أن رد هذا التصرف , قبل بلوغ الصبي رشده , اعتبر التصرف باطلا بهذا الرد , و الرد لا تلحقه الإجازة فإن هو أجازته بعد ذلك وقعت الإجازة غير صحيحة , ذلك أنه لن يعود بإمكان الولي الرجوع عن رد التصرف إلى الإجازة و هذا لاعتبارين :

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

• إن الولي كان له بادئ ذي بدئ، أن يجيز التصرف أو يرده إذا كان مصير العقد بيده، غير أنه لا يمكنه التعسف في هذا الحق، أي حق الإجازة أو الرد وذلك بأن يبدي رغبته في رد التصرف حيناً و يدلي برغبته في الإجازة حيناً آخر .

• أن تصدر الإجازة من الولي قبل بلوغ الصبي : يشترط لصحة الإجازة الصادرة من الولي أن تقع قبل بلوغ الصبي، ذلك أن الإجازة بعد بلوغ هذا الأخير لن تعود حقاً للولي الذي تنتهي ولايته، بل تغدو حقاً للصبي. فإذا صدر من الصبي المميز قبل بلوغه، تصرف¹ دائر بين النفع و الضرر دون إذن سابق من وليه كان تصرفه موقوفاً على إجازة هذا الأخير، فإن ظفر بها و الصبي لم يبلغ بعد نفذ بأثر رجعي من حين صدوره .

2 شروط صحة الإجازة الصادرة من الصبي : وتتمثل في :

• أن تصدر الإجازة من الصبي بعد بلوغه : إن تصرف الصبي المميز الموقوف على الإجازة، إذا بقي معلقاً لم يثبت فيه ممثله الشرعي بقبول أو برفض حتى بلغ الصبي و اكتملت أهليته، انتقل إليه حق إجازته لأن بلوغه يستقل تصرفاته، قل أن يجيزها و أن يرفضها .

• أن يكون التصرف المراد إجازته مما يدور بين النفع و الضرر : فإذا كان التصرف مما يحمل أحد معاني الضرر المختلفة، فإن الصبي لا يملك حق مباشرته لأن ه يضربه و لان عبارته إنما تصاغ فيما فيه مصلحة له، فإذا قام بشيء من ذلك، لا يصح ولا ينفذ لما فيه من ضرر محض و دون أن يجلب له أية منفعة، بل يقع باطلاً و لا ينفذ لا بإجازته و لا بإجازة وليه قبل بلوغ ه، لأن ما صدر منه باطلاً لا ينقلب صحيحاً بإجازته بنفسه أو بإجازة ممثله الشرعي، و هذا محل إتفاق بين جميع الفقهاء.²

• ألا يكون الولي قد رد التصرف قبل بلوغ الصبي : قلنا إن الصبي المميز، بعد بلوغه سن الرشد، أن يجيز التصرف الموقوف الذي أتاه حال صغره لأنه متى بلغ استقل

¹ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالقانون المدني"، دار النشر و التوزيع القاهرة، 1962، ص111

² جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص122

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

في تصرفاته , فله أن يجيزها أو يرفضها غير أن انتقال حق الإجازة حق الإجازة إليه مشروط بألا يكون وليه قد رد هذا التصرف و لما يبلغ الصبي سن الرشد , فإن سبق للولي أن فصل ذلك فإن الصبي بعد بلوغه لا يملك إجازته , لأن التصرف يكون قد صار في حكم الباطل بذلك الرد , وإذا بطل فلا يقبل الإجازة بعد ذلك , بل إن الولي نفسه , لا يملك قبل بلوغ الصغير رشده أن يرجع عن رده للتصرف إلى الإجازة .

المبحث الثاني : آثار الإجازة على البيع العقاري

إذا صدرت الإجازة من صاحبها مستوفية شروط صحتها بدأت في ترتيب آثارها . فالإجازة تجعل ا عقد البيع العقاري القابل من الإبطال محصن من الإبطال , لا يرقى إليه حق التمسك بالإبطال إذا أن هذا الحق يكون قد سقط وبذلك يتأيد العقد و يستمر في إنتاج آثاره فنجدها تؤثر على العقد المجاز (المطلب الأول) , كما تؤثر بصفة مباشرة على أطراف العقد (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: آثار الإجازة بالنسبة إلى عقد البيع المجاز

إن الإجازة فور انعقادها تنتج آثارها مباشرة خاصة فيما يتعلق بالعقد المجاز , فهي تؤثر على موضوعه فقد يكون حصر إجازته في أحد العيوب المشوبة بها تصرفه أو في بعض شروطه دون غيرها , و إذا كانت الإجازة تسقط حق صاحبها في التمسك بالإبطال و هذا بوضع حدود تتعلق بعيوب التصرف (الفرع الأول) و بالإضافة إلى هذا جواز الإجازة الجزئية و تعليقها على شرط و هذا في حدود متعلقة بشروط التصرف (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الحدود المتعلقة بعيوب التصرف

لا تتناول الإجازة إلا العيوب التي كانت تعرف من قبل المجيز أثناء صدور الإجازة غير أنه إذا كان التصرف له عيبا آخر يستلزم الإبطال فليس ثمة ما يمنع البائع , في طلب الإبطال لو فرضنا أنه كان يعلم بها جميعها من قصر إجازته على أحد تلك العيوب فقط ذلك أن الإجازة لا تتناول إلا

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

العيب المقصود , فإنه كان هناك عيبا آخر , بقي حق الطعن في التصرف مفتوحا من أجلها , و من ثمة فإن قام ناقص الأهلية بعقد و كان لم يتم بكافة إجراءات البيع الصحيحة و أجاز العقد , حينما يبلغ سن الرشد له حق طلب الإبطال هذا ما يتعلق بنقص الأهلية , أي أن الإجازة لا تثبت العقد إلا بالنسبة إلى الفعل الذي قام به ¹.

الفرع الثاني : الحدود المتعلقة بشروط التصرف

تفرض دراسة الحدود المتعلقة بشروط التصرف التعرض إلى مدى جواز الإجازة الجزئية و مدى جواز الإجازة الجزئية و مدى جواز تعليق الإجازة على شرط.

1- مدى جواز الإجازة الجزئية :

قضت بعض من أحكام القضاء الفرنسي بجواز حصر مدى الإجازة في بعض شروط العقد المعيب بحيث يستطيع المجيز أن يفصل في شروط العقد بين تلك التي ينزل عن التمسك بالإبطال بسببها و التي يتمسك بالإبطال من أجلها. و مثال ذلك حالة شراء ناقص الأهلية عقار مع أشخاص آخرين , فنزل ورثته بعد وفاته عن إبطال حق مورثهم في اكتساب ملكية العقار بناء على عقد البيع مع تمسكهم بحقهم في إبطال الالتزام التضامني بدفع الثمن الوارد ضمن شروط العقد و بذلك فإن هذا القضاء القديم الذي يسانده جانب من الفقه . لا يمانع في الحصول الإجازة الجزئية لشروط العقد غير أننا , إذا أمعنا النظر في الرأي السابق , وجدناه له جانب من الصواب ذلك أن الاعتراف بجواز الإجازة الجزئية , يؤدي إلى تغيير محتوى العقد و تبريرنا لما نقول يستند إلى ثلاث دعائم :

➤ إنه ليسوغ للصاحب الحق في الإبطال أن يغير محتوى الاتفاق بمفرده ذلك أن العقد شريعة

المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بالاتفاق الطرفين إعمالا لما يقضي به نص المادة

106 من التقنين المدني.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري , مرجع سابق , ص 519

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمن, البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية "دراسة فقهية و قضائية , دار المعارف , الإسكندرية, 2002, ص 45.

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالاتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون ."

➤ الإجازة و هي تعبير إرادي من جانب واحد عن النزول عن الحق في التمسك بالإبطال , تعجز عن تغيير مضمون العقد , لأن ذلك قد يحدث ضرر يلحق مصالح الغير نتيجة تجزئة وحدة العقد , إذا أن القول بالإجازة الجزئية لشروط العقد يتنافى مع مبدأ عدم جواز تجزئة آثار التصرف إلا انفرادي إذا من شأنه الإخلال بالتوازن العقدي الذي روعي عند إبرام العقد.

➤ لقد قلنا إن أثر الإجازة هو إخراج حق التمسك بالإبطال من ذمة المجيز فإذا نحن سايرنا منطق من يرى الأخذ بالإجازة الجزئية فإن هذا الأثر لا يمكن تحقيقه إذا بقي للمجيز الحق في التمسك بالإبطال بالنسبة إلى بعض شروط العقود الأخرى.

2 - مدى جواز تعليق الإجازة على تحقق شرط معين :

يرى جانب كبير من الفقهاء أن لا شيء يحول دون أن تكون الإجازة معلقة على تحقق شرط معين بحيث يجب في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة في القانون و بإعمال هذه القواعد لا يتصور أن ترتب الإجازة أي أثر قبل تحقق هذا الشرط فالعقد يبقى قابلاً للإبطال . كما كان ولن يتأيد إلا ابتداء من وقت تحقق هذا الشرط, فتبدأ الإجازة في إنتاج آثارها, و ذلك كما لو علق المتعاقد إجازته للعقد الذي أبرمه . وهو ناقص الأهلية على شرط أن يكون رصيد حسابه من هذه العملية لصالحه.

و قد أكد القضاء الفرنسي هذا الرأي فصرح في أحكام عديدة بأن إجازة الالتزام الذي يخول القانون شخصاً الحق في طلب إبطاله, يمكن أن تكون معلقة على شرط معين.¹

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان , مرجع نفسه , ص 46

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

المطلب الثاني: أثر الإجازة بالنسبة إلى أطراف العقد

يترتب على الإجازة تثبيت العقد ,و ذلك عن طريق خروج حق طلب إبطاله في ذمة المجيز غير أنه يمكن تصور حالة لا يكون فيها هذا الحق قصورا على المجيز وحده ,بل يكون مخولا في الوقت ذاته إلى أشخاص آخرين , هذا ما يتطلب لنا دراسة مسألتين قصر أثر الإجازة على المجيز (الفرع الأول),و عدم نفاذ الإجازة في مواجهة الأشخاص الآخرين الذين خولهم القانون حقا في طلب الإبطال(الفرع الثاني).

الفرع الأول : قصر أثر الإجازة على المجيز

ما دمنا بصدد بحث مسألة قصر أثر الإجازة على المجيز ,نرى ضرورة استعراض فكرتين هامتين و وثيقتي الصلة بهذه المسألة و هما مدى حق الدائن العادي بالنسبة إلى الإجازة الصادرة من مدينه ,و كفالة دين ناشئ عن عقد قابل للإبطال .

