YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LISANSÜSTÜ EĞITIM ENSTITÜSÜ
ÖZEL HUKUKU / ANABILIM DALI

MEDENI VE IDARI HUKUKTA DÖNÜŞÜM TEORISI
(KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI)

SHAHRO KAMAL ABDULLAH

Yüksek Lisans Tezi

NICOSIA
2022

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون الخاص

نظرية التحول في القانونين المدني و الاداري
(دراسة مقارنة)

شهرو كمال عبدالله

رسالة ماجستير

نيقوسيا
2022

MEDENI VE IDARI HUKUKTA DÖNÜŞÜM TEORISI
(KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI)

SHAHRO KAMAL ABDULLAH

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LISANSÜSTÜ EĞITIM ENSTITÜSÜ
ÖZEL HUKUKU / ANABILIM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri

NICOSIA
2022

نظرية التحول في القانونين المدني و الاداري
(دراسة مقارنة)

شهرو كمال عبدالله

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون الخاص

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى

نيقوسيا
2022

KABUL VE ONAY

Shahro Kamal Abdullah tarafından hazırlanan "Medeni ve idari hukukta dönüşüm teorisi (karşilaştirma çalişmasi)" başlıklı bu çalışma, 23/06/2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir

JÜRİ ÜYELERİ

.....

Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü

.....

Yrd.Doç.Dr.Tavga Abbas Towfiq (Başkan)

Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü

.....

Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....

Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير شهرو كمال عبدالله في رسالته الموسومة بـ " نظرية التحول في القانونين المدني و الاداري (دراسة مقارنة)" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2022/06/23، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

أعضاء لجنة المناقشة

.....

الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى (المشرف)

جامعة الشرق الادنى

كلية الحقوق، قسم القانون الخاص

.....

الاستاذ المساعد الدكتورة تافكه عباس توفيق (رئيس لجنة المناقشة)

جامعة الشرق الادنى

كلية الحقوق، قسم القانون الخاص

.....

الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي

جامعة الشرق الادنى

كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....

الاستاذ الدكتور كـ. حسنو جان باشير

معهد الدراسات العليا

المدير

BİLDIRİM

Ben **Shahro Kamal Abdullah** olarak beyan ederim ki **Medeni ve idari hukukta dönüşüm teorisi (karşilaştirma çalişmasi),** başlıklı tezi '**Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri'** nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- ☐ Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- ☐ Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- ☐ Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih :

İmza:

Adı ve Soyadı: Shahro Kamal Abdullah

الاعلان

أنا **شهرو كمال عبدالله** ، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان **نظرية التحول في القانونين المدني و الاداري (دراسة مقارنة)**، كانت تحت إشراف وتوجيهات **الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى** ، ولقد أعددتها بنفسي تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ:

التوقيع:

الاسم واللقب: شهرو كمال عبدالله

TEŞEKKÜR

Hamd alemlerin Rabbi olan Allah'a mahsustur ve salât ve selâmların en güzeli, âlemlere rahmet olarak gönderilen Muhammed'e, onun âline ve ashabına olsun.

Bu mütevazi ilmî çalışmayı tamamlamama vesile olan Yüce Allah'a hamdolsun ve bu itibarı ancak ailesine atfedebilirim, bunun için tezimin süpervizörü Prof.Dr.

Direktiflerinin bu mütevazı bilimsel çabayı zenginleştirmede büyük etkisi olacak tartışma komitesinin üyelerine de en içten teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunuyorum.

Bu çalışmanın tamamlanmasında emeği geçen herkese en içten teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunuyorum.

.

شكر وتقدير

الحمد الله رب العالمين وافضل الصلاة وأتم التسليم على المبعوث رحمة للعالمين محمد وعلى آله و صحبه أجمعين ,اما بعد ,,

فالشكر لله تعالي الذي وفقني لاتمام هذا العمل العلمي المتواضع ولا يسعني الا أن أنسب الفضل لأهله لذلك خالص شكري وتقديري للمشرف على رسالتي الاستاذ الدكتور (سةنطةر داود محمد)و الذي كان له توجيهات سديدة وارشادات كانت لها عظيم الأثر في اتمام هذه الرسالة فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أوجه خالص امتناني وتقديري لأعضاء لجنة المناقشة و الذين ستكون لتوجيهاتهم الأثر الكبير في اثراء هذا الجهد العلمي المتواضع.

ولكل من ساهم في اتمام هذا العمل أقدم خالص شكري و تقديري .

ÖZ

Medeni ve idari hukukta dönüşüm teorisi (karşilaştirma çalişmasi)

Geçersiz bir sözleşmeyi geçerli bir sözleşmeye dönüştürme sistemi, basitçe, sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersiz olması ve geçersiz imzalanan asıl sözleşme dışında başka bir geçerli sözleşmenin unsurlarının yerine getirilmesi durumunda, o zaman diğer geçerli sözleşmeye dönüşmesi anlamına gelir. Akit tarafların niyetlerinin diğer geçerli sözleşmeye gideceği açıkça ortaya çıkarsa, en baştan, bağlı oldukları asıl sözleşmenin geçersiz olduğu ortaya çıkar ve bundan, bu fikrin (sözleşmenin dönüştürülmesi) ortaya çıktığı anlaşılır.) gerçekleşmesi için üç temel şartı gerektirir ve bunlar olmadan var olamaz.Bunu başka bir sözleşmeye dönüştürmekle bu geçersizliğin sözleşmenin tüm kısımlarını kapsayacak şekilde mutlak (tam) olması gerekir.Bu durumda başka bir sisteme başvurmak, Sözleşmeyi dönüştürmek yerine sözleşmeden çıkarın.

Aynı geçersiz sözleşmenin, iki akit tarafın başlangıçta üzerinde anlaşmaya vardıkları sözleşmeden farklı olarak geçerli başka bir sözleşmenin unsurlarını içermesi, çünkü geçersiz sözleşmede başka bir sözleşmenin unsurlarının bulunmaması halinde bundan söz edilmesi mümkün değildir. Orijinal sözleşme İki akit taraf, ilk sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebepleri açıklığa kavuşturmuşsa, bu üç koşul yerine getirildiği takdirde, bir sözleşme dönüşümü sistemi ortaya çıkacaktır.

Bu tanımla sözleşmenin dönüştürülmesi konusu, yorum, düzeltme ve derogasyon gibi ilk görüş açısından kendisine yakın başka şekillerde şüphelenilebilir. gerçek tanımını veya adını değiştirdi, ancak gerçek şu ki, dönüşüm başka bir şey ve her biri, bu mektubun bölümleri arasında ayrıntılı olarak göreceğimiz, diğerinden farklı özel bir sistemi temsil ediyor,

ancak bu sistemin daha derinine inersek, Büyük benzerliklere rağmen, bu sistemler ile dönüşüm sistemi arasında ayrım yapmanın mümkün olduğu açık bir şekilde büyük farklılıklar ve bu mektubun kıvrımlarında açıklayacağım şey bu, davranışlardaki dönüşüm fikrini İdari organ tarafından hükümsüzlük vakalarını azaltmak amacıyla çıkarılan ve sadece buna izin veren yazılı hukuk kurallarının bulunmaması nedeniyle Medeni Kanun'da belirtilenler, ne ölçüde hükümsüzlüğe ışık tutmamak amacıyla ölçümler gerçekleştirdik. özel hukukta geçersiz davranışa dönüşme fikrinin mümkün olan her durumda idari kararlara uygulanabileceği.

Anahtar Kelimeler: Teori. Yasa. sivil yasa. İdari hukuk. Sözleşme.

ABSTRACT

The theory of transformation in civil and administrative laws (a comparative study)

The system of transforming the invalid contract into a valid contract simply means that if the contract is invalid for any reason and the elements of another valid contract are fulfilled other than the original contract that was signed invalid, it turns into the other valid contract when it becomes clear that the contracting parties' intentions would have gone to the other valid contract if it became clear From the outset, their original contract with which they were bound was void, and from this it becomes clear that this idea (transformation of the contract) requires three basic conditions for its realization, and it cannot exist without them. By converting it to another contract, then this invalidity must be absolute (complete) to include all parts of the contract. In this case, resorting to another system is to detract .from the contract instead of transforming it

That the same invalid contract contains the elements of another valid contract other than the one agreed upon by the two contracting parties initially, because in the event that the elements of another contract are not available in the invalid contract, it is not possible to talk about transformation. The original contract If the contracting parties have found out the reasons in the first contract that led to its invalidity, then if these three conditions are met, a system of contract transformation came into .existence

The issue of contract transformation with this description may be suspected in other forms close to it in terms of first sight, such as interpretation, correction and derogation, and perhaps one of the most important systems that suspect transformation is conditioning, which is related to giving the exact description or name of the contract by the judiciary that is consistent with the nature of the non-contract The name given to him by its parties, which may lead one to think that the contract has transformed its proper description or name, but the reality is that the transformation is something else and that each of them represents a special system different from the other, which we will see detailed between the chapters of this letter, but going deeper into this system shows us Clearly the great differences through which it is possible to

distinguish between these systems and the transformation system, despite the great similarities, and this is what we will explain in the folds of this letter, the idea of transformation in the actions issued by the administrative body with the aim of reducing cases of invalidity and in view of the absence of written legal rules permitting this only What was mentioned in the civil law, we have carried out measurements in an attempt not to shed light on the possibility of applying the idea of transforming to invalid behavior in private law on administrative decisions .whenever possible

Keywords: Theory. Law. civil law. Administrative Law. Contract.

الملخص

نظرية التحول في القانونين المدني و الاداري (دراسة مقارنة)

يقصد بنظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح بشكل بسط أن العقد اذا وقع باطلا لأي سبب كان و توافرت فيه أركان عقد اخر صحيح غير العقد الاصلي الذي وقع باطلا فأنه يتحول الى العقد الصحيح الاخر متى ماتبين أن اردة المتعاقدين كانت ستنصرف الى العقد الاخر الصحيح لو تبينا منذ البدء أن عقدهما الأصلي الذي ارتبطا به وقع باطلا ومن هذا يتضح أن هذه الفكرة (تحول العقد) تستوجب ثلاثة شروط أساسية لتحققها ولايمكن لها أن تقوم بدونها وهذه الشروط هي أن يكون العقد الأصلي باطلا ذلك أن العقد الصحيح تترتب عليه آثاره القانونية ومن فلا يمكن القول بتحوله الى عقد آخر ثم لابد أن يكون هذا البطلان مطلقا (كاملا) ليشمل كافة أجزاء العقد اللجوء في هذه الحالة الى نظام آخر هو انتقاص العقد بدلا من تحوله.

أن تتوافر في ذات العقد الباطل اركان عقد آخر صحيح غير الذي اتفق عليه المتعاقدان ابتداء لأنه في حال عدم توافر أركان عقد آخر في العقد الباطل فلا يمكن الحديث عن التحول بل يحكم ببطلان العقد أن تكون نية المتعاقدين الافتراضية قد انصرفت الى العقد الاخر الصحيح الذي يتحول اليه العقد الأصلي لو أن المتعاقدين قد تبينا مافي العقد الأول من اسباب تؤدي الى بطلانه فأذا توافرت هذه الشروط الثلاثة برز الى الوجود نظام تحول العقد.

أن مسالة تحول العقد بهذا الوصف قد تشتبه بصور أخر قريبة منها من حيث الوهلة الأولى ,كالتفسير و التصحيح و الأنتقاص, و لعل من اهم الأنظمة التي تشتبه بالتحول هو التكييف و الذي يتعلق باعطاء الوصف او الأسم الدقيق للعقد من قبل القضاء ينسجم مع طبيعة العقد غير الأسم الذب خلعه عليه أطرافه الأمر الذي قد يدفع الى الظن بأن تحول العقد وصفه او اسمه الصحيح غير أن الواقع أن التحول شئ آخر وأن كلا منهما يمثل نظاما خاصا مختلفا عن الاخر وهو ما سنراه مفصلا بين فصول هذه الرسالة غير أن التعمق في هذا النظام يبين لنا بوضوح الفوارق الكبيرة التي يمكن من خلالها التمييز بين تلك الأنظمة و نظام التحول رغم أوجه الشبة الكبيرة وهذا ما ستنولى بيانه في طيات هذه الرسالة, فكرة التحول في التصرفات التي تصدر عن الجهة الادارية بهدف التقليل من حالات البطلان ونظرا لعدم وجود قواعد قانونية مكتوبة تجيز ذلك الا ما ورد بشأنها في القانون المدني فقد قمنا باعمال القياس في محاولة لا لقاء الضوء على مدى امكانية تطبيق فكرة التحول للتصرف الباطلة في القانون الخاص على القرارات الادارية كلما أمكن ذلك.

الكلمات المفتاحية: نظرية. القانون. القانون المدني. القانون الاداري. العقد.

قائمة المحتويات

قرار لجنة المناقشة.....

BİLDIRİM .....

الاعلان.....

TEŞEKKÜR.....VIII

شكر وتقدير.....IX

ÖZ X

ABSTRACT.....XI

الملخص.....XIII

قائمة المحتويات.....XIV

المقدمة.....1

فصل الاول **5**

1. ماهية نظرية التحول في القانون المدني.....5

1-1 مفهوم التحول 5

1-1-1 تعريف تحول و الشروطه.....5

1-1-2 شروط تحول العقد.....6

1-2 تمييز تحول العقد عن الاوضاع القانونية المشابهة 9

1-2-1 تمييز تحول العقد عن انتقاص العقد.....10

1-2-2 تمييز تحول العقد عن تفسيرالعقد 11

1-2-3 تمييز تحول العقد عن تكييف العقد.....11

1-2-4 تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد 13

1-3 التكييف القانوني لتحول العقد.....20

1-4 تطبيقات نظرية تحول العقد في القضاء العراقي 23

1-5 اثار التحول في القانون المدني.....29

1-6 صورة التحول 44

الفصل الثاني.....53

2-ماهية نظرية التحول في القانون الاداري.....53

2-1 التحول في العقد الاداري 53

2-1-1 الاساس قانوني لتحول العقد الاداري 53

2-1-2 شروط تحول العقد في القانون الاداري.....56

2-1-3 مبررات تحول العقد الاداري 58

2-1-4 صور تحول العقد في القانون الاداري.....59

2-2 التحول في القرار الاداري 63

2-2-1 تقييم فكرة التحول في القرار الاداري.....64

2-2-2 شروط التحول في القرار الاداري 67

2-2-3 اثار التحول في القانون الاداري 68

2-2-4 رجعية اثر التحول.....77

2-2-5 ميلاد قرار اداري جديد صحيح.....79

الخاتمة 81

قائمة المصادر و المراجع..... 83

تقرير الاستيلال 89

المقدمة

أولاً- مدخل تمهيدي للتعريف بموضوع الدراسة:

العقد وهو تطابق ارادتين او اكثر على احداث اثار قانونية بالمعنى العام انما يتحدد مضمونه بما ينشؤه من حقوق وما يترتب عليه من التزامات تمثل في مجموعها الغاية او الهدف الاقتصادي الذي يسعى الى تحقيقها كل طرف من اطراف العقد فاذا انعقد العقد صحيحا ترتبت عليه جميع اثاره ما دام هذا العقد نافذا غير موقوف أما اذا كان هذا العقد لاثاره بسبب البطلان و هذا هو المبدأ العام في هذه الحالة الامر الذي يوجب اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل ابرامه غير ان هذه النتيجة اذا بدت بهذه السهولة من الناحية النظرية فالامر قد يكون مختلفا واكثر تعقيدا من الناحية العملية حيث قد يترتب على هذا البطلان اثارا خطيرة تلحق الضرر بالمتعاقدين و بالغير كذلك بالاضافة الى اشغال ساحة القضاء بمحاولة معالجة هذه الآثار ومن اجل تفادي هذه الآثار الخطير التي تترتب على البطلان او على الاقل نحاولة التقليل منها نجد ان المشرعين عادة ما يضمون من الوسائل القانونية التي يسعون من خلالها الى الحفاظ على العقد من البطلان الذي يتهدده ويعدمه من الوجود وذلك من خلال اعتماد عدد من الانظمة القانونية التي يمكن من خلالها تحقيق هذا الهدف الذي يسعى اليه المشرع ومن بين هذه الانظمة هو نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح ومن المتعارف عليه ان العقد هو الصورة الشائعة للتصرف القانوني في مجال القانون الخاص وهو يعتمد في وجوده على اتفاق ارادتين بشأن انشاء او تعديل او نقل او انهاء التزام معين وفي مجال القانون الاداري يتخذ التصرف القانوني شكل الارادة المنفردة ويقصد بذلك القرار الاداري واما يتطلب الامر توافر ارادتين وان كانت احدهما الاكثر تميزا من الاخرى وهذا وهو العقد الاداري و القرار الاداري واذا كان القانون الخاص قد نظم بنصوص صريحة و قاطعة فكرة تحول التصرف القانوني _العقد_ الباطل الى عقد صحيح حماية لحقوق المتعاقدين فانه كان من الواجب اعمال هذه الفكرة في المجال القانون العام نظرا لما تحققه هذه الفكرة من مزايا عديدة تهدف الى الصالح العام و حماية المراكز القانونية المستقرة وضمان استمرار سير المرافق العامة لذلك تولد لدينا الرغبة في محاولة اظهار فكرة التحول في القانون الخاص و تطبيقها على تصرفات الادارة سواء الفردية او العقدية.

ثانيا- اهمية الدراسة:

تكمن اهمية هذا الموضوع (تحول العقد في نطاق القانون المدني و الاداري)في عدة مسائل جوهرية حيث ان الاصل في العقود الباطلة كما هو معروف لدى المختصين في القانون انها لاتنعقد ولا ترتب اثرا قانوتيا وهو مبدأمتفق عليه ويتبين هذا المعنى من تعريف العقد الباطل ذاته والذي يقصد به بانه العقد الذي لايصح اصلا

باعتبار ذاته او وصفا باعتبار اوصافه الخارجية وبالتالي فان العقد (الباطل) والذي يطلق عليه مجازا اسم العقد هو معدوم قانونا ولا ينتج اي اثر وعليه تعاد الحال الى ما كانت عليه قبل العقد وهذا هو الاصل غير ان هنالك من التشريعات التي رتبت بعض الاثار الاصلية او العرضية على العقود الباطلة كما لو كانت عقودا صحيحة وذلك تاسيسا على فكرة حماية الظاهر و الثقة المشروعة في المعاملات كما في حالة عقد الشركة الباطل فهو يرتب اثاره بالرغم من البطلان حيث يستطيع الشركاء ان يتقاسموا الارباح فيما بينهم ويتحملوا الخسائر الناجمة عن العقد الذي يعد باطلا لعدم استيفاء الشروط المقررة قانونا وفي مقدمتها التسجيل كذلك الحال بالنسبة للعقد الصوري فهو وان كان لا يرتب اثاره في الاصل بين اطراف العلاقة العقدية لانهم اتفقوا على ابرام هذا العقد الصوري لسبب مادون ان يكون له وجوده بالنسبة الى المتعاقدين الا انه يحق للغير الاجنبي عم العقد ان يتمسك به باعتباره عقدا صحيحا.