● مدى حق الدائن العادي بالنسبة إلى الإجازة الصادرة من مدينه :لا يعتبر الدائن العادي

بالنسبة إلى الإجازة الصادرة من مدينه ,و ذلك على غرار غيرها من تصرفاتها

القانونية الأخرى فهي تسري في مواجهته ,فينفذ التصرف المجاز ابتداء من تاريخ

إبرامه و ذلك لأن الدائن العادي لا يثبت له إلا الحق الشخصي في ذمة المدين , إذ هو

قد اكتفى في سبيل ضمان استفاء حقه , بالضمان العام لمدينه و بالتالي فإن الدفع التي

يتمسك بها في مواجهة المدين تسري في مواجهة الدائن أيضا ¹

¹ جعفر محمد سعيد,مرجع سابق ,ص205

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

• كفالة دين ناشئ عن عقد قابل للإبطال

هي مسألة أثير حولها بعض الجدل الفقهي تتمثل في وجود كفيل ملزم إلى جانب المدين المجيز فإذا افترضنا أن الالتزام المضمون كان قابل للإبطال وأجازه المدين .و نرى عرض هذه المسألة أولا على ضوء التقنين المدني الفرنسي ,ثم في التقنين المدني الجزائري .

أولا : في التقنين المدني الفرنسي انقسم الفقهاء الفرنسيون في هذا الصدد إلى قسمين و هما:

➤ **القسم الأول :** و على رأسه الأستاذ " **trifonescie pellet** " يرى أنه بما المادة "2036"

من التقنين المدني الفرنسي تخول للكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفعات المتعلقة بالدين و التي كان للمدين أن يتمسك بها ,فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يحرم الكفيل من هذا الحق بعدوله عن التمسك بإبطال الدين .فالكفيل وفقا لهذا الرأي يستطيع أن يتحلل من التزامه إذا أجاز المدين الأصلي التزامه إذا أجاز المدين الأصلي التزامه القابل للإبطال .

➤ **القسم الثاني:** فيرى أن الإجازة للمدين المكفول تسقط حق الكفيل في التمسك بالإبطال .لذا فهو يبقى ملتزما بكافة الدين إذا أجازه المدين الأصلي , أي أنه لا يعد غير بالنسبة إلى إجازة المدين المكفول.

ثانيا : في القانون المدني الجزائري

➤ إذا كان العقد قابل للإبطال لسبب آخر غير نقص الأهلية وجوب تطبيق القواعد العامة

¹ في القانون التي تقضي بأن للكفيل في هذه الحالة و التزامه تابع للالتزام الأصلي

المكفول ,أن يتمسك بهذا الدفع ,فإذا رجع عليه الدائن تمسك في مواجهته بأن إلتزامه

قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي

➤ إذا كان العقد قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية للمدين فيجيز التمييز بين ثلاث

فروض .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري , مرجع سابق , ص 44

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

الفرض الأول : عدم علم الكفيل بنقص الأهلية المدين المكفول ففي هذه الحالة يكون التزام المدين قابلاً للإبطال بسبب نقص أهليته و يتبع ذلك أن التزام الكفيل يكون أيضاً قابلاً للإبطال لأنه التزام تابع للالتزام الأصلي و يترتب على ذلك ثلاث نتائج و هي :

❖ إذا طلب المدين إبطال التزامه و حكم له بالبطلان سقط التزام الكفيل بالتبعية و اعتبر كأن لم يكن .

❖ للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للإبطال و بذلك ينقضي التزام الكفيل و تبرأ ذمته و ذلك لا يؤدي إلى إبطال التزام المدين إذ لا يحكم بالإبطال إلا إذا تمسك به صاحب الحق فيه . كما أن انقضاء الالتزام التابع لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام المتبوع و هذا ما يتجلى واضحاً خاصة في حالة بطلان عقد الكفالة لسبب من الأسباب الخاصة بهذا العقد , فإذا حكم ببطلان عقد الكفالة , فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول¹

❖ إذا أجاز المدين الأصلي التزامه , فإن الكفيل يكون مخيراً بين أمرين:

الأمر الأول : التمسك بإبطال التزام المدين ففي هذه الحالة يظل للكفيل الحق في التمسك بإبطال الإلتزام المكفول , فتتنقضي الكفالة تبعاً لذلك , و هذا نظراً لأن الدفع إنما يمثل حقاً مستقلاً للكفيل يباشره باسمه هو و ليس باسم المدين .

الأمر الثاني : التمسك بإبطال عقد الكفالة إذا أجاز المدين الأصلي الإلتزام المكفول , كان للكفيل أن يطلب إبطال عقد الكفالة , ذلك أنه حين تقدم للكفالة , لم يكن يعلم بنقص أهلية المدين , بل اعتقد أنه كامل الأهلية و بذلك يكون الكفيل قد وقع في غلط في سن المدين و هو غلط في صفحة جوهرية يجيز له طلب إبطال عقد الكفالة إذا توفرت شروط الإبطال للغلط و له أن يثبت أنه ما كان ليبرم عقد الكفالة لو أنه كان يعلم بسن المدين الحقيقية²

¹ سعد نبيل إبراهيم , النظرية العامة للالتزام , الجزء الأول , دار الثقافة للنشر و التوزيع , الأردن , 2001 , ص 284

² سعدي محمد صبري , التأمينات الشخصية و العينية , القسم الأول , دار النشر و التوزيع , الجزائر , 1991 , ص 41

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

الفرض الثاني: علم الكفيل بنقص أهلية المدين المكفول إن الكفيل هنا يعلم بنقص أهلية المدين المكفول , و لكنه مع ذلك تقدم لكفالاته قاصدا ضمان الوفاء بدينه و مقتضى هذا الفرض مايلي:

● إذا تمسك المدين بنقص الأهلية فطلب إبطال العقد لهذا السبب , و حكم له بالبطلان , برئت ذمته و برئت ذمة الكفيل بإبطال الالتزام المكفول لأن التزامه تابع للالتزام المدين المكفول وجودا و عدما .

● إذا أجاز المدين العقد بأن تنازل عن حقه في التمسك بالإبطال بسبب نقص أهليته فإن الكفيل لا يستطيع حينئذ أن يحتج بهذا الوجه , ذلك أنه كان يعلم وقت الكفالة بأن المدين ناقص الأهلية , أي أن الكفيل يعتبر قد نزل عن الدفع بالتمسك بنقص الأهلية

الفرض الثالث: أن يكون سبب الكفالة هو نقص أهلية المدين المكفول فيفترض في هذه الحالة أن كلا من الكفيل و المدين الأصلي و الدائن عالم بنقص الأهلية و أن العقد الذي أبرمه المدين قابلا للإبطال , و بالتالي يجوز لهذا الأخير أن يطلب إبطاله , أي أن الكفالة لم تنعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين .

الفرع الثاني: عدم نفاذ الإجازة في مواجهة الأشخاص الآخرين الذين خولهم القانون حقا في طلب الإبطال

إذا كانت دعوى الإبطال مقررة لمصلحة عدة أشخاص , فإن الإجازة الصادرة من أحدهم باعتبارها عدولا من جانبه عن حقه في طلب الإبطال , لا يكون لها أثر في مواجهة الآخرين بل إن حقهم في التمسك بإبطال العقد يظل قائما , بينما يسقط حق المجيز في المطالبة بالإبطال , و يمكن تصور تعدد العاقدین المقرر لهم حق الإبطال في حالتين هما :

✓ حالة تقرير حق التمسك بالإبطال لطرفي العقد فإذا كان حق التمسك بإبطال العقد مخولا لطرفي العقد معا , بأن كان أحدهما مثلا ناقص الأهلية و كانت إرادة الثاني معيبة بأحد عيوب الإرادة , فإنه إذا أجاز الأول العقد زال حقه في التمسك بالإبطال

الفصل الأول : حماية البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

أما الحق الثاني في المطالبة بالإبطال فيبقى قائماً إذ لا تمس إجازة صاحبه حقه
هو أن أثر الإجازة نسبي لا يتعدى المجيز .

✓ حالة ثبوت حق التمسك بالإبطال لأشخاص متعددين في أحد طرفي العقد
تسري الإجازة على من صدرت منه فقط دون أن تتعداه إلى غيره من المتعاقدين
الآخرين , و يترتب على تمسك أحد هؤلاء المتعاقدين بطلب إبطال عقد البيع أن العقد
يبطل جزئياً بالنسبة إلى الجزء الذي يخصه¹

¹ جعفر محمد سعيد , مرجع سابق, ص213

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

يرتب القانون على العقد الباطل باعتباره واقعة مادية بعض الآثار لا باعتباره عقداً و لكن باعتباره واقعة مادية, و نربط ذلك في بيع العقار إذا لم يتم بكل الإجراءات من توثيق و تسجيل و شهر, فإنه لا ينتج آثاره العرضية. و مثال حي على ذلك بيع الشخص قطعة أرضية في مدينة بومرداس, و لم يتم الشخص بعملية التوثيق أو الشكالية التي تعتبر ركن من أركان العقد في بيع العقار. و من أهم الآثار العرضية للعقد الباطل نظريتان الإنقاص (المبحث الأول) و التحول (المبحث الثاني).

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

المبحث الأول: الإنقاص كآلية لحماية عقد البيع العقاري من الإبطال

تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابل للإبطال, فهذا الشق وحده هو الذي يبطل, إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا, أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله".

تطبيقا لهذه المادة فإنه لحماية أي عقد من الإبطال أو البطلان يمكن الاعتماد على آلية الإنقاص التي تعتبر وسيلة يحمى بها عقد البيع العقاري من الإبطال, يلجأ إليه عندما يكون شق منه باطلا أو تخلف شرط من شروطه, أو بطلان عقده الأصلي تماما في جزئه فقط مع تمسك الشخص الذي له مصلحة بالإبطال بهذا الشق (المطلب الأول) ولانعقاد هذه الآلية ولاعتماد عليها لإنقاذ هذا البيع العقاري يستلزم توفر شروط فيها (المطلب الثاني) حتى يرتب آثارها و ينقذ العقد من الإبطال (المطلب الثالث).

المطلب الأول : المقصود بالإنقاص

يعد الإنقاص من الوسائل التي يلجأ إليها المتعاقدين لغرض الحماية من خطر الإبطال و يظهر الإنقاص في البيع العقاري إما في إبطال شق أو سقوط شرط من شروط تمام عقد البيع الصحيح, شرط أن يبرز ذلك الإبطال و لا يكون ذلك الشق أو الشرط الباعث للتعاقد فبمجرد سقوط ذلك الأخير يمتنع المتعاقدين من تمام العقد (الفرع الأول) و نبين طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

الفرع الأول: تعريف إنقاص عقد البيع

يختلف تعريف الإنقاص عند القانونيين عنه في الفقه الإسلامي, و عليه سندرس تعريف الإنقاص عند القانونيين (أولا) كما سنتناوله في الفقه الإسلامي (ثانيا).