ثالثا- مشكلة الدراسة:

1_ندرة الكتابات القانونية في هذه الموضوع حيث تكاد تكون المؤلفات المباشرة لا تتعدد كثيرا

2_قدم الاحكام القضائية الصادرة عن القاضي المدنى و الاداري في هذا المجال رغم أنه قاضي انشائي و لكنه مر على الموضوع سريعا دون أن يرسى له دعائمة.

3_أن الاستعانة بفكرة التحول من القانون الخاص و تطبيقها في المجال القانون العام ليس بالأمر الهين لأنه لابد للباحث أن يعيد تفصيل الثواب على جسد الكائن الجديد ولا شك أن انشاء الثوب من البداية أهون و أسهل كثيرا من ادخال تعديلات عليه لكي يكون مناسب لغير صاحبه.

رابعا- اهداف البحث:

يأمل الباحث من خلال بحثه ان يتحقق الاتي.

1_تقليل حالات بطلان العقد المدني و الاداري او القرارات الاداري .

2_المحافظة على المراكز القانونية التي استقرت في ظل عمل قانوني غير صحيح.

3_اظهار الفارق بين نظرية التحول و غيرها من وسائل تستخدمها من قبل القاضى او المفسرين القانونية.

4_التأكيد على قرينة الصحة في العقد المدنى و الاداري او القرار الاداري.

خامسا- مبررات الدراسة:

ان اهم المبررات التي دفعتنا الى اختيار نظام تحول العقد ليكون مدار البحث في لنيل الماجستيره تتجلى من خلال الرغبة الحقيقية الجادة في اغناء المكتبة القانون العراقية بشكل خاص و المكتبة العربية بشكل عام بمواضيع قانونية متخصصة حيث وان كنت لا داعي لنفسي بأني الوحيد الذي اقدم على الخوض في غمار هذا الموضوع بحثنا حيث سبق وان تناوله عدد محدود جدا من الكتاب لا يتجاوز اصابع اليد الواحدة غير انه يحق لي ان ادعي باني قد تناولت هذا الموضوع وبناء على توجيهات الاستاذ المشرف قد اقتصر على نطاق القانون الخاص وبالتحديد في نطاق القانون المدني وهو ما يضفي على هذا البحث ميزة خاصة تمييزه عن الدراسات التي سبقت بحثنا هذا ذلك ان الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع قد تناولوه في اطار القانون القانون المدني و القانون الاداري(القد الاداري) الامر الذي يعني انهم قد عالجوا هذا الموضوع بشكل عام وواسع الامر الذي دفعني لاكمال المسيرة التي بدأها من سبقني في هذا المجال ولكن بشكل أكثر تخصصا بحيث يوضح معالم هذا النظام وتطبيقاته في نطاق القانونين المدني و الاداري يضاف الى ذلك ان الدراسات التي سبقت هذا البحث على الرغم من ندرتها فانها لم تعالج موضوع اثار التحول بشكل وافي يمكن الباحث القانوني من فهم النتائج الاساسية التي تترتب على اعمال هذا النظام .

سادسا - نطاق الدراسة:

ويشمل نطاق الدراسة هذا البحث عن ماهية نظرية التحول في القانون المدني و تعريفه وشروطه و تمييز تحول العقد عن الاوضاع القانونية المتشابهة و نقاط الاختلاف بين التحول و التصحيح و تكيف القانوني التحول في القانون المدني و تطبيقات نظرية التحول و اثار التحول في القانون المدني و ماهية نظرية التحول في القانون الاداري و التحول في العقد الاداري و التحول في القرار الاداري.

سابعا- الدراسات السابقة:

1_دراسة الدكتور على كاظم الشباني بعنوان تحول العقد في نطاق القانون المدني .منشورات الحلبي الحقوق ,الطبعة الأولى 2015 ,سوريا ,حلب.

2_دراسة الدكتور احمد سلامة احمد بدر بعنوان تحول تصرفات الادارة الباطلة الى تصرفات قانونية صحيحة (القرار الأداري_العقد لأداري) مركز الدراسات القانونية و القضائية جامعة القطر.2017.

ثامناً- منهجية الدراسة :

التزاما بالمنهج العلمي للبحوث العلمية فقد اعتمدنا على المنهج المقارنة لموقف قانون المدني و الاداري وآراء شراح القانون على النظرية التحول و تحليل النصوص و شرح أحكامها وتعقب جزئياتها وتحديد آثارها ولم نقتصر في دراستنا على جوانب النظرية حسب وانما سنعمد الى مزج الجانب النظرية بالجانب العملي من خلال عرض موقف القضاء العراقي و بيان مدى تطابق الموافق القانونية و القضائية من عدمه.

تاسعاً- الهيكلية الدراسة:

تم تقسيم الدراسة الى الفصلين بعد المقدمة و كل فصل يحتوي على عدد من المباحث على النحو التالي حيث تحدث الفصل الاول عن ماهية النظرية التحول في قانون المدنى عيراقي و بتعريف التحول في اللغة و الاصطلاح والمبحث الثاني تحدث شروط التحول العقد وفي المبحث الثالث تناول تمييز تحول عن الاوضاع القانونية المتشابهة وفي المبحث الرابع تحدث التكيف القانوني التحول في القانون المدني العراقي وفي المبحث الخامس تحدث اثار التحول العقد في القانون المدني , بما بنسبة الفصل الثاني تحدث عن ماهية النظرية التحول في القانون الاداري و هذا الفصل تنقسم الى المبحثين , في المبحث الاول التحول في العقد الادارى اما المبحث الثانى تناولت عن التحول في القرارات الاداري. ونرى انه مهما بذلنا من جهد في عرض الموضوع و تبنى مانراه صواباً فانه يبقى جهداً انسانيا يحتمل الخطا و نسيان وهذا من طبيعة البشر فالكمال لله وحده والله ولي التوفيق.

فصل الاول

1. ماهية نظرية التحول في القانون المدني

دأب الفكرة القانوني على العمل من اجل وضع الحلول اللازمة لأخراج العقود من البطلان الذي قد يلحق بها لذا نجده قد وضع كثيرا من النظم القانونية لتحقيق هذا الهدف المهم فنره قد أوجد نظام التأييد و التصحيح و الأنتقاص غير أن كل هذه الأنظمة وعلى الرغم من دورها المهم في التقليل من حالات البطلان الا أنها بالتأكيد لم تقض عليها بشكل كامل الأمر الذي يتطلب معه على الدوام العمل على ايجاد النظم القانونية الكفيلة للحد من البطلان لذا نجد هذا الفكر قد عمد الى ايجاد نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح بوصفه احد اهم الأنظمة القانونية التي يمكن خلالها معالجة حالة البطلان الكلي للعقد التي لم تستطيع الأنظمة آنفة الذكر من معالجتها,و لذلك سنقسم هذا المبحث الى قسمين.

1-1 مفهوم التحول

1-1-1 تعريف تحول و الشروطه

ان اصل هذه النظرية صاغها الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر ,واخذ بها القانون الالماني و تتخلص في ان العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد اخر, فيتحول العقد الذي قصد الية المتعاقدان وهو العقد الباطل الى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح و بذلك يكون العقد الباطل قد انتج اثرا قانونيا(1),وقد عرف الفقة الاسلامي تحول العقد من خلال القاعدة الفقهية(العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للالفاظ و المباني) فالالفاظ و المباني هي الوسيلة و المقاصد و المعاني هي الغاية , فالعبرة للغاية لا للوسيلة ومن تطبيقات هذه القاعدة الفقهية (الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة)و (الحوالة بشرط براءة المحيل كفالة)ومنها قاعدة (الهبة بشرط العوض بيع)و قاعدة (الاعارة بشرط العوض اجارة)و قاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله ,ولكن اذ تعذر اعمال الكلام يهمل)وابرز تطبيق لنظرية تحول العقد في الفقة الاسلامي تلك الاثار التي تترتب على عقد الزواج باطلا كان او فاسدا لان بطلان الزواج و فساده سيان حتى في الفقة الحنفي, ليس له وجود شرعي وان كان له وجود فعلي فلا ينتج اثره كتصرف شرعي ولكن ينتج بعض الاثار كواقعة مادية اذ اقترن بالدخول على الزوجة ومن هذه الاثار درء الحدود وثبوت النسب ووجود العدة و المهر وكذلك تصرفات المريض مرض الموت' وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية تحول العقد حيث نصت المادة(140) منه على (اذ كان العقد باطلان و توافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذ تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد) وتقرر هذه المادة حكم مفاده ان توفر اركان و شروط تصرف صحيح في تصرف باطل مع اتجاه نية المتعاقدين المفترضة الى

ابرام التصرف الصحيح لو كانا يعلمنا ببطلان التصرف الاول ان تحول السند الرسمي الفاقد لاحد شروط الى سند عادي و تحول الورقة التجارية الفاقدة لاركانها الشكلية لسند عادي.