أولا: إنقاص العقد عند القانونيين

يعرف إنقاص العقد من طرف الأستاذ "fumston" على أنه استبعاد الالتزام المعيب فيه أو استبعاد العناصر المعيبة بهذا الالتزام و استبقاء العناصر الصحيحة أو الأجزاء الأخرى الصحيحة من الالتزام الذي يشكل أساس العقد, و يستخدم الإنقاص هنا بالنسبة للعقد الباطل في معنيين و لتحقيق غرضين أولهما أنه يستبعد الالتزام المعيب من العقد و الاحتفاظ بالجزء الآخر نافذا صحيحا, والثاني يستخدم لاستبعاد الجزء المعيب من العقد و لكن ليس كليا كما في الحالة الأولى إلى أن هذا الرأي انتقده صاحب عبيد الفتلاوي يرى أنه قد أخطأ بين تحول العقد و إنقاصه¹

هناك من يرى بأن إنقاص العقد ماهو إلا الحالة التي يسمح بها عندما يكون أمام عقد مركب أو مجموع العقود المنفصلة²

يرى البعض الآخر أن الإنقاص ما هو "إلا صورة خاصة يترتب فيها العقد بعض الآثار الأصلية دون البعض الآخر بالرغم من بطلانه لأننا بصدد عقد باطلا في جزئه فقط و ليس باطلا في جميع أجزائه, إذا يوجد شق منه باطلا و الشق الآخر صحيحا عندئذ" يبطل الباطل و يبقى الآخر سليما و هو بذلك يترتب آثار أصلية و ليست عرضية³

¹ الفتلاوي صاحب عبيد, تحول العقد دراسة مقارنة, مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان, 1988, ص101
² منصور محمد حسنين, مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة, دار الجامعية للطباعة و النشر, مصر, 2006 ص

261

³ منصور أمجد محمد, نظرية العامة للالتزامات, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن, 2007, ص145.

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

وعليه إذ ذهب معظم فقهاء القانون إلى أن المقصود بفكرة إنقاص العقد هو تجزئته و بإبقاء الجزء الصحيح منه, مع صرف النظر عن الجزء الآخر الباطل, إذا لم تكن له أهمية في العقد, بحيث يمكن ترتيب آثار على بعضها دون البعض الآخر, كما يعتبرونه تخليص العقد الباطل من الجزء المعيب و الإبقاء على الصحيح منه, فيفترض بقاء نفس العقد مع القضاء على الجزء المعيب أو الباطل فيتخلص من الداء الكامن في العقد ليصبح التصرف بعد ذلك صحيحاً¹

بتعبير آخر فهو البطلان في الشق المعيب من التصرف فقط, و عدم مده إلي الشق الآخر الصحيح بهدف إنقاذ التصرف من مصير البطلان الكلي² ولكن بشرط أن لا يكون الجزء الباطل جوهري في العقد, وما كان العقد ليتم من دونه.

¹ عبد الحكم فودة , البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة , طبعة ثانية , دار الفكر و القانون , مصر , 1999ص63

² بوكماش محمد , سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي , رسالة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم الإسلامية , شريعة و القانون , جامعة باتنة, 2011 2012 , ص 86

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

ثانياً: إنقاص العقد في الفقه الإسلامي

عرف فقهاء المسلمين فكرة إنقاص العقد إلا أنهم اختلفوا بشأنها مع فقهاء القانون و مع فقهاء العصر الحديث بين مجيز لها و مانع لها.

فعند المذهب المالكي إذا كانت الصفقة واحدة أي غير مجزئة و تضمنت حلالا و حرام , فالصفقة كلها باطلة , لكن إذا كان المتعاقدين جاهلين للحرام فيها و لتغليب الحرام على الحلال عند الاجتماع أو الجهالة الثمن أما إذا كان العقد في شق صحيح و في الآخر موقوف صح في الملك و لزم ووقف في غير مملوك¹

أما المذهب الحنفي, فالعقد الباطل لديهم لا ينتقص بل يبطل في شقيه لأن الصفقة متحدة و لا يمكن الحكمة عليها بالصحة و الفساد في وقت واحد.

أما صحبا أبي حنيفة فقد أعملا إنقاص العقد و لكن إذا عين ابتداء كل شق حصته أي وجود صفتين منه البداية.

أما بالنسبة للمذهب الشافعي فهم انقسموا بين ثلاث آراء :

- **الرأي الأول :** جواز الإنقاص ببقاء الخيار للمشتري في إبقاء العقد بالشق الصحيح أم لا , فإن أبقاه دفع كل الثمن و في قول آخر دفع جزء بما يتناسب مع ما بقي من العقد.
- **أما الرأي الثاني :** فهو عدم جواز الإنقاص إطلاقا لأنه جمع حلالا حراما فغلب التحريم.

¹ الجبوري ياسين محمد , الوجيز في شرح القانون المدني , "مصادر الحق الشخصية , الجزء الأول , , دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان, 2002, ص100

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

- أما الرأي الثالث : يذهب إلى جواز الإنقاص إذا أمكن القسمة و بيان العوض¹ فإذا كان مجهول الثمن حينها يبطل العقد بأكمله .

أما المذهب الحنبلي فيجيز انتقاص العقد لكن إذا لم يكن من الثمن جهالة أي إذا أمكن تقسيم الثمن على أجزاء العقد فيبقى الصحيح بما يقابله من الثمن و يبطل الباطل بما يقابله كذلك من الثمن و إذا كان المشتري عالما ببطلان الشق الفاسد فلا خيار له .

تبين مما سبق أنه في الفقه الإسلامي يوجد من يجيز إنقاص العقد كما يوجد من يمانع هذه الفكرة أصلا , إضافة إلى أن الفقه الإسلامي تناول إنقاص العقد و فقا للمعيار الموضوعي الذي قوامه بيان العوض لكل شق أو شطر في العقد أو الصفقة و لم يعر لإرادة المتعاقدين أية أهمية أي لم يأخذ بالمعيار الذاتي.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإنقاص

يرى العديد من القانونيين أن إنقاص العقد لا يتم إلا بإرادة المتعاقدين , لأن أحكام الإنقاص ليست مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين , يعتمد المعيار الذاتي على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و القاضي عندما يحكم بالبطلان الجزئي عليه مراعاة الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و قد أخذ التشريع الجزائري بالمعيار الذاتي من خلال نص المادة " 104 " من القانون المدني الجزائري التي تنص على " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد بأكمله"² لكن تظل فكرة الإنقاص تقوم أساسا على المعيار الذاتي الذي يجسد الفلسفة الفردية فلا يكون الإنقاص إلا باحترام إرادة المتعاقدين , لإنقاذ ما يمكن إنقاذه من هذه الإرادة , بأن لا تتجه إلى مخالفتها لكن إذا كان الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد , فإن

¹ نجيدة علي , النظرية العامة للالتزامات الكتاب الأول , دار النهضة العربية , القاهرة , 2004, ص12

² فودة عبد الحكم , مرجع سابق , ص 640

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

العقد يبطل بأكمله و في جميع أجزائه و يكون ذلك إذا ثبت أن الإرادة ما كانت لتتصرف إلا العقد بغير الجزء الذي وقع باطلا¹

المطلب الثاني : شروط الإنقاص

حتى يتم الاعتماد على نظرية الإنقاص لإنقاذ البيع العقاري من الإبطال يشترط مجموعة من الشروط ترتبط أساسا بالبيع العقاري في حد ذاته تتمثل في أن يكون هذا البيع باطلا أو قابل للإبطال في شقه أو جزئه فقط دون الأجزاء الأخرى (الفرع الأول) و أن يكون هذا العقد قابل للتجزئة بشكل يسمح بفصل الشق الباطل عنه (الفرع الثاني) شريطة أن لا يكون هذا الشق جوهرى في هذا العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أن يمس البطلان جزء من العقد

يشترط لإنقاص العقد أن يكون العقد باطلا في جزء من أجزائه فقط , حيث إذا كان العقد باطلا في كامل أجزائه أو صحيحا بأكمله فلا يمكننا تطبيق هذه النظرية , لأنه يكون في الحالة الأولى باطلا كليا و بالتالي لا مجال لإنقاذه في الحالة الثانية صحيحا معناه لا يحتاج إلى الإنقاذ , بذلك يعتبر بطلان الشق شرط أساسي لإعمال نظرية إنقاص العقد , و عليه لا يعتد بالإنقاص إلا إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو جزء من أجزائه , و يحدث هذا الوضع إذا تضمن العقد شرط أو شق مخالف للقانون أو بعض الشروط المخالفة للقانون , كالشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان في عقود البيع على التصاميم النازلة الشقق و المحالات السكنية و المهنية بصفة عامة. وفقا لما قضت به المادة "556" من القانون المدني الجزائري² , التي تنص على أنه " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه " و عليه في هذه الحالة يبطل فقط هذا الشرط دون أن يبطل العقد ككل . أو الشرط الذي يقضي و يسقط أو ينقص

¹ الفتاوى صاحب عبيد, مرجع سابق , ص103

المادة 104 من أمر 58-75 , مرجع سابق .

² أنظر المادة 556 من الأمر 58-75 , المرجع السابق

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

من الضمان عندما يعتمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشا منهم و ذلك طبقا للمادة " **384** من القانون المدني التي تنص على مايلي " غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد إخفاء العيب من المبيع غشا منه "¹

الفرع الثاني: قابلية العقد للإنقسام :

تقضي عملية إنقاص العقد أن يكون العقد قابلا للتجزئة أو الانقسام فإذا كان العقد كلا لا يتجزأ فإنه يترتب على بطلان أو إبطال شق من العقد بأكمله , ذلك أن الهدف من الإنقاص تطهير العقد من شائبة البطلان إذا أمكن ذلك أما إذا تبين إن العقد وحدة لا تتجزأ بالنسبة لطرفين عندئذ يبطل العقد كله و يكون محل لتحول و ليس للإنقاص

فمبدأ البطلان الجزئي لا يمكن تطبيقه إلا إذا كان العقد قابلا للتجزئة أو قابلا للانقسام إلى أجزاء مستقلة موضوعية , إضافة إلى ذلك قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام بمقتضى القانون مثلما قضى به المشرع الجزائري في المادة 466 من القانون المدني الجزائري المتعلقة ببطلان الصلح على أنه " فإذا شاب جزء من عقد الصلح سبب من أسباب البطلان المطلق لعدم مشروعية المحل أو أي سبب من أسباب البطلان النسبي كعيب من عيوب الإرادة"²

¹ أنور طلبه , مرجع سابق , ص 231

² أنضر المادتين 384 و 466 من الأمر 58-75 , مرجع سابق

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

فعندئذ وفقا للفقرة الأولى من المادة السابقة التي تنص على تقضي أن الصلح لا تتجزأ فإن بطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله، فيكون العقد باطلا بجميع أجزائه و نكون أمام تطبيق مبدأ عدم تجزئة و الحكم بالبطلان الكلي للصلح و عندئذ لا يمكن تقسيم الصلح و لا يمكن إعمال نظرية إنقاص العقد , و لكن ورد استثناء على هذا الحكم بحيث لا يسري إلا إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقنا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض أي تعدد الصفة فهنا يمكن إعمال هذه النظرية فأجزاء العقد مستقلة و يمكن تجزئتها¹

الفرع الثالث: الشق الباطل غير جوهري

الغاية من نظرية إنقاص العقد هو إنقاذ العقد بما يتماشى مع إرادة المتعاقدين بمعنى لو تبين أن إرادة الطرفين ما كانت نتصرف إلى إبرام العقد بغير الجزء الذي وقع باطلا² هنا لا يجوز إنقاص العقد لأنه يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية بل يبطل العقد بل يكفي أن يثبت أحدهما أنه ما كان ليبرم العقد بغير الشق المعيب , على أن يكون المتعاقد الآخر مدركا لذلك حماية للثقة المشروعية في المعاملات و يقع عبر الإثبات هنا على من يدع لبطلان العقد أي على المدعي عليه الذي يرد على طلب المدعي بطلب الإنقاص , جل هذه النصوص تقضي بالبطلان الجزئي في الحالات التي ينعدم فيها الارتباط في ذهن المتصرف بين الجزء المخالف للقانون الذي لا يخالفه .