أولا/ تعريف تحول العقد لغة.

اولا/ تعريف تحول العقد لغة/في اللغة مصدر تحول , و معناه التنقل من الموصوع الى اخر زمن معانية ايضا الزوال , كما يقال تحول عن الشيء اي زال عنه الى غيره و كذلك التغيير و التبديل و التحول مصدر حول وهو النقل من موضوع الى موضوع فالتحول مطاوع واثر االتحول وهو بمعنى الانتقال, ويستفاد لنا مما تقدم ان التحويل لغة مصدر حول الشئ و التحول اثر للتحويل و مطاوع له و تدور معانيه على النقل و التغيير و التبديل1.

ثانيا_تعريف تحول العقد اصطلاحا(التشريعى)

يعرف البعض(2) تحول العقد بانه/ عبارة عن تغيير في وصف العقد من شانه ان يرتب له جميع اثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الاصلي,

ويرى البعض الاخر بانه نوع من تاويل العقد بما يرجع به الى تحقيق المقصود منه فيصبح بذلك التزامات غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير و تجري عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام 2,

بينما يرى ا.د.عبدالرزاق السنهوري بانه التصرف الباطل قد ينطوي على الرغم من بطلانه على عناصر تصرف اخر فيتحول التصرف الذي قصد اليه المتعاقدان,وهو (التصرف الباطل الى هذا التصرف الاخر وبذلك يكون التصرف الباطل قد انتج اثرا قانونيا لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني ولكنه انتج اثرا عرضيا لا اثرا اصليا)3.

2-1-1 شروط تحول العقد

يشترط لتحول التصرف الباطل الى تصرف اخر اجتماع شروط ثلاثة هي:

---

[1] مختار الصحاح في اللغة و العلوم ,لسان العرب مادة _حول_ المصباح المنير الحاء مع الواو وما يثلثهما ص244 التعريفات للجرجاني,لكويتية .

[2] د. عبدالحميد الشواربي عاطف الشواربي ,عمر و الشواربي, البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي ,المكتب الجامعي الحديث/2010 الاسكندرية.الطبعة الاولى ,ص410.

[3] د.توفيق حسن فرج, النظرية العامة للالتزام ج1 الناشر منشورات الحلبي الحقوقية سنة 1978,ص225.

ا_بطلان التصرف الاصلي:

يجب ان يكون التصرف الاصلي اما باطلا واما تصرفا قابلا للابطال وقد ابطل فعلا ولايجوز ان يكون تصرفا صحيحا ولا تصرفا باطلا في شق منه صحيحا في الشق الاخر مثل عقد رهن حيازة صحيح في ورقة رسمية و يتبين ان كلا من الراهن و المرتهن كان يوثر ان يكون الرهن رهنا رسميا لارهن حيازة فلا يتحول رهن الحيازة الى رهن رسمي في هذه الحالة لان رهن الحيازة وقع صحيحا ولا يتحول الا التصرف الباطل4.

كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف او على شرط فاسخ اذا تخلف الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد لايتحول الى تصرف اخر لان العقد صحيح واراد المتعاقدان ان يعلقاه على الشرط ولا يريدان اذا سقط العقد بمفعول الشرط ان يتحول الى عقد اخر,واذا كان التصرف باطلا في شق منه صحيحا في الشق الاخر وكان التصرف قابلا للانقسام لم يكن هناك محل لتحول التصرف بل لانتقاصه فيبقى الجزء الصحيح و يزول الجزء الباطل 5, وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي تحويل عقد صحيح الى عقد اخر حتى لو تبين ان الاطراف المتعاقدة تقصد ذلك العقد الاخر تحت طائلة تغيير سبب الدعوى انما في مثل هذه الحالة يجب على القاضي اعادة تكييف العقد و اعطاوءه الوصف القانون السليم6.

ب_يجب ان يكون التصرف الاصلي باطلا بالجملة:

اما اذا كان جزء منه باطلا و كان التصرف قابلا للانقسام و التجزئة فلا يكون هناك محل للتحول بل قابلا للانتقاص فيزول الجزء الباطل و يبقى الجزء الصحيح مثل قسمة تقع على اعيان بعضها موقوفة و بعضها مملوكة فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة الا اذا اثبت من يطعن في القسمة

كلها انها ما كانت تتم في الملوك دون موقوف7.

والقول بان التصرف الباطل ينتج اثرا يتعارض مع منطق البطلان يعين عدم ترتب اي اثر من اثار التصرف المخالف للقانون و لذا فمن اللازم ان نحدد حقيقة مصدر الاثار التي تعزي الى التحول و هل هو التصرف الباطل ام تصرف قانوني اخر, ويتبين من ذلك ان وجود شرط باطل في الوصية يكون من شانه ان يبطل الوصية كلها اذا كان هو الدافع الى التصرف او يبطل وحده اذ لم يكن هو الدافع يدخل في نطاق القاعدة

---

[4] د.عبدالرزاق احمد السنهوري مصادر اللالتزام ج1.دار النشر القانونية .القاهرة_ديمشق,1954.ص20.

[5] د. محمد علي النجار, الطبعة الاولى ,دار الدعوة 1989,المعجم,اسطنبول ص 209 المعجم العربي الحديث .

[6] د.عبدالرزاق احمد السنهوري مصادر الحق في الفقة الاسلامي,الجزء السادس ,دار الفكرة للطباعة سنة 1954,ص14.

[7] د.احمد يسرى ,تحول التصرف القانوني ,دراسة المقارنة/المادة 144 من القانون المدني المصري,رسالة دكتوراه من جامعة هيدلبرج_المانيا,سنة 2009 ص20.

انتقاص العقد ويدخل ضمن نطاق هذه القاعدة ايضا ما يشترط فيه القانون ان يقف عند حدود الحد المعين على ان ينقص مايزيد على هذا الحد كعقد بقاء في الشيوع الاتفاقي مدة اكثر من خمس سنوات, فيبطل الشرط و يخفض الى الحد الجائز قانونا حيث تنص المادة (139) من القانون المدني العراقي رقم(40 لسنة1951)العدل على انه(اذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق هو الذي يبطل, اما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذ تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا) وكذلك عقد قرض بفوائد تزيد على النسبة المسموحة بها قانونا وهي سبعة من المائة , فيبطل النسبة الزائدة وينتقص الى الحد الجائز قانونا اي تنتقص الفوائد الى سبعة في المائة8,في الحالات السابقة لايتحول العقد بل ينتقص مادام قابلا للتجزئة,

اما اذا لم يكن قابلا لها فانه يبطل بالجملة خاصة وان القاضي حين يقرر البطلان انما يطبق النصوص التي تقضي ببطلان العقود المخالفة في محلها او سببها للنظام العام او لاداب وان التوسع في الادوار الممنوحة للقاضي قد تؤدى الى تحكم القضاء في عقود الافراد وهذا يخالف فلسفة تحول العقد و انتقاصه وهي مقتضيات العدل و استقرار المعاملات .

وقد اكدت هذا المعنى محكمة تمييز العراقي حيث جاء في قرار لها (ان عقد البيع تضمن المبيعات عديدة من المنقولات و غير المنقولات وقد نص العقد على ثمن المبيعات دون ان يفصل لكل ثمنه, وحيث ان العقد تضمن في شق منه بيعا باطلا وفي الشق الاخر بيعا فاسدا لجهالته في الثمن لذلك يعتبر العقد منذ تاريخه غير لازم وحيث ان التعويض الاتفاقي انما يستحق في العقود الصحيحة لذا يكون الحكم الاستئنافي المميز القاضي باعادة الثمن وحده للمشتري دون التعويض المطالب به موافقا للقانون حيث النتيجة لذا قرر تصديقه)9.

له فلا يتحول البيع الى بيع يقع على ارض مشابه مملوك للبائع حتى لو تبين ان المتعاقدين كانا يقبلان بذلك لو علما بان البائع لايملك الارض فالشخص الذي اشترى شيئا وهو يعتقد انه اثري يظل مرتبطا بالعقد اذ عرض البائع ان يعطيه الشيء الاثري الذي قصد شراءه ادخل عليه عنصر جديد لم يكن موجودا في الشيء الاثري بالذات فتتخلف بذلك شرط من شروط التحول و هذه الحالة يطلق عليها في فقة القانون تصحيح العقد الباطل.

---

[8] ينظر المادة (172) القانون المدني العراقي رقم(40)لسنة 1951 المعدل

[9] محكمة تمييز العراقي لقرار رقم (59/حقوقية /1960)في 1960/3/14.

ج_ انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الاخر الذي يتحول اليه التصرف الاصلي:

يظهر من هذا الشرط ان المتعاقدين كانا يريدان هذا التصرف الاخر لو انهما علما بان التصرف الاصلي باطل وليس لانهما اراد التصرف الاخر الارادة حقيقية فارادتهما الواقعية تتجه الى التصرف الاصلي اي ان تنصرف نية المتعاقدين الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصلي من اسباب البطلان.