¹ بلحاج لعربي , النظرية العامة للالتزام للقانون المدني الجزائري , الجزء الأول , الطبعة الرابعة , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 2005 , ص 190.

² لمطاعي نور الدين , الشرط المقترن بالعقد , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , معهد الحقوق و العلوم القانونية , جامعة الجزائر , 1996 , ص 292

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

المطلب الثالث : آثار إنقاص العقد

إذا كانت النتيجة الطبيعية للبطلان هي عدم نفاذ التصرفات القانونية, لذلك سعت جل التشريعات للبحث على ما يضمن الاستمرار و الاستقرار لهه التصرفات القانونية , فأخذوا بنظرية إنقاص العقد التي تقتضي بطلان جزء أو شق من العقد و استمرار هذا العقد بالشق الذي بقي صحيحا. و نظرا لما تقتضي به هذه النظرية فإن لآثارها أهمية أكبر من ذلك و عليه فإن لإعمال إنقاص العقد أثرين مهمين خاصة في ظل النظم الحالية و هما إبطال الشق من العقد الباطل فقط (الفرع الأول), تنفيذ باقي العقد في أجزائه الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول : إبطال الشق الباطل فقط

ذكرنا سابقا أن الإنقاص يرد على عقد باطلا إما بطلانا مطلق أو بطلان نسبي إذ يعتبر شرطا أساسيا لإنقاص العقد , فإذا فرضنا أن الهبة اقترنت بشرط غير مشروع أو أن بيعا ورد على عدة عقارات ووقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري بشأن أحدهما ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان إلا الشق الباطل . فيبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا أما فيما يتعلق بالبيع فيبطل نسبيا¹ بحيث يبطل البيع بشأن العقار الذي ورد الغلط بشأنه فيما يبقى العقد بشأن العقارات الأخرى صحيحا .

و مما لا شك فيه أن منطق البطلان يقضي بانعدام الأثر بالنسبة للعقد الباطل, و يستوي في ذلك أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال و عليه فإن يتطبق نظرية الإنقاص , فإن ما قضى ببطلانه يزول و يصبح في حكم العدم و لا ينتج أية آثار قانونية².

¹ الفتلاوي عبيد, مرجع سابق , ص 284.

² الوردي العصامي, نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري , مذكرة لنيل شهادة ماجستير , فرع العقود و المسؤولية , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , 2002 ص 11.

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

بعد إعمال نظرية إنقاص العقد ينتقص الشق الباطل , و يبطل سواء كان باطلا بطلانا مطلق أو باطلا بطلان نسبي يزول هذا الشق المخالف و يصبح في حكم العدم بالنسبة للمتعاقدين كما يزول بالنسبة للغير , ولا ينقلب هذا الشق مع الزمن صحيحا , بل لا يرتب أي أثر قانوني , إذ يعتبر كأن لم يكن فهو و العدم سواء لا وجود له منذ البداية¹

الفرع الثاني: تنفيذ باقي العقد

حينما يقع الإنقاص في البيع العقاري و يبطل الشق المخالف و يصبح في حكم العدم لكن ينفذ الجزء المتبقي من العقد بكل بنوده , تطبيقا للقواعد العامة فإنه متى أبطلنا الشق الباطل فإن ما بقي من العقد الجزء الصحيح منه يكتسب مباشرة قوته الملزمة و على المتعاقدين تنفيذ جميع الالتزامات المتبقية بعد إنقاص الشق المخالف , و التنفيذ في هذه الحالة يقتصر على الأجزاء الصحيحة المتبقية من العقد²

بعد إنقاص الشق الباطل تبقى الأجزاء الصحيحة المتبقية من العقد تشكل نفس العقد , فلا يتغير نوع العقد ولا يتحول إلى عقد جديد بل يبقى العقد كما هو أي العقد الأول الأصلي , فيرتب كافة آثاره القانونية الأصلية باعتباره واقعة مادية , و كافة الآثار الجوهرية التي يولدها العقد لو كان صحيحا

يظل الشق الصحيح المتبقي من العقد بطبيعته التي كان عليها قبل الإنقاص و لا يتغير هذا ما يميز إنقاص العقد عن تحوله , ففي حالة استبعاد الشق الباطل من العقد و تغيير من طبيعته و تكييفه , في هذه الحالة يتم إعمال تحول العقد بدل الإنقاص³ بالإضافة إلى ذلك من غير ممكن أن تكون في العقد الواحد إرادتين إحداها أصلية و الأخرى افتراضية تنصرف

¹ فيلا لي علي, النظرية العامة للعقد , موجز للنشر, جزائر, 2013 , ص 11 .

² منذر فضل , الوسيط في شرح القانون المدني , دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية و الأجنبية , دار للطباعة و النشر العراق , 2006 ص 171.

³ حسنين محمد , مرجع سابق , ص 266.

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

للعقد الصحيح في حال لو تبينا لهما بطلان العقد الأصلي كما أن التفسير يحدد في العقود الصحيحة¹

و عليه نخلص إلى أن الإنقاص هو الوسيلة القانونية القائمة بذاتها و مستقلة عن غيرها من الأنظمة يملك القاضي بمقتضاها تصحيح العقد الذي شابه عيب جزئي، لذا فإن الأثر الأساسي لإنقاص العقد يتمثل في إسقاط الشق الباطل منه بقصد الإبقاء على الشق الآخر صحيحا نافذا، و عليه فإن جوهر الإنقاص و أثره يكمن في تصحيحه للعقد، بحذف الشق الباطل في بعض الحالات و التخفيض بعض الشروط في الحالات الأخرى، فإن هدفه الأساسي هو تصحيح العقد² لا تغييره.

المبحث الثاني: التحول كآلية لحماية البيع العقاري من الإبطال

يتطلب توضيح فكرة تحول العقد و استجلاء الغموض الذي يكتفيها و هذا بتعريفها (المطلب الأول) و تحديد طبيعتها القانونية. و الإشارة إلى أهم الحالات التطبيقية لها لفهم الفكرة أكثر و من ثم تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها (المطلب الثاني) خاصة و أن العديد من الأنظمة تسعى إلى تحقيق نفس الهدف الذي يحققه تحول العقد، و المتمثل في ضمان استقرار العلاقات التعاقدية و إنفاذ ما يمكن إنفاذه من العقد، و لتحقيق هذه الآلية يستوجب شروط لإبرامها (المطلب الثالث) و عند تحقق هذه الشروط يترتب آثار (المطلب الرابع)

المطلب الأول: مفهوم التحول

ليس للتحول مفهوم خاص بالبيع العقاري ولوم يخصه المشرع بأحكام خاصة بل لحماية هذا البيع من الإبطال بآلية التحول يتعين الرجوع إلى القواعد العامة لهذه الآلية و لذلك يتعين علينا طرح مسألتين مهمتين هما تعريف التحول (الفرع الأول) وتحديد طبيعته القانونية (الفرع الثاني)

¹ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، جزء الأول، شركة الطبع و النشر، بغداد، 1967، ص 484

² الشكري إيمان طارق، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، جامعة بابل، العراق، 2000، ص 15- 14.

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

الفرع الأول : تعريف التحول

❖ للتحول معنى لغوي و آخر اصطلاحي

➤ **التعريف اللغوي** :نعرف التحول في اللغة على أنه "التنقل من موضوع إلى آخر ,و من معانيه أيضا التغير و الاستبدال¹

➤ **التعريف الاصطلاحي**: لتحول العقد :فهو تصحيح العقد الباطل أو القابل للإبطال بتسميته الراهنة و تحويله إلى عقد صحيح لكن بتسمية أخرى يطلقها القاضي الناظر في النزاع ,إذا ما توفرت الشروط التي نص القانون بشأنها في هذا العقد الجديد.

➤ **التعريف الفقهي** : عرف التحول من قبل الفقيه "**oliveu cornez**" على أنه استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل .

أما الفقيه "**Philippe sumler**" فيرى أن التحول ظاهرة قانونية بفضلها ,ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توفر شروط الصحة لهذا الأخير.

فيما يرى جانب آخر من الفقهاء على أن التحول العقد هو الوسيلة التي تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب جديد مختلف , عن العقد المقصود أصلا فهو يرد على وصف العقد أو تكييفه أو طبيعته²

و يؤخذ على هذا التعريف على أنه بالرغم من محاولته لتوضيح فكرة تحول العقد ,إلا أنه خلط في الأخير بينها و بين نظرية التكيف ,بالرغم من أنهما نظريتان مستقلتان عن بعضهما البعض ,ويختلفان في عدة نقاط جوهرية ,ذلك أن تكييف العقد غالبا ما يركز على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ,يصطاح إليه القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في تفسيره لتلك الإرادة

¹ سوالم سفيان , "نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري", مجلة الدراسات و أبحاث , العدد 29 ديسمبر

2017, ص138

² عبد الحفيظ فلجعي محمد عبد ورواس, بطلان العقد في الفقه الإسلامي , دار الثقافة للنشر و التوزيع, الكويت, 2004, ص137

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

أما التحول العقد فهو يقوم على إرادة افتراضية يفترضها القاضي¹

يعرف أيضا التحول على أنه استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل ,بدون إضافة أي عناصر جديدة لكي ينعقد العقد صحيحا². و الملاحظ على هذا التعريف أنه استعمل مصطلح استبدال ,و هذا الأخير يؤدي إلى افتراض أن العقد قد يتضمن منذ البدء عقدين أحدهما باطل و الآخر صحيح .و متى تبين للطرفين أن عقدهما الأصلي وقع باطلا استعضاء بالعقد الآخر الذي تضمنه ذلك العقد الباطل ,و من أمر غير مقبول من الناحية القانونية³ على أنه بالرغم من محاولته لتوضيح العناصر الواجب توافرها في العقد الجديد إلا أنه لم يحسن التعبير عن العقد .إذا ما أمكن إبقاء العقد الصحيح ,باستبعاد هذا العنصر و عليه لا نكون أمام تحول للعقد ,كما يمكن أن يقع من خلال استبدال عنصر بعنصر آخر ,فيكون أيضا أمام تصحيح للعقد و ليس تحوله .هذا ما يجعل هذا التعريف محل النظر.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتحول

اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد ,يستند جانب في تحديدها إلى دور القضاء (أولا) بينما يكيّفه جانب آخر من بأنه أثر من آثار العقد الباطل(ثانيا)

أولا : تحول العقد تفسير أو تكييف للعقد :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه في تحديد الطبيعة القانونية لتحول العقد ,بالاستناد إلى الدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال .

انقسموا في ذلك إلى رأيين :

- الرأي الأول: يرى بأن التحول يدخل ضمن عمل القاضي في مجال تفسيره للعقد.

¹ يسري أحمد , تحول تصرف القانوني , دار النشر و التوزيع , مصر , 1958 ص 186

² أنور السلطان, مرجع سابق,ص317

³ الشيباني علي كاظم ,تحول العقد في نطاق القانون المدني ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت ,2015,ص67

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

- الرأي الثاني: بأن التحول هو من ضمن عمل القاضي في تكيف العقد¹.

➤ تحول العقد تفسيراً للعقد الباطل :

ذلك أن القاضي عندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح, إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين و القاضي في ذلك إنما يستعين بسلطة في تفسير العقود²

➤ تحول العقد أثر عرضي للعقد الباطل :

يفترض أن العقد الباطل لا يترتب أي أثر تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان لكن هذا المبدأ قد ترد عليها استثناءً, يقضي بأنه يمكن أن يترتب على العقد الباطل أثر خاص و عرضياً, باعتباره واقعة قانونية أو عملاً مادياً و الغاية الأساسية من هذا الأثر العرضي هي المحافظة على العقود المبرمة بين المتعاقدين إلى أبعد حد ممكن و هو ما يعبر عنه بسياسة إنقاذ العقود, و التي يساهم بدورها في تحقيق استقرار المعاملات العقدية. و هذا ما يتماشى مع الفكر القانوني الحديث في إطار قانون العقد الذي يعمل على المحافظة على العقد بدل زواله, لأن الأصل في العقود أن تنفذ لا أن يحكم بزوالها و هذا ما يدعم استقرار المعاملات في المجتمع و قلة المنازعات

ثانياً: تحول العقد أثر من آثار العقد الباطل:

انقسم هذا الرأي بدوره إلى اتجاهين الأول يرى بأن تحول العقد ما هو إلا أثر استثنائي للعقد الباطل في حين كفيه أصحاب الاتجاه الثاني بأنه أثر عرضي للعقد الباطل.

➤ تحول العقد أثر استثنائي للعقد الباطل : كيف البعض من الفقهاء تحول العقد بأنه أثر

استثنائي للعقد الباطل و يستندونه في ذلك إلى أنه استثناء من القاعدة العامة للبطلان³ التي تقضي برد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد باعتباره أن العقد لم يكن موجوداً

¹ سعد نبيل إبراهيم, النظرية العامة للالتزام, الجزء الأول, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن, 2001, ص259

² عبد الرزاق أحمد السنهوري, مرجع سابق, ص236

³ شبيب محمد لبيب, موجز في مصادر الالتزام " المصادر الإرادية للعقد, دار النهضة العربية, لبنان, 1980, ص236

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

أصلا يمكن أن يرتب,العقد الباطل نفس الآثار التي يترتبها العقد الصحيح,لأسباب يتعلق بالمصلحة العامة ,لحماية الغير حسن النية أو تحقيقها لمبادئ العدل و الإنصاف.

إلا أن هذا الرأي منتقدا أيضا على أساس أن الآثار الاستثنائية للعقد الباطل هي حالات أقرها المشرع صراحة حماية للأوضاع الظاهرة و الثقة المشروعة ,في المعاملات إذا كانت يقتضيه التعامل بحسن النية¹

➤ **تحول العقد تكييفاً للعقد:**ذهب البعض الآخر من الفقه في تكييفه لتحول العقد إلى اعتبار أن هذا الأخير ما هو إلا تصحيح للتكييف, الذي جاء غير صحيحا أو غير مطابق لواقع الحال.و في إطار نفس الاتجاه هناك من يعتبر بأن العقد الصحيح الذي يتحول إليه العقد الباطل ,عقد انصرفت إليه إرادة المتعاقدين و لعل الذي أدى بهؤلاء الفقهاء إلى اعتبار التحول من باب التكييف, هو الخلط الموجود ,بين النظامين خاصة عندما يعطي المتعاقدين و صفا خاطئا للعقد,مما يدفع القاضي و بموجب وظيفة المسندة إليه و التي تفرض عليه الفصل في النزاع المعروض عليه إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح,من خلال إعادة تكييفه تكييفاً ينسجم مع حقيقة العقد ,تمهيدا لتطبيق الأحكام الخاصة². تعتبر سلطة واسعة يكيف بمقتضاها العقد و يعطيه التكييف القانوني الملائم ,و لكن لا أن ينحرف بهذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقدين . على ذلك يكون تحول العقد راجعا إلى سلطة القاضي في تفسيره.و إن مسألة التحول ,ليست إلا تفسير للكشف عن الغاية العملية للتصرف³ و عليه فإن دور القاضي في التحول لا يكمن في إنشاء عقد جديد بل هو تفسير لإرادة المتعاقدين مستندا بالغرض الاقتصادي ,و لقد انتقد الرأي القائل بأن التفسير هو

¹ الوردي لعصامي ,مرجع سابق ,ص79

² التانغو سمير عبد السيد,مرجع سابق ,ص95

³ الشرقاوي جميل, نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري , مطبعة القاهرة ,مصر, 1953,ص403

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

العملية القانونية يقوم بها القاضي من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين. إن التحول يقوم على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين لأن التحول يقوم على إرادة افتراضية تصورية يتصورها القاضي, و يفترض أن إرادة المتعاقدين كانت لتنتج, حتما إلى العقد الجديد الصحيح لو أنه قد تبينا لهما منذ البدء بأن عقدهما قد نشأ باطل غير منتج لأثاره المرجوة منه هذا من جهة, و من جهة أخرى القول بأن التحول يكون على أساس التفسير يعني ذلك أن هناك إرادتين حقيقتين الأولى هي إرادة حقيقية للعقد الباطل, و الثانية هي إرادة افتراضية.

المطلب الثاني : تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة لها

بعدما تناولنا تعريف تحول العقد تعرضنا لأهم حالاته ارتأينا أن ذلك لا يكفي لتوضيح فكرة التحول, خاصة و أن هذا النظام يشتهر في كثير من الأحيان بغيره من الأنظمة التي تسعى إلى تحقيق نفس الهدف و المتمثل في التوازن العقدي بالتالي نميز التحول عن تحول العقد و تفسيره (الفرع الأول), و عن تكييف العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تحول العقد و تفسيره

يرى البعض من الفقهاء أن آلية التحول العقد الباطل هي تفسيراً لهذا العقد و بالتالي فالقاضي لا يحكم بتحول العقد إنما يفسر نية المتعاقدين. و ذلك نظر لأوجه التشابه الموجودة بينها و المتمثلة في:

❖ مسألة تحول العقد هي مسألة تفسير لهذا العقد للكشف عن الغاية العملية من لا يتصرف, و عليه فإن دور القاضي في التحول لا يكمن في إنشاء العقد من جديد, بل هو تفسير لإرادة المتعاقدين مستنيراً بالغرض الاقتصادي الذي سعى إلى تحقيقه.

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

❖ القاضي عندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين و القاضي في ذلك , إنما يستعين بسلطة في تفسير العقود , و هي سلطة واسعة يعطي بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني , و الملائم ما دام لا ينحرف بهذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقدين و على ذلك يكون تحول راجعا إلى سلطة القاضي في تفسيره للعقد

لكن رغم هذا التشابه بين تحول العقد و تفسيره , إلا أنه هناك أوجه اختلاف بين النظامين و يظهر في :

- التفسير هي عملية قانونية , يقوم بها القاضي من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.

أما التحول يقوم على إرادة افتراضية تصورية يتصورها القاضي و يفترض أن إرادة المتعاقدين كانت لتتجه حتما إلى العقد الجديد الصحيح.

مما يعني أن هناك إرادتين حقيقتين الأولى هي إرادة حقيقية للعقد الباطل و الثانية هي إرادة حقيقية للعقد الصحيح , و هذا أمر غير مقبول إذ من غير الممكن أن تكون في العقد الواحد , إرادتين إحداها أصلية و الأخرى افتراضية

- التفسير لا يرد إلا على العقود الصحيحة دون الباطلة , حين يشترط لإعمال التحول أن يكون العقد الباطل أو قابل للإبطال

- القاعدة القانونية التي تنظم التحول هي قاعدة أمر تلزم القاضي بإتباعها و تطبيقها , بحيث لا يكمن له أن يتنصل عن تطبيقها , و إلا كان حكمه مخالفا للقانون و عرضه للطعن بالنقص في حين تعد قواعد التفسير قواعد غير ملزمة للقاضي و منه يمكنه أن يخالفها و أن لا يلتزم بها متى يرى ذلك مناسبا , و أن يقوم بالتفسير وفقا لما يراه

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

مناسبا وهو في ذلك حر في إتباع ما يمكنه من الوصول على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.¹

الفرع الثاني: تمييز تحول العقد عن تكييف العقد

يرى البعض من الفقهاء بأن مصطلحي التحول و التكييف يتشابهان في بعض النقاط نبرزها كالتالي :

- تحول العقد ما هو إلا تصحيحا للتكييف الذي جاء غير صحيح أو غير مطابق لواقع الحال .
- التحول تطبيقا خاصا من تطبيقات تكييف العقد .
- التحول من باب التكييف .