فتجري عملية التحول باستخلاص الارادة الحقيقية الضمنية ابتداء و المفروضة انتهاء اي يستخلصها القاضي من غاية المتعاقدين العملية التي يريدان الوصول اليها ومن الظروف المقارنة الواقعية للتصرف اذ العبرة بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية التي تبين بطلانها و الغرض من ذلك وضع معيار للقاضي تحقيق العدالة فعليه ان يقوم باستخلاص ماكانت تنصرف اليه نية المتعاقدين عند ابرام العقد و هذا التكييف القانوني من القاضي يقع رقابة تحت محكمة التمييز[10],وحيث جاء في قرار محكمة التمييز العراقي (ان عقد المشاركة بملكية السيارة باطل اذ لم يسجل لدى دائرة المرور او لم تقم دعوى باثبات الملكية خلال سنة من نفاذ قانون المرور رقم(86 لسنة2004)المعدل فان للشريك في السيارة بعقد خارجي ان يطالب بنصيبه من منافعها للفترة المبتدئة من تاريخ العقد الى تاريخ نفاذ القانون دون الفترة التالية لذلك البطلان.

لاينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة المرور المختصة ز استوفي الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة وفرضت الفقرة(6) على من انتقلت اليه ملكية مركبة باي سبب من اسباب الملكية ولم يتم تسجيل نقل ملكيتها وفق الشكلية المنصوص عليها فان مشاركته في الملكية السيارة بموجب عقد الخارجي تصبح باطلة و بالتالي يكون محقا بنصيبه منفعة السيارة[11].

2-1 تمييز تحول العقد عن الاوضاع القانونية المشابهة

ان اهم اشكاليات نظرية فكرة تحول العقد هي اختلاطها بمفاهيم قانونية قريبة منها مما ينعكس بشكل واضح على مسالة سلطة القاضي في النزاع المعروض امامه اذ من المعلوم ان سلطة القاضي تختلف من حيث المدى بحسب العمل الذي يقوم به (تفسير العقد , تكييفه , تجزئته, تحويله) وقد اثبتت التطبيقات العملية و الاجتهادات القضائية ان الاطراف المتنازعة غالبا ما تلجا الى الطعن بقرار القاضي عندما يقوم بتحويل العقد الباطل او القابل للابطال الى عقد اخر صحيح متذرعة بانه قام بعملية تفسير تجاوز فيها حدوده او انه كان عليه تجزئة العقد بدل تحويله او انه في غير في سببه او انه حكم للخصم باكثر مما طلب مما يشير الى الخلط

---

[10] د.عبدالرزاق السنهوري ,مصدر سابق ,ص20.
[11] د.عبدالرزاق احمد السنهوري ,مصدر سابق.ص20

الواضح بين تلك المفاهيم و الذي ينعكس بدوره على السلطات الممنوحة للقاضي ناظر النزاع الامر الذي يحتم تمييز التحول عن تلك المفاهيم كي نتمكن بعد ذلك من معالجة الاشكالية الرئيسة المتمثلة بتحديد سلطة القاضي في تصحيح العقد12.

1-2-1 تمييز تحول العقد عن انتقاص العقد

تقوم نظرية انتقاص العقد على فكرة أنه اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال , فهذا الشق وحده هو الذي يبطل , الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله . فلو أن عقد البيع ورد على عدة اشياء ووقع العاقد بغلط جوهري بشاءن شيء منها فان البطلان لايصيب الا يصيب الا الشق الذي قام سببه فيبطل البيع في المحل الذي ورد على الغلط الجوهري ويظل مايبقى من العقد صحيحا وكذا لو ان عقد الهبة اقترن بشرط باطل قانونا فان الهبة تصح ويلغي الشرط وحده مالم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد. ومثال في ذالك ان يبيع الرجل في صفقة واحدة مالا موقوفا واخر مملوكا له ملكية خالصة فان البيع يصح فيما هو مملوك له ملكا خالصا ويبطل في المال الموقوف وذلك ان الاعتبار الشرعي للتصرف قد يتوافر في جزء منه دون الاخر13.

و الواقع ان ما يميز نظرية انتقاص العقد عن تحول العقد انها تكريس لخصائص البطلان اذ ان البطلان يقبل التجزئة فاذا ما وقع البطلان على عنصر من عناصر العقد و كان العقد قابلا للانقسام انحصر البطلان في ذلك الجزء في حين التحول لايمكن ممارسته الا بصدد عقد باطل او قابل للابطال برمته ففكرة تحول العقد لها مجال مختلف عن مجال فكرة الانتقاص لان الانتقاص يكون عندما يرد البطلان المطلق او نسبي على شق من العقد14,كما لو اقترن عقد القرض بشرط فائدة تزيد عن الحد المسموح بها قانونا فلا يصيب البطلان الا تلك النسبة الزائدة عن الحد الجائز ويصح العقد فيما وراءها,ففي انتقاص العقد ينحصر دور القاضي في تفسير ارادة المتعاقدين خصوصا عندما يدعي احد الاطراف ان الشق المراد ابطاله لاينفصل عن جملة التعاقد و هذا على خلاف نظرية تحول العقد اذ ليس التحول مجرد تفسير لارادة المتعاقدين فدور القاضي في البحث عن نية المتعاقدين و التاكد من ان ارادتيهما كانت ستنصرف الى ابرام العقد المتحول اليه لو انهما كانا يعلمان ببطلان تصرفهما الاصلي فالقاضي هنا يحل نفسه محلهما ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا الامر الذي

---

[12] الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,ج1 سنة الطبع 2016 ,دار السنهوري لبنان_بيروت,ص51.
[13] د عبدالرزاق احمد السنهوري , مصدر سابق,ص82.
[14] د عصمت عبد المجيد بكر ,النظرية العامة للالتزامات ,الجزء الاول , منشورات جامعة جيهان الخاصة سنة 2010 ص325.

يعني ان سلطة القاضي في نطاق التحول ليست تحكمية لانه عليه ان يسترشد بارادة الاطراف المتعاقدة بالذات15.

2-2-1 تمييز تحول العقد عن تفسيرالعقد

بينا ان التحول ليس مجرد تفسير لارادة المتعاقدين بل ان القاضي يحل نفسه محلهما ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا انطلاقا من بطلان القديم ووجه الشبه بين المفهومين هو ان القاضي في كليهما يسعى الى التوصل الى المعنى الحقيقي,الذي قصده المتعاقدان في عقدهما محاولا تبين الغموض الذي شاب الارادة غير ان الفارق بينهما واضح اذ ان القاضي يحاول في اثناء تطبيقه لتحول العقد الباطل معرفة ما اذا كانت ارادة الاطراف المتعاقدة قد اتجهت الى عناصر العقد الصحيح المتضمنة اصلا في العقد الباطل و بالتالي يكون اتجاهه نحو الارادة المحتملة للمتعاقدين 16.

اما في تفسير العقد فالامر مختلف اذ هو ليس في مواجهة حالة من البطلان تقبل التصحيح بل انه يبحث عن الارادة الحقيقية وليس الاحتمالية للاطراف المتعاقدة والتي لم يتم التعبير عنها بشكل واضح جلي من خلال الالفاظ المستخدمة في العقدو التي انعكست على الارادة فجعلتها مشوبة بالغموض و بالتالي فليس من مهام القاضي في تفسير العقد البحث عن عناصر عقد صحيح اذ الفرض ان العقد صحيح اصلا.

ان موضوع البحث عن نية الفرقاء هو نفسه وجه الشبه ووجه الاختلاف بين تفسير العقد و تحويله ففي تفسير العقد يبحث القاضي عن النية الحقيقية في حين يبحث عن النية المحتملة في اثناء تحويله للعقد.

3-2-1 تمييز تحول العقد عن تكييف العقد

تكييف العقد عمل فني يقوم به القاضي من خلال تفسيره للعقد و تحديده للالتزامات التي يتضمنها واستجلائه لارادة الاطراف المتعاقدة من اجل اعطاء التصرف القانوني المعروض امامه التسمية القانونية التي يخلعها القانون على هكذا تصرف و القاضي لايقوم بهذا العمل الا عندما يثور نزاع بين الاطراف حول ما يترتب على تصرفهم القانوني من اثار فيتولى القاضي تكييف العقد بهدف تحديد الاثار القانونية المترتبة على هذا الوصف17.

---

[15] د.عبدالرزاق احمد السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني ,نظرية الالتزام بوجه عام ,مصادر الالتزام ,الطبعة الثانية دار النهضة العربية,1966,ص 495.

[16] الدكتورة راقية عبد الجبار على سلطة القاضي في تعديل العقد ,دراسة قانونية مقارنة ,منشورات زين الحقوقية ,بيروت 2017,ص 56.

[17] د.عبدالرزاق احمد السنهوري, الوسيط ج1,مرجع سابق ,ص237.

ولما كان من غير الضروري ان تتوافق التسمية التي يطلقها القاضي على التصرف مع التسمية التي اختارتها الاطراف المتعاقدة فان التساول يثور حول طبيعة تكييف العقد بالنسبة للقاضي هل هو مجرد امكانية ام واجب قانوني على القاضي الوفاء به,من الثابت قانونا واجتهادا وفقها ان اعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد المتنازع فيه هو التزام يقع على عاتق المحكمة لانه لايشترط في الاطراف المتعاقدة المعرفة القانونية فيكون تكييفهم خاطئا وقد تكون الاطراف المتعاقدة على بينة من بطلان تصرفهم فيطلقان عليه تسمية غير حقيقية تحايلا على القانون كما في حالة اشتراط تملك المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون بالرهن حيث يعلمان ان الشرط باطل فيلجئان الى تسمية عقد الرهن مع شرط تملك المرهون ببيع الوفاء ,ففي هذه الحالات فان القاضي ملزم باعطاء الوصف القانوني الصحيح[18].