لكن رغم هذا التشابه يظهر الاختلاف بين التحول العقد و التكييف في هذه النقاط :

- القاضي عند قيامه بتكييف العقد محل النزاع و الذي يكون قد اتخذ اسما خاطئا من قبل طرفيه قد يؤدي ذلك إلى نتيجة خطيرة ألا و هي البطلان غير متوقع للعقد محل النزاع .
- أما التحول فيحول فقط العقد الباطل إلى عقد صحيح.
- التكييف يعمل به في حالة وجود عقد صحيح ويتم البحث عن القواعد القانونية المطبقة على العقد محل النزاع في حين يشترط لإعمال التحول أن يكون العقد باطلا و في نفس الوقت يشتمل على عناصر عقد آخر صحيح
- تكييف العقد مرحلة يستوجب على المرور بها للقيام لوظيفة العامة الأساسية. إذ يجب عليه أن يكيف العقد حتى يحدد القواعد القانونية المطبقة عليه²

¹ لشيباني علي كاظم, المرجع السابق, ص58

² بالبشير هجيرة , مرجع سابق , ص26

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

- أما التحول فهو حيلة قانونية أتى المشرع بها لتجنب آثار العقد الباطل, حيث إذا تحقق القاضي من توافر الشروط لتطبيق هذه النظرية أنقذ عقد باطل و حوله إلى عقد آخر صحيح .

المطلب الثالث : شروط التحول

طبقا للمادة 105 من القانون المدني, لقيام آلية التحول يستلزم استنادها على شروط و التي تنقسم إلى شروط موضوعية (الفرع الأول), و شروط ذاتية (الفرع الثاني)

الفرع الأول :ا لشروط الموضوعية لتحول العقد

تنص المادة 105\1 من القانون المدني الجزائري على "إذا كان العقد باطلا أو قابل للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر" فنستنتج من نص المادة أن الشروط الموضوعية للتحول العقد تتمثل في:

أولاً: أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابليته للإبطال يشترط المشرع لقيام القاضي بتحويل العقد أن يكون العقد أصلي باطلا أو قابلا للإبطال, لأنه لو كان العقد الذي أبرمه المتعاقدان صحيحا فلا يتم التحول إلى عقد آخر صحيح¹

❖ و تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الثاني, و عليه يعتبر بطلان العقد الشرط الأساسي الذي تقوم عليه نظرية تحول العقد حتى ينتج آثاره القانونية. و يقصد بالبطلان ذلك الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته و يتمثل هذا الجزاء في زوال أثر العقد .

¹ لرجم أمنية, تحول العقد, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون, فرع العقود و المسؤولية, كلية الحقوق, جامعة الجزائر, 2015, ص12

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

ثانياً: أن تضمن العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح يستوجب تضمنه على أركان عقد صحيح آخر ,بتالي يزول أثر البطلان بحيث يحوله من عقد باطل إلى عقد صحيح ,بالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون تلك الأركان تتوافق مع أركان العقد الثاني .

ومثال على ذلك إذا نقل شخص ملكية عقار إلى شخص آخر دون مقابل فعقد البيع في هذه الحالة باطل لتخلف ركن المحل فيه بالنسبة للمشتري و هو دفع الثمن و لكن هذا العقد , في هذه الحالة يمكن إنقاذه من البطلان و يتحول من عقد بيع العقار إلى عقد هبة عقار .¹

الفرع الثاني : الشروط الذاتية لتحول العقد

توفر الشروط الموضوعية الخاصة, بتحول العقد لا تكفي لوحدها لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح و ترتيب آثاره بل يجب توفر شرط ذاتي و جوهري و الذي يتمثل في النية اللازمة لإعمال نظام التحول و المتمثلة في النية الاحتمالية و الاحتياطية .

● **النية الاحتمالية:** ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن النية اللازمة لتطبيق نظرية التحول هي النية الاحتمالية, و مؤدى هذا الاتجاه هو أن يقوم الدليل على نية المتعاقدين تكون قد انصرفت إلى الارتباط بالعقد الآخر غير العقد الأصلي. لو تبين لهما أن العقد المبرم بينهما سيقع باطلاً أو قابلاً للإبطال, مما يعني أن التحول لا يتم بناء على نية المتعاقدين الحقيقية, لأن هذه الأخيرة انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل.

● **النية الاحتياطية:** ذهب أنصار الإرادة الباطلة الذي اشترطوا في التحول, أن تنصرف نية المتعاقدين احتياطياً إلى عقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل

¹ بدوي حلمي بهجت ,مقالة بعنوان آثار التصرفات الباطلة ,مجلة القانون و الاقتصاد ,السنة الثالثة ,العدد الأول ,ص41

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

أي أن المتعاقدين لدى إبرامهما العقد الأصلي يتوقعان بطلانه و بذلك يكونان قد أرادا عقد باطل في الأصل و عقد صحيحا على سبيل الاحتياط¹

إن رأيهم جد منتقد غير المعقول , أن يكون المتعاقدين في الوقت ذاته إرادتين حقيقتين إحداهما انصرفت إلى إبرام العقد الأصلي الذي وقع باطلا , و الأخرى قد انصرفت إلى إبرام العقد الجديد الصحيح على سبيل الاحتياط .

إن من خلال ذلك يتضح أن المتعاقد يعلم ببطلان العقد , و بالرغم من ذلك يقدم عليه و هذا لا يمكن حدوثه و على افتراض وقع فعلا , لا نقول أننا بصدد تحول العقد و إنما بصدد تحقيق لإرادة قامت فعلا و منه نكون قد انتقلنا إلى تنظيم تشريعي آخر و هو تفسير العقد²

المطلب الرابع: آثار التحول

إذما توفرت شروط التحول السالفة شرحها , يتم تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح , و يصبح هذا الأخير منعماً لوجود و يعتبر كأنه لم يكن , بينما يكتسب العقد الجديد الصحة و عليه يرتب على هذا الأخير جميع الآثار القانونية سواء من حيث الزمان (الفرع الأول) , أو من حيث الأشخاص (الفرع الثاني)

الفرع الأول: آثار التحول من حيث الزمان

إن الأصل في البطلان هو رجعية آثارها إلى وقت حصوله و منه فإن التحول هو الآخر يرتب آثاره , بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان و ليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح ولذلك يتعين علينا في هذا الإطار فهم الأثر الرجعي للبطلان باعتباره هذا الأثر يمتد إلى التحول.

¹ ناصف إلياس, موسوعة العقود المدنية و التجارية, الطبعة الثالثة, مصر, 2008, ص12

² عبد الرزاق السنهوري, مرجع سابق, ص209

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

أولا :الأثر الرجعي للبطلان

سبق بيان أنه إذا تخلف ركن من أركان قيام العقد ,أو شرط من شروط صحته يؤدي به إلى بطلانه ,أي يعتبر العقد قديم الوجود في نظر القانون ,و عليه لا يترتب عليه أي أثر من أثاره¹ و هذا في حالة إذا لم تنفذ الالتزامات الناشئة عن ذلك العقد.حيث أن تقرير دون تحقيق البطلان ن في هذه الحالة لا يثير أي إشكال ,لأن دور البطلان يصبح مانعا يحول دون تحقيق نتائج العقد. أما إذا تقرر البطلان في وقت لا حق لنشأة العقد أي في حالة ما إذا نفذ كل العقد أو جزء منه فإن تقرير البطلان يتم بأثر رجعي إلى يوم إبرامه فلا يزول العقد من تاريخ صدور الحكم ,و إنما يرد النزول إلى تاريخ إبرام العقد فيزول العقد بالنسبة للماضي الحاضر و المستقبل على سواء فمؤدى البطلان إذن هو ابتكار وجود العقد في أي فترة من الفترات ,و هذا الإنكار يقضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد أي يجب على كل متعاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه ,بمقتضى العقد إعمالا للأثر الرجعي للبطلان و طبقا للقاعدة العامة "مابني على باطل فهو باطل".و تطبيقا لما تضمنته المادة 109 من القانون المدني الجزائري التي تنص على "يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد و إبطاله"²

و لكن قد يحدث أن يستحل على أحد المتعاقدان رد ما حصل عليه ,بسبب من الأسباب كهلاك الشيء محل الاسترداد أو بسبب طبيعة المعاملة كما هو الحال بالنسبة إلى العقود الزمنية³ فيلتزم هذا بالتعويض وذلك طبقا للمادة السالفة الذكر في فقرتها الثانية و التي تنص "فإذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل" فقد يكون المبيع قد هلك فيتعذر على المشتري رده ,فإذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ المشتري التزام هذا الأخير بدفع التعويض معادلا لقيمة المبيع وقت هلاكه,و ذلك بمقتضى حكم من محكمة وأيضا في حالة ما

¹ الشرقاوي جميل,مرجع سابق ,ص398

² مادة 109 من أمر 58-75,السالف الذكر

³ دراج سعاد ,عيوب الرضا بين حماية المتعاقد و استقرار المعاملات,مذكرة لنيل شهادة الماجستير,فرع عقود و مسؤولية,جامعة الجزائر,2012,ص61

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

إذا انصب على عقد من العقود الزمنية فإنه يستحيل إعمالاً للأثر الرجعي للبطلان، حيث يستحيل مادياً إزالة الآثار التي ترتبت على العقد في الماضي أما عن مصدر هذا التعويض، أو بصفة عامة الأساس القانوني للالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد، فقد اختلف الفقهاء بشأنه فهناك من استند إلى فكرتي الدفع الغير المستحق و الإثراء بلا سبب كأساس لعملية الإسترداد¹.

ثانياً: امتداد التحول بأثر رجعي

المبدأ العام في البطلان هو رجعية آثاره إلى تاريخ إبرامه، معنى هذا أن التحول هو الآخر يرتب آثار بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان و ليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح² لأن الغاية من إعمال هذا النظام هو إنقاذ العقود من البطلان. و بالرجوع أيضاً للشروط الواجب توفرها لإعمال التحول نجد أنه يشترط توافر عنصر ذاتي هام و المتمثل في النية الافتراضية غير الحقيقية إذ أن القاضي يفترض، أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد الصحيح الذي تضمنه العقد الباطل، لو أنهما علما بالبطلان للعقد قبل إبرامه، و يتم إعمالاً لهذه الإرادة وقت إبرام العقد لا في وقت آخر، لأن بعد ذلك يكون البطلان معلوماً لدى الطرفين و لهذا يكون التحول ممتنعاً.

و عليه فإن العقد الجديد يحمل تاريخ العقد المراد أصلاً، أو بعبارة أخرى فإن التحول ينتج آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ وقوع البطلان و ليس بأثر حال. بوصفه الوقت الذي يمكن عنده فقط افتراض أن المتعاقدين سير بطلان بالعقد الصحيح أو علما بالبطلان، وأن كانت هذه القاعدة لا تثير أي إشكال بالنسبة إلى العقود الفورية إلا أنها تختلف بالنسبة للعقود الزمنية.

¹ عبد الرزق السنهوري، مرجع سابق، ص 534

² يسري أحمد، مرجع سابق، ص 534

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

فهناك من يرى بأن التحول لا يمكن أن ينتج آثاره بشكل رجعي بالنسبة للعقود الزمنية, بل يتم بأثر حال. و ذلك لصعوبة انتفاء الأوضاع التي ترتبت على تنفيذ العقد أو جزء منه و من بين ذلك عقد الإيجار و عقد العمل ففي هذه العقود, يعتبر الزمن عنصر جوهريا فيها لأنه هو الذي يحدد محل المعقود عليه, و لهذا إذا نفذ هذا العقد مدة معينة ثم أبطل فإن هذا البطلان لا يمكن أن يرتب آثاره بأثر رجعي, لأن الزمن إذا مضى لا يعود و ما تم تنفيذه لا يمكن استرداده أو محو اعتباره كأن لم يكن¹ بل ينسحب أثره بالنسبة للمستقبل فقط. و عليه فإن التحول هو الآخر ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل فقط, إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أن القول بأن التحول يرتب أثره بالنسبة إلى المستقبل يعني الاعتراف صراحة بأن العقد الباطل قد أنتج آثار قانونية صحيحة. و هو أمر غير ممكن حدوثه قانونا إذما العلة من القول بالبطلان, إذا كان بإمكان العقد الباطل أن يرتب آثار قانونية بل أن هذا الأخير في حكم عدم فهو غير موجود أصلا في نظر القانون من تاريخ حصوله و عليه لا يمكن أن ينتج أي أثر على نقيض هذا الرأي.

يرى فريق آخر من الفقهاء وهو الموقف السائد و المرجح رأيه بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعي سواء أكان عقدا فوريا أو عقدا زمنيا. و حتى الذي أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعي, حتى و إن كان قد جعل الأثر الرجعي لنتائج التحول معاقا على الأثر الرجعي للبطلان.

الفرع الثاني : آثار التحول من حيث الأشخاص

طالما أن العقد هو توافق إرادتين متطابقتين لإحداث آثار قانونية معينة و منه متى نشأ العقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه و شروط صحته ترتبت آثار و التزامات و أصبحت واجبة التنفيذ لا يمكن العدول عنها أو المساس بها سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير. و إذا كانت هذه القاعدة العامة في العقد الذي ينشأ على الوجه الصحيح.

¹ فرج توفيق, مرجع سابق, ص200

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

أولا :سريان التحول بالنسبة للمتعاقدین

التحول هو تقنية قانونية موجهة لتحقيق الغرض الاقتصادي الذي كان يرمي إليه المتعاقدین لدى إبرامها للعقد الباطل و الذي يمكن تحقيقه من خلال العقد الجديد¹ وهذا العقد الجديد الذي ظهر إلى الوجود القانوني و الواقعي هو عقد صحيحا , و صحته تقع بقوة القانون دون أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقدین إذ أنه هو الرابطة الوحيدة التي تقوم بين المتعاقدین أي يترتب جميع آثاره , و هذه الآثار تنفذ بالدرجة الأساس في حق أطراف العلاقة العقدية و الذين يجب أن لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا . بموجبها بواقعة التعاقد الأولى التي وقعت باطلة لأنه , إذا تم إدخال متعاقد جديد لتمام العقد فإنه يؤدي بالتأكيد إلى عدم إمكانية أعمال التحول و أطراف العلاقة العقدية ملزمون بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون تمييز بين ما هو مهم بما هو دون ذلك .

فالمتعاقدين مقيدان بالشروط الواردة في العقد , إذ أن أحكامه تصبح بمثابة القانون الذي يطبق على المتعاقدين , من حيث ما ينشأ لهما من حقوق و ما يترتب عليها من التزامات² و يعتبر الامتناع عن تنفيذ بعضهما بمثابة عدم تنفيذ العقد لذلك وجب تنفيذ الالتزامات الملزمة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتفق عليها , و طبقا لما يوجهه مبدأ حسن النية من الالتزام بالنزاهة و الالتزام بالتعاون , فالأول يقضي أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذا الالتزام صعبا أو مستحيلا .

أما الثاني فينقضي بإخضاع المتعاقد للطرف الآخر و إطلاعه بكل الأحداث و المستجدات التي تتعلق بتنفيذ العقد و هذا المبدأ يعتبر القاعدة العامة التي تطبق على كل العقود و ذلك طبقا لنص المادة " 107 " من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية و بما أن العقد الصحيح الذي ظهر إلى الوجود نتيجة

¹ يسري أحمد , مرجع سابق , ص 210

² علاق عبد القادر , أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , جامعة أبو بكر بلقايد , كلية الحقوق , 2008, ص 12

الفصل الثاني: حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول

لإعمال التحول يرتب آثاره و بالدرجة الأساس في حق المتعاقدين "، فمعنى هذا أن آثار التحول تنتقل أيضا إلى الخلف العام للمتعاقدين، باعتبار أن العقد يعد حجة على صاحبه و على خلفه العام، حيث أن الخلف العام يأخذ حكم المتعاقد بالنسبة لأثر العقد فهو يلزم بتنفيذ العقد مثلما له أن يطالب بتنفيذه¹ أي أن إذا توفي أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق الناشئة عن العقد، كما انتقلت إليه الالتزامات التي تكون قد نشأت على عاتقه و إن كانت تلك الحقوق الناشئة عن العقد لم يستوفيهما بعد، جاز للخلف العام أن يستوفيهما خلافة عنه، و عليه إذا كان السلف قد استوفاهما انتقل ذلك الحق إلى الخلف العام كجزء من التركة وهذا طبقا لنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ما لم تبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث .

ثانيا: سريان التحول بالنسبة للغير

تقتضي عملية التحول توليد عقد جديد، و صحة هذا العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل لا تقتصر آثاره فيما بين المتعاقدين، بل تسري في مواجهة الغير، أو بعبارة أخرى يكون نافذا في مواجهة الغير الذي له علاقة قانونية بالمتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة للغير حسن النية، لما في ذلك من تأثير سلبي كبير على استقرار العلاقات التعاقدية و إذا كان حكم التحول لا ينشئ حقوق، و لا يرتب التزامات إلا فيما بين المتعاقدين فهذا لا يعني أن الغير غير معني بهذا الحكم، فالتحول يكون نافذا في مواجهته، أي أنه ملزما باحترام هذا العقد.

¹ خاطر صبري محمد، دراسة مقارنة في نظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، دار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص42

حرص التشريع الجزائري على إنقاذ العقود من البطلان و الحفاظ على الأوضاع التي تنتجها قدر المستطاع خاصة مع اتساع حركة المعاملات و العلاقات الاقتصادية في المجتمعات ,و ذلك من خلال وضع عدة أنظمة قانونية تسعى إلى تحقيق ذلك الهدف و هذه الأنظمة تتمثل في كل من الإجازة ,التحول ,الإنقاص .و هي أنظمة يمتد تطبيقها على البيع العقاري و تعتبر آليات فعالة لحمايته من الإبطال .

من الآليات الأساسية التي يحمى بها البيع العقاري من الإبطال الإجازة و هي عبارة عن النزول عن الحق في طلب الإبطال للبائع و المشتري ,ترتكز على خصائص التي تتمثل في أنها تصرف قانوني أو شرعي إنفرادي ,تصرف إسقاطي ,تصرف كاشف .و لقيام هذه الآلية يستلزم شروط عامة و الأخرى المتعلقة بالتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع و الضرر إذا توفرت هذه الشروط أثرت على البيع المجاز و على أطرافه ,و أنتج البيع العقاري كافة آثاره القانونية كما لو كان عقدا صحيحا لا يشوبه أي عيب .

إضافة إلى آلية الإجازة نجد أيضا آلية التحول الذي هو عبارة عن تحويل عقد باطل أو قابل للإبطال للعقد الصحيح و كان مشتملا على عناصر عقد آخر صحيح ,فإنه يحول إلى ذلك العقد الجديد الصحيح و يكيف تحول العقد بأنه عرضي للعقد الباطل .و لإعماله يستلزم توفر شروط موضوعية و الأخرى ذاتية .هذا ما يرتب منه آثار سواء من حيث الزمان و بالنسبة للأشخاص.

و من بين أيضا الآثار العرضية نجد الإنقاص الذي هو عبارة عن بطلان شق منه أو قابل للإبطال شرط أن لا يكون هو الدافع للتعاقد .و لكي تقوم هذه الآلية يستوجب توفر شروط تعتبر عناصر جوهرية المتمثلة في بطلان شق من العقد ,قابلية العقد للتجزئة ,و إمكانية التجزئة , هذا ما يرتب أثر المتمثل في أن العقد يتضمن جزء باطلا يقتصر البطلان عليه وحده دون الجزء الآخر.

و من النتائج المتوصل إليها أيضا يشترط اتجاه نية واردة للمتعاقدين إلى إنقاص الشق الباطل أو قابل للإبطال فيما يخص آلية الإنقاص أو إلى إبرام العقد الجديد الصحيح الآخر لو علم المتعاقدان ما في العقد الأصلي من البطلان فيما يخص آلية التحول و هو ما يعد تكريسا صريحا للمعيار الذاتي أو الشخصي, و نرى أن حماية العقد و الإبقاء عليه و المحافظة عليه استثماره أكبر قدر ممكن يستوجب تكريس المعيار الوظيفي بدلا من المعيار الشخصي, و حماية العقد و الإبقاء عليه و المحافظة عليه. و تبين للقاضي أن من شأن إنقاص العقد أو تحويله إلى عقد صحيح آخر أن يحقق الوظيفة و الغاية التي من أجلها أبرم المتعاقدان للعقد, كان ذلك كافيا لمباشرة الإنقاص و التحول .

وبعد دراستنا لموضوع آليات حماية عقد البيع العقاري من الإبطال استنتجت بعض النقائص المتمثلة في أن لفظ الإجازة الذي يستعمل في التقنين المدني لا يفيد المعنى تماما لأن الإجازة لا تضيف شيء جديدا إلى التصرف الذي ترد عليه بل تؤكد وجوده و تؤيد آثاره, إضافة إلى ذلك أن الشروط التي وردت في التقنين المدني لم يرد فيها أي مطلب موضوعي أو شكلي لصحة الإجازة .

ومنه توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات تتمثل في :

1- نقترح على المشرع الجزائري أن يعطي تعريف لكل من الإجازة, الإنقاص, التحول.

2 - الأخذ بفكرة العقد الموقوف ليكون بيع ملك الغير موقوفا .

3- ضرورة إجراء تعديل تشريعي في قانوننا المدني مبتدئا بتقسيم العقد إلى عقد صحيح, عقد باطل, عقد موقوف, فتصبح تصرفات ناقص الأهلية الدائر بين النفع و الضرر, موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

و ختاماً نرجو أن نكون قد وفقنا في شرح موضوع من الموضوعات القانون المدني أملينا أن يكون بحثنا المتواضع ثمرة يستعاد منها الطلاب و منبع للعلم و المعرفة.

1 باللغة العربية :

أولاً: الكتب.