وقد اوجب الاجتهاد العراقي على قاضي الموضوع اعادة تكييف العقد بما يتناسب مع الوقائع المعروضة امامه معتبرا ان عقد البيع الذي يخفي رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذ هو رد الثمن الى المشتري انما هو صورة من صور بيع الوفاء .

في الواقع ان القاضي ليس ملزما بالوصف الذي تخلعة الاطراف المتعاقدة فهو يستطيع اعتباره غير حقيقي فالاجتهاد القضائي في العراق على سبيل المثال اعتبر ان قاضي الموضوع قد طبق القانون تطبيقا صحيحا عندما غير توصيف العقد من عقد بيع الى عقد مشروع.

وكذلك يستطيع القاضي ان يعيد تكييف العقد من اجل ان يتجنب الحكم ببطلان العقد موضوع النزاع و المثال الذي هو النزاع المتعلق بعقد بيع مختل الاداءات بحيث يكون الثمن تافها الى الحد الذي يجعل منه عقدا باطلا كبيع لكن للقاضي ان يعطيه وصفا اخر يكون بموجبه التصرف صحيحا كهبة بلا عوض وهنا يختلط مفهوم اعادة تكييف العقد مع مفهوم تحول العقد الباطل اذ يسعى القاضي في الحالتين الى تصحيح العقد[19].

ان المفهومين وان اختلطا في بعض الحالات يتميزان عن بعضهما فعندما يغير القاضي من وصف العقد ثم يصححه بناء على الوصف الجديد فانه انما يقوم بتحول العقد الباطل الى اخر صحيح وهو لايستطيع ان تحول بالعقد مالم يتبين بطلانه ابتداء ويتبين من توافر العناصر المكونة للوصف الجديد في التصرف الاصلي الباطل او القابل للابطال اما في التكييف فان العقد الاصلي باق باصله صحيحا لا ان القاضي بدل تسميته فقط و غالبا مايكون تكييف العقد تال لتفسير الفاظه المستخدمة في غير معناها كتسمية الاطراف عقد القرض لاجل

---

[18] دعبدالرزاق احمد السنهوري ,نظرية العقد ج2 مرجع سابق ص,239.
[19] الدكتور انور سلطان, النظرية العامة الالتزام ,طبعة 1985 ميلادي بند(252/و مابعده.

بسند امانة حيث يتولى القاضي تغيير الوصف من سند امانة الى سند دين عادي انطلاقا من تحديدهم لاجل الوفاء على اعتبار ان عقد الامانة ليس له اجل محدد بل يكون لحين الطلب ففي هذا المثال فان ما قام به القاضي هو اعادة تكييف العقد وليس التحول به لان التصرف الاصلي لم يكن باطلا ولا قابلا للابطال20.

ومن جهة اخرى فان الفارق بينهما يتجلى ايضا من حيث الاثار فالاثار التي يرتبها تحول العقد هي اثار عرضية لايرتبها العقد الاصلي على اعتبار انه باطل وانه لم يبق بشكله الاصلي ولا بمضمونه لان القاضي قد تحول يه الى عقد اخر جديد هو الذي انتج الاثار اما في توصيف العقد فان الاثار التي ينتجها العقد بتسميته الجديدة هي اثار اصلية لان العقد باق على اصله و الذي تغير هو وصفه وليس مضمونه. ان تحول العقد الباطل او القابل للابطال هو عملية قانونية اكثر شمولية من اعادة تكييف العقد.

بل ان تكييف العقد قد يصبح مرحلة من مراحل تحول العقد لان القاضي في اثناء قيامه بتحول العقد يستعرض الوقائع و الالفاظ المستخدمة وارادة الاطراف المتعاقدة ليرى امكانية توصيف العقد توصيفا جديدا يصبح بموجبه العقد الباطل عقدا اخر صحيحا دون اضافة اي عنصر على عناصر العقد القديم الامر الذي يثير التساؤل حول مدى سلطة القاضي في تجنب تقرير بطلان العقد خاصة فيما لو تمسك بهذا الحق احد الاطراف في حين طلب الطرف الاخر من القاضي تحول العقد الى اخر صحيح .

4-2-1 تمييز تحول العقد عن تصحيح العقد

ان تحديد مفهوم تصحيح العقد يوجب علينا بالدرجة الاساس بيان معناه ومن ثم بيان نطاقه و الحالات التي يمكن ان يتم فيها و بداية يلاحظ انه ليس هناك نصوص قانونية خاصة بالتصحيح تمثل مبداء او نظرية عامة له غير انه يمكن تلمس بعض التطبيقات هنا و هناك تدل عليه بشكل واضح ولم تورد التشريعات تعريفا للتصحيح نتيجة غياب النص المباشر عليه غير ان الفقة حاول وضع التعريفات اللازمة له انطلاقا من وظيفته المتمثلة بشرح قواعد القانونية ووضع النظريات اللازمة التي تساعد على فهمها لاسيما وانه من الافضل ترك موضوع ايجاد التعاريف اللازمة للمصطلحات القانونية للفقة, وقد عرف السنهوري التصحيح بانه (تصحيح العقد يكون بادخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا الى جعله صحيح) غير ان هذا التعريف انتقد بانه ليس شاملا لكل حالات التصحيح فهو يقتصر على حالة واحدة من حالات التصحيح وهي حالة اضافة عنصر الى العقد الباطل و اهمل بقية الحالات الاخر للتصحيح و التي تتم من خلال الانتقاص او الابدال.

---

[20] دعبدالرزاق احمد السنهورى ,نظرية العقد ج2 ,مرجع سابق ,ص 311.

ان هذا الانتقاد صحيح ذلك ان القول بان التصحيح يكون بادخال عنصر جديد على العقد فقط قول فيه مجافاة لواقع التصحيح واختزال له وهو مايخالف التطبيقات القانونية التي سنعرض بعضها لاحقا.

وقد عرفه الدكتور عبدالعزيز المرسي بانه(زوال البطلان الذي يتهدده اي ان العقد القابل للابطال يصبح بعد التصحيح غير قابل له)21. ولكن يؤخذ على هذا التعريف انه يقتصر على العقود القابلة للابطال فقط ولا يشمل العقود الباطلة وقد علل الدكتور المرسي راية هذا بان الاجازة و التقادم لاترد الا على العقود الباطلة بطلانا نسبيا في حين ان التصحيح يمكن ان يحصل بغير الاجازة و التقادم وذلك من خلال التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل لذا فقصر التصحيح على العقود القابلة للابطال امر غير دقيق.

وقد عرف الدكتور خليل جريج تصحيح العقد بانه(ادخال عنصر جديد عليه يكون من شانه ان يزيل البطلان الذي يشوبه)22.

كما و عرفه الدكتور على كاظم الشيابي بانه(هو اصلاح للعقد بازالة العنصر الفاسد او اضافة الركن المختلف وهو عمل ايجابي فهي عملية تضفي على العقد كيانا قانونيا)و يلاحظ بان هذا التعريف على الرغم من انه جاء منطقيا من حيث النتيجة التي توصل اليها بقوله (عملية تضفي على العقد كيانا قانونيا), حيث ان العقد الباطل له وجود فعلي فقط وليس له وجود قانوني وبالتصحيح يتحقق له هذا الوجود القانوني غير انه يؤخذ على هذا التعريف اقتصاره على وسيلتين من وسائل التصحيح وهما الاضافة و الانتقاص فقط دون ان يتطرق الى الوسيلة الثالثة للتصحيح على الاضافة و الانتقاص فقط في حين نجد ان احلال عنصر محل عنصر اخر امر اخذ به القضاء الفرنسي في قرارات عديدة له.

وفي الفقه العراقي نجد ان هناك من حاول وضع تعريف جامع للتصحيح حيث عرفه الدكتور منصور الفتلاوي بانه(زوال البطلان او التهديد به بوسائل تستند الى ادارة المشرع يترتب عليها الابقاء على العقد مصححا باثر رجعي).

يلاحظ على هذا التعريف رغم احتوائه على وسائل التصحيح الاساسية (الاضافة و الابدال و الانقاص)نتيجة استخدامه مصطلح (زوال) و هذا يعني شمول كل الوسائل غير ان ثمة ملاحظة اساسية توجد بشان التعريف حيث قصر التصحيح على انه يتم بالاستناد الى ارادة المشرع وفي هذا الامر مجافاة لحقيقة التصحيح حيث

---

[21] دكتور عبد العزيز المرسي حمود ,نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المجني مصري _دراسة تحليلة و تاصيلية مقارن اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة عين شمس لسنة 2014,ص17.

[22] د.خليل جريج . النظرية العامة الالتزم, مطبعة جامعة ديمشق .السنة 1985. ديمشق.ص412.

ان ايراد التطبيقات القانونية لنظام التصحيح وان كانت تم تشريعها من قبل المشرع الا ان هذه النصوص لايمكن التعامل معها بجفاف تام بحيث لايكون لاطراف العلاقة العقدية اي دور في عملية التصحيح وكانها شي مفروض عليهم فالواقع ان التصحيح كما يمكن ان يقع بقوة القانون كما في حالة الانتقاص فانه بذات الوقت يمكن ان يقع بارادة المتعاقدين الحقيقية و بالذات ارادة من يريد القيام التصحيح,كما ويوخذ على هذا التعريف شموله للعقود القابلة للابطال وواقع الحال ان هذه العقود صحيحة من الاصل و بالتالي لا يمكن القول بتصحيحها اما القول بتاييدها فهذا لايعني التصحيح بقدر ما يعني التنازل عن طلب الابطال23.