- 1 - أنور السلطان, النظرية العامة للالتزام, الجزء الأول, دار المعارف, مصر, 1998.
- 2 - أنور طلبة, انحلال العقود, المكتب الجامعي الحديث, الإسكندرية, مصر, 2004.
- 3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان, البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير إرادية "دراسة فقهية و قضائية, دار المعارف, الإسكندرية, 2002.
- 4 - بلحاج العربي, النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام", دار النشر و التوزيع, بيروت, 1966.
- 5 - تانغو سمير عبد السيد, مصادر الالتزام, منشأة المعارف, الإسكندرية, 2005.
- 6 - جعفر محمد سعيد, إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي, الطبعة الثانية, دار هومة, الجزائر, 2009.
- 7 - الجبوري ياسين محمد, الوجيز في شرح القانون المدني "مصادر الحق الشخصية", الجزء الأول, دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان, 2002.
- 8 - حجازي عبد الحي, النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي, الجزء الأول, ندار النشر و التوزيع, الكويت, 1955.
- 9 - خاطر صبري محمد, دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام, الطبعة الثانية, دار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع, الجزائر, 2001.
- 10 - زهدي يكن, شرح في القانون الموجبات و العقود, الجزء الرابع, دار النشر و التوزيع, بيروت, 1962.

- 11- سعد نبيل إبراهيم, النظرية العامة للالتزام, الجزء الأول, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن, 2001.
- 12- سعدي محمد صبري, التأمينات الشخصية و العينية, القسم الأول, دار النشر و التوزيع, الجزائر, 1991.
- 13 - سوار وحيد, شرح في القانون المدني, الجزء الأول, دار النشر و التوزيع, دمشق, 1978.
- 14- الشكري إيمان طارق, تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي, جامعة بابل, العراق, 200.
- 15- الشيباني علي كاظم, تحول العقد في نطاق القانون المدني, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, 2015.
- 16- شيب محمد لبيب, موجز في مصادر الالتزام "المصادر الإرادية للعقد", دار النهضة العربية. القاهرة, 1980.
- 17- الشرقاوي جميل, نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري, مطبعة القاهرة, مصر, 1953.
- 18- عبد المنعم فرج الصدة, نظرية العقد في قوانين البلاد العربية, النهضة للطباعة و النشر, مصر, 1958.
- 19- عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري, الجزء الأول, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, 2008.
- 20- عبدا الرزاق حسن فرج, نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالقانون المدني, دار للنشر و التوزيع, القاهرة, 1962.
- 21- عبد المجيد الحكيم, الوسيط في نظرية العقد, الجزء الأول, شركة الطبع و النشر, بغداد, 1967.

- 22- عبد الحفيظ فلعجي محمد عبد ورواس, بطلان العقد في الفقه الإسلامي, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الكويت, 2004.
- 23- غانم إسماعيل, النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام", دار النشر و التوزيع, بيروت, 1966.
- 24- فيلالي علي, النظرية العامة للعقد, موجز للنشر, الجزائر, 2013.
- 25- الفتلاوي صاحب عبيد, تحول العقد "دراسة مقارنة", مكتب دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان, 1998.
- 26- فودة عبد الحكم, البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة, الطبعة الثانية, دار الفكر و القانون, مصر, 1999.
- 27- منصور محمد حسنين, مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة, دار الجامعية للطباعة و النشر, مصر, 2006.
- 28- منصور أمجد محمد, نظرية العامة للالتزامات, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن, 2007.
- 29- مرقس سليمان, الوافي في شرح القانون المدني, المجلد الأول, الطبعة الرابعة, دار المنشورات القانونية, مصر, 1978.
- 30- منذر فضل, الوسيط في القانون المدني "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية الأجنبية", دار للطباعة و النشر, العراق, 2006.
- 31- ناصيف إلياس, موسوعة العقود المدنية و التجارية, الطبعة الثالثة, مصر, 2008.
- 32- نجيدة علي, النظرية العامة للالتزامات, الكتاب الأول, دار النهضة العربية, القاهرة, 2004.
- 33- يسري أحمد, تحول التصرف القانوني, دار النشر و التوزيع, مصر, 1958.

ثانيا- الرسائل و المذكرات الجامعية

أ - رسائل الدكتوراة:

- 1- حبار محمد, نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي ,رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم القانونية ,جامعة الجزائر ,1976.
- 2 - بوكماش محمد ,سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ,رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ,فرع العلوم السياسية ,شريعة و القانون ,جامعة باتنة, 2011 - 2012 .

ب-مذكرات الماجستير:

- 1 – فلبشير هجيرة ,تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر,مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ,فرع العقود و المسؤولية ,كلية الحقوق ,جامعة الجزائر,2013.
- 2-دراج سعاد,عيوب الرضا بين حماية المتعاقد و استقرار المعاملات ,مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ,فرع العقود و المسؤولية ,جامعة الجزائر,2012.
- 2 -علاق عبد القادر ,أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها ,مذكرة لنيل شهادة الماجستير ,كلية الحقوق ,جامعة أبو بكر بلقايد,2008.
- 4- لرجم أمينة ,تحول العقد,مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون,فرع العقود و المسؤولية ,كلية الحقوق,جامعة الجزائر,2015.
- 5-لمطاعي نور الدين ,الشرط المقترن بالعقد ,مذكرة لنيل شهادة الماجستير,معهد الحقوق و العلوم القانونية,جامعة الجزائر,1996.
- 6 -الوردي العصامي ,نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري ,مذكرة لنيل شهادة الماجستير,فرع العقود و المسؤولية,كلية الحقوق,جامعة الجزائر,2002

ثالثا -المقالات:

- 1 - بدوي حلمي بهجت,مقالة بعنوان آثار التصرفات الباطلة ,مجلة القانون و الاقتصاد
السنة الثالثة ,العدد الأول.2004,ص20
- 2 -سوالم سفيان ,نظرية التحول العقد في القانون المدني ,مجلة دراسات و أبحاث ,العدد
29 ديسمبر 2017.
- 3 فهمي حامد , "نظريات التصرفات الإقرارية و الإستثنائية من وجهتها الشرعية و
القانونية و أثرها في الفقه و في أحكام التسجيل ,مجلة القانون و الإقتصاد ,العدد الأول
2004,ص20'

4 رابعا النصوص القانونية:

- 1 -أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر عدد78
الصادر في 30سبتمبر 1975 المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20
جوان 2005 ج ر عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جوان 2005و بالقانون رقم 05-07
المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر عدد 15 الصادر بتاريخ 13 ماي 2007.
- 2 قانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة ج ر عدد 24
الصادر في 12 جوان 1984 المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27
فيفري 2005 ج ر عدد 15 الصادر في 27 فيفري 2005.

2 - باللغة الفرنسية:

1 - Baudry loconitinery(g) et baudre(l),traite théorique et pratique de droit civile des obligations, tom 3 3^e ed ,paris, 1980.

2-caudement, theorrie generale dans les obligations ,tom3, 3^e ed ,paris 1937.

3- laurant ,prancipee de droit civile francois,tom2 ,3^e ed ,paris,1952.

الفهرس و محتويات البحث:

1.....مقدمة

الفصل الأول : حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإجازة

7المبحث الأول : مفهوم الإجازة

7.....المطلب الأول : تعريف الإجازة

7.....الفرع الأول : التعريف بالإجازة في الفقه الإسلامي

8.....الفرع الثاني : تعريف الإجازة في الفقه الفرنسي

8.....الفرع الثالث : تعريف الإجازة في القانون الجزائري

9.....المطلب الثاني : خصائص الإجازة و تمييزها عن بعض المفاهيم القريبة

9.....الفرع الأول : خصائص الإجازة

11.....الفرع الثاني : تمييز الإجازة عن بعض المفاهيم القريبة منها

11.....أولا : تمييز الإجازة عن الإذن

11.....ثانيا : تمييز الإجازة عن الإقرار

13.....المطلب الثالث : شروط الإجازة

13.....الفرع الأول : الشروط العامة للإجازة

14.....الفرع الثاني : شروط صحة الإجازة لتصرف الصبي

16.....المبحث الثاني : آثار الإجازة..على البيع العقاري

المطلب الأول : آثار الإجازة بالنسبة إلى عقد البيع العقد المجاز.....	16
الفرع الأول : الحدود المتعلقة بعيوب التصرف.....	16
الفرع الثاني : الحدود المتعلقة بشروط التصرف.....	17
1 مدى جواز الإجازة الجزئية.....	17
2 مدى جواز تعليق الإجازة على تحقق شرط معين.....	18
المطلب الثاني : أثر الإجازة بالنسبة إلى أطراف العقد.....	18
الفرع الأول: قصر أثر الإجازة.....	19
الفرع الثاني: عدم نفاذ الإجازة في مواجهة الأشخاص الآخرين الذين	
خولهم القانون حقا في طلب الإبطال.....	21
الفصل الثاني : حماية عقد البيع العقاري من الإبطال بالإنقاص و التحول	
المبحث الأول : الإنقاص كآلية لحماية عقد البيع العقاري من الإبطال.....	26
المطلب الأول : المقصود بالإنقاص.....	26
الفرع الأول : تعريف إنقاص عقد البيع.....	27
أولا : إنقاص العقد عند القانونيين.....	30
ثانيا : إنقاص العقد في الفقه الإسلامي.....	30
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للإنقاص.....	30
المطلب الثاني : شروط الإنقاص.....	31

- الفرع الأول :أن يمس البطلان جزء من العقد فقط.....31
- الفرع الثاني :قابلية العقد للانقسام.....32
- الفرع الثالث :الشق الباطل غير جوهري33
- المطلب الثالث :آثار إنقاص العقد.....34
- الفرع الأول :إبطال الشق الباطل فقط37
- الفرع الثاني :تنفيذ باقي العقد.....37
- المبحث الثاني :التحول كآلية لحماية البيع العقاري من الإبطال36
- المطلب الأول :مفهوم التحول36
- الفرع الأول :تعريف التحول.....37
- التعريف اللغوي.....37
- التعريف الاصطلاحي.....37
- الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتحول.....38
- أولا :تحول العقد تفسير أو تكييف العقد.....39
- ثانيا :تحول العقد أثر من آثار العقد الباطل.....39
- المطلب الثاني : تمييز تحول العقد عن الأنظمة المشابهة لها41
- الفرع الأول :تحول العقد و تفسيره.....41
- الفرع الثاني :تمييز تحول العقد عن تكييفه.....43
- المطلب الثالث :شروط التحول44

44.....	الفرع الأول : الشروط الموضوعية
45.....	الفرع الثاني : الشروط الذاتية لتحول العقد
46.....	المطلب الرابع :آثار التحول
46.....	الفرع الأول :آثار التحول من حيث الزمان
49.....	الفرع الثاني :آثار التحول من حيث الأشخاص
50.....	ا-سريان التحول بالنسبة للمتعاقدین
51.....	ب- سريان التحول بالنسبة للغير
52.....	الخاتمة
55.....	قائمة المراجع:
62.....	الفهرس