ان نظام التصحيح العقد احد وسائل التي اوجدها المشرع للتقليل من حالات البطلان و معالجة اثاره السيئة وذلك من خلال العمل على انقاذ العقد من البطلان عليه فان هناك ثمة تقارب و تشابه نظام تصحيح العقد و نظام التحول العقد, ومن اوجه تشابه بين التحول و التصحيح هي مايأتي.

أ_حيث ان البطلان و ما يرافقه من اثار سلبية كبيرة تؤدي الى الاضرار باطراف العلاقة التعاقدية و الغير في كثير من الاحيان كما ويودي الى ارباك ساحة القضاء من خلال المشاكل الكبيرة التي تبرز على ساحته نتيجة لتعدد حالات البطلان رغم الجهود المبذولة للتقليل منها ومن اهم الوسائل التي يسعى المشرع من خلالها الى الحد او التقليل من هذه الاثار هو نظام تصحيح العقد وهكذا فالتصحيح نظام يسعى من خلاله المشرع الى انقاذ العقد من البطلان و العمل على استقرار التعامل الاقتصادي وذلك من خلال التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل اما بالاضافة كما في حالة الاستغلال حيث يقوم الطرف المستغل باضافة و عرض ما تراه المحكمة مناسبا لرفع الغبن فهذه الاضافة تعد بمثابة ادخال عنصر جديد على العقد24, او من خلال استبدال عنصر باخر كما لو اشترى شخص تمثالا على انه اثري فيتبين انه عادي فقيام البائع بتسليم التماثل الاثري الى المشتري يتضمن تصحيحا للعقد باستبدال عنصر من عناصره و نفس الشيء يقال عن حالة النتقاص وهكذا فالحكمة من نظام التصحيح هي انقاذ العقد من البطلان وهي نفس الغاية التي يهدف الى تحقيقها نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح حيث وفقا لنظام التحول يتم انقاذ العقد من البطلان وذلك متى توافرت اركان عقد اخر صحيح بين طياته حيث يحل العقد الصحيح الجديد محل العقد القديم الباطل وهكذا يتحد النظاما في الغاية التي يهدفان الى تحقيقها.

---

[23] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني,منشورات الحلبي الحقوقية ,الطبعة الاولى لسنة2015,ديمشق.ص35.
[24] د.على كاظم الشباني,مصدر سابق,ص37.

ب_ومن المسائل الاخرى التي تبرز التقارب بين النظامين هو مبداء رجعية الاثر المترتب على كل منهما فطالما كان هدف التصحيح هو اعادة التوازن العقدي عن طريق جعل السبب كافيا للعقد من اجل جعله صحيحا و مستقرا في التعامل الاقتصادي,لذا فان لغة المنطق وحتى تتم معالجة عدم كفاية السبب فان التصحيح لابد ان ينتج اثاره منذ لحظة ابرامه حيث في ذلك الوقت تحديدا ظهر الاختلال في التوازن العقد الامر الذي يتطلب معالجته منذ وقت ابرامه و ليس من وقت حصول التغيير في العنصر الباطل وان كان هناك من الفقهاء الفرنسيين من فرق بين حالتين من حيث وقت ترتيب الاثر فهناك من يرى ان اختلال التوازن العقدي 25.

اذا حصل في مرحلة تكوين العقد فان اثر التصحيح لابد ان يكون من تاريخ ابرام العقد وارتباط الاطراف به اما لو كان الاختلال قد تحقق في مرحلة تنفيذ العقد فان التصحيح لا ينتج اثره من لحظة ابرام العقد وانما الوقت الذي حصل فيه الاختلال و عدم التوازن العقد26.

ولا نميل الى هذا الراي الاخير و الذي يفرق بين حالتين من حيث موعد ترتيب الاثر اذ ليس هناك مبرر للتفريق بينهما لاسيما وان العقد اذا نشا صحيحا منذ الاصل دون ان يؤثر الاختلال على انعقاده فمعنى هذا القول استمراره صحيحا اما حصول الاختلال في مرحلة التنفيذ فلا يؤثر ذلك على صحة العقد ونتفق مع ما ذهب اليه غالبية الفقها و الذي يرى بان التصحيح ينتج اثاره من تاريخ ابرام العقد وذلك باثر رجعي وليس من تاريخ اخر حيث ان العقد كان موجودا من الاصل غير انه تعيب بعيب ما يجعله باطلا منذ الاصل لذا فان تصحيحه يجب ان يرتد باثر رجعي الى تاريخ ابرامه و كما هو الحال في التصحيح نجد ان نظام التحول هو الاخر ينتج اثاره بشكل رجعي الى تاريخ ابرام العقد وليس من تاريخ اجراء التحول, اذا القول بغير ذلك امر لايمكن تصوره حيث ان القول بانتاج التحول من تاريخ اجرائه معناه تطبيق القواعد العامة في البطلان على الفترة السابقة على التحول و التي هي اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل ابرام العقد وهذا امر لاينسجم مع المنطق القانوني اذ كيف يمكن تصور اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل اجراء التحول ومن ثم الاستمرار في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الصحيح الذي تحول اليه العقد الباطل فهذا تناقض لا يمكن قبوله لاسيما وان القاعدة الفقهية تنص على ان النقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان27.

ج_كما ويتشابه النظامان في مسالة اخرى وهي ان كلا منهما يرد على العقود الباطلة بطلانا مطلقا حيث نجد ان التصحيح عندما يرد على العقد الباطل يرفع عنه صفة البطلان وذلك بتغيير عنصر من عناصره سواء

---

[25] د عبدالرزاق احمد السنهوري,,مصدر سابق ص 47.
[26] د.على كاظم الشباني,,مصدر سابق ص 311.
[27] دعصام انور سليم عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية و القانون ,المكتبة القانونية _لبنان _1994,ص 268.

كان ذلك بالاضافة او من خلال ابعاد عنصر من عناصر العقد او من خلال استبدال عنصر باخر كما ويرى بعض الفقهاء امكانية ورود التصحيح على العقود الباطلة بطلانا نسبيا كما يمكن ان ترد على العقد الموقوف حيث يرون انه يتم تصحيح هذه العقود عن طريق التاييد او الاجازة28.

ولا نميل الى هذا الراي ونرى ان التصحيح يقتصر على العقود الباطلة بطلانا مطلقا دون العقود القابلة للابطال كون ان العقود القابلة للابطال و العقد الموقوف هي عقود صحيحة منذ الاصل اما ان القول بان التاييد او الاجازة يتضمن معنى التصحيح لهذه العقود فهو امر غير دقيق ذلك ان التاييد و كما ذكرنا سابقا هو عمل نفسي يتضمن معنى التنازل عن حق طلب الابطال في حين ان التصحيح هو مزيج من عمل نفسي و عمل موضوعي هو التغيير في عنصر من عناصر العقد الباطل, كما هو الحال في التصحيح فان التحول هو الاخر وفقا للتشريعات محل المقارنة يرد على العقود الباطلة بطلانا مطلقا و العقود القابلة للابطال وان كان القانون المدني العراقي قد خالفها في ذلك حيث فصر التحول على العقود الباطلة بطلانا مطلقا فقط.

د_ومن الامور الاخرى التي يتقارب فيها كل من التحول و التصحيح هو ان الاثار المترتبة على تحققهما تمتد لتشمل الجميع وليس اطراف العلاقة العقدية فقط فهي تمشل الاطراف الثالثة كحسني النية و غيرهم حيث لايحق لاي من هولاء الطعن بالعقد بعد تحققهما.

وعلى الرغم من اوجه التقارب و التشابه التي تبرز بين النظامين و التي اشرنا اليها سابقا فان هذا القول باي حال من الاحوال لايعني انهما يمثلان نظاما واحدا حيث ان هناك من الفوارق و الاختلافات التي يمكن من خلالها تمييز النظامين بوضوح ومن اهم تلك الاختلافات هي.

أ_من ملاحظة النصوص القانونية المنظمة لتحول العقد نجد انها قد اشترطت ثلاثة شروط اساسية تعد الاركان الرئيسة لهذا النظام و عند عدم قيامها لايمكن اعمال هذا النظام ومن اهم هذه الشروط هو ان يستجمع العقد الباطل في ذاته اركان و عناصر العقد الجديد الصحيح بالكامل بحيث لايمكن اضافة اي عنصر العقد الجديد الصحيح بالكامل بحيث لايمكن اضافة اي عنصر اليه كما لايمكن ابعاد اي عنصر من عناصر العقد او مبادلة عنصر بعنصر اخر و الا امتنع اعمال هذا النظام , حيث ان ذلك يعني تخلف احد الشروط الاساسية للتحول في حين نجد ان التصحيح يختلف عن ذلك تماما حيث ان مناط التصحيح وهو عمل مركب ينطوي على عمل نفسي هو الارادة الشخصية للمتعاقد الذي يقوم بالتصحيح مضافا اليها عملا موضوعيا يتمثل بتغيير عنصر

---

[28] د.عبد الحي حجازي ,النظرية العامة للالتزام ج2 مصادر اللالتزام مطبعة نهضة مصر ,القاهرة ,1954,ص327.

من عناصر العقد سواء كان هذا التغيير بالاضافة او الانتقاص29. او بالابدال ومن دون هذا التغيير فلا يمكن توقع حصول التصحيح وهذا ما يبدو بوضوح في قرار محكمة النقص المصرية.

الذي جاء فيه(اذ ان البطلان قد لا يرجع لاعتبارات شكلية او موضوعية فقد يرجع الى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع بشانه النص الذي يعالجه وقد يضع له المشرع حكما خاصا لحماية مصلحة عامة فيخرج به عن القواعد العامة سالفة البيان فقد يذهب المشرع الى تصحيح العقد الباطل وهي تخرج عن نطاق تحول العقد الباطل التي تستلزم عدم اضافة اي عنصر جديد على هذا العقد فاذا ما سلك المشرع نهج التصحيح فلا محل للتمسك بالقواعد العامة في القانون المدني و منها نظرية تحول العقد الباطل ورد المتعاقدين الى ما قبل التعاقد.

ب_ومن الفوارق الاساسية الاخرى التي تبرز بين النظامين هي ان التصحيح بالمعنى الذي اوردناه يقع باحدى الوسائل التي تتضمن تغييرا في احد عناصر العقد انما يعني بالتاكيد بقاء العقد المصحح(الباطل قبل التصحيح)بعد التغيير الذي طرا على احد عناصره دون ان يؤدي هذا التغيير الى تغيير العقد المصحح بمعنى ان التصحيح لا يؤثر على الطبيعة القانونية للعقد بل يستمر بذات الطبيعة القانونية التي كان عليها قبل التصحيح فعلى سبيل المثال ان عقد الايجار الذي ينعقد لمدة تزيد عن الحدود المسموح بها قانونا فانها بعد تصحيح العقد الباطل وذلك بانقاص المدة فانه يبقى عقد ايجار ولا تتغير طبيعته الى طبيعة اخرى نتيجة التصحيح في حين نجد ان التحول على العكس من ذلك تماما حيث يقتضي اعمال نظام التحول ان يكون العقد الباطل قد تضمن في حيثياته عقدا جديدا يختلف من حيث الطبيعة عن العقد الاصلي الباطل30.

ج_كما و يتميز نظام التحول عن التصحيح في مسالة هامة اخرى وهي ان التحول انما يعد من الاثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل بوصفه واقعة قانونية حيث ان ايا من المتعاقدين لم يكن يقصد حقيقة الاثار التي ترتبت على العقد الجديد الصحيح حيث انهما ارتبطا في الاصل بالعقد الباطل دون ان يدر بخلدهما ان عقدهما هذا نشاء باطلا من الاصل وانه نتيجة احتوائه على اركان عقد اخر فقد تحول الى هذا العقد الاخر وان الاثار التي ترتبت هي اثار العقد الجديد وليست اثار العقد القديم الباطل الذي ارتبطا به ابتداء وعليه فان التحول يعد من الاثار العرضية التي ترتبت على العقد الباطل في حين ان التصحيح هو ليس من الاثار العرضية بل هو من الاثار الاصلية ولكن يمكن اعتباره من الاثار الاستثنائية التي تقع استثناء لاعتبارات يراها المشرع

---

[29] د.صالح ناصر العتيبي,فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية,دراسة مقارنة,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة عين شمس, القاهرة 2001, ص137.

[30] د.على كاظم الشباني , مصدر سابق ص325.

ضرورية و تساهم في تحقيق الاستقرار و التوازن الاقتصادي للعقود, و بالتالي فان الاثار المترتبة على التصحيح هي ذات الاثار الناجمة عن العقد الذي تم تصحيحه[31].

د_كما ويمكن ان نتلمس فرقا جوهريا اخر يمكن ان يبرز بين تحول العقد و تصحيحه من حيث الدور الذي تلعبة الارادة في كل منهما فالتصحيح وهو يتضمن معنى التغيير في عنصر من عناصر العقد فهو قد يتم بطريقين اساسيين ,الاول يتم من خلال ارادة المشرع مباشرة دون ان يكون لارادة المتعاقدين اي دور في ذلك وهذا من خلال النص القانوني الذي يضعه المشرع كما هو الحال في الانتقاص القانوني وذلك بابعاد عنصر من عناصر العقد الباطل كما في حالة التسعير الجبري لبعض السلع حيث لايحق للافراد الاتفاق على اسعار تزيد عن الحدود التي رسمها المشرع كون هذا الاتفاق يؤدي الى هدر الهدف التشريعي الذي سعى اليه المشرع فاذا تم الاتفاق على سعر اعلى ففي هذه الحالة يتم تصحيح العقد وفقا للسعر المحدد قانونا[32].

اما في الحالة الثانية فان التصحيح يتم فيها من خلال ارادة المتعاقدين وفي هذه الحالة يكون الدور الابرز للمتعاقد الذي يقوم بعملية التصحيح ومعنى هذا القول ان الارادة الحقيقية هي مدار التصحيح فيجب ان يعتبر عنها بشكل واضح لا لبس فيه و هكذا فان التصحيح اما ان يتم بحكم القانون ودون تدخل ارادة الاطراف واما ان يقع بارادة المتعاقد الحقيقية في حين نجد ان مدار التحول هو الارادة الافتراضية وهي ارادة غير حقيقية او غير واقعية يتم افتراضها من قبل القضاء من اجل انقاذ العقد من البطلان[33].

ذ_كما ويمكن ان نميز بين النظامين من حيث الدور الذي يلعبه القضاء في كل منهما ففي الوقت الذي يقع فيه التصحيح بطريقتين اساسيين هما ارادة المشرع و ذلك من خلال النص القانوني او من خلال ارادة المتعاقدين الحقيقية لذا نجد ان دور القضاء لايعدو ان يكون دورا كاشفا حيث ان عمل القاضي يقتصر على اقرار حكم القانون وهو امر قطعي غير قابل للرد او ان يقوم بتصديق العمل الصادر عن المتعاقد الذي يقوم بعملية التصحيح في حين الامر يختلف في نظام التحول فالقاضي وهو يفصل في النزاع المعروض عليه يلعب دورا كبيرا يتجاوز الدور الكاشف وهكذا تتبين الفوارق الاساسية بين نظامي التحول و التصحيح بشكل لايقبل اللبس على الرغم من اوجه التقارب و الشبه التي قد تدفع الى الالتباس بينهما ,وهكذا يتبين من خلال هذا الفصل ان هناك انظمة او جدها المشرع تشتبه بنظام تحول العقد من حيث الغرض الذي اوجدت من اجله او من حيث الاليات المستعملة في تحقيقها كما ان هذه الانظمة على الرغم من اوجه التشابه بينها وبين التحول

---

[31] د.عباس الصراف ,جورج حزبون , المدخل الى علم القانون,مكتبة دار الثقافة للنشرو التوزيع ,عمان,1997,ص82.
[32] د.محمد عبد الظاهر, الدور المنشى للقاضي في اطار الروابط العقدية.القاهرة ,دار النهضة العربية ,2000.ص140.
[33] د.على كاظم الشباني,مصدر سابق ص330.

فانها تتميز عنه بجملة من المسائل بحيث يمكن لنا ان نضع فواصل دقيقة بين هذه الانظمة من جهة وبين تحول العقد من جهة اخرى.

3-1 التكييف القانوني لتحول العقد

هناك عدة اراء في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لنظرية تحول العقد او الاساس القانوني الذي تتوفق عليه هذه النظرية فكلها متقاربة في مضمونها و فحواها و مبناها نسبيا فمنهم من يرى بان نظرية تحول العقد تعتمد على الارادة العملية المتعاقدين مستندا على توافر الشروط القانونية التي حددها المشرع فالارادة القانونية ماهي الا وسيلة الى تحقيق غرض عملي فاذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة وان انصار هذه النظرية منهم من يشترط في التحول ان تنصرف ارادة المتعاقدين احتياطيا الى العقد الصحيح الذي تحول اليه العقد الباطل فلا تكفي الارادة المحتملة بل يجب ان يكون المتعاقدان قد توقعا احتمال بطلان العقد الاول فانصرفت ارادتهما الى العقد الاخر عند تحقيق هذا الاحتمال.

وقد راى جانب من الفقه ان تحول العقد ليس الا مجرد تطبيق قواعد عامة دون ان يكون فيه اي استثناء و مبنى ذلك يعود الى تكييف الغقد فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى استبعاد هذا التحول.

فالتحول يدور حول تكييف العقد بحيث يمكن القول ان تكييف العقد اذ استقر على كون العقد باطلا فان ذلك لايحول دون تكييف الصفقة على اساس من عقد اخر صحيح فالعبرة بالتكييف الصحيح و بالغاية الاقتصادية من التصرف القانوني لان لهذه الغاية دورا كبيرا في تحديد المقصود من العقد و تكييفه34, والجانب الاخر يرى ان تحول العقد يرجع الى سلطة القاضي في تفسيره للعقد الذي ينتج اثرا قانونيا ليس هو العقد الباطل الذي ابرمه المتعاقدان بل هو العقد الصحيح و اساه عناصر مستقلة عن هذا العقد تجمعت في دائرته و فسرها القاضي تفسيرا تمشى فيه مع نية المتعاقدين فاستخلص منها العقد الصحيح ,

وبذلك ان نظرية تحول العقد ليس استثناء عن القاعدة التي تقول ان العقد الباطل لاينتج اثرا بالتالي هذا العقد الصحيح ليس اساسه العقد الباطل ومن الذين يرجعون تحول العقد الى نظرية الارادة من يذهب الى ان العقد

---

[34] د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي, الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية , ومصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات الارادية , مطبعة البيت العرب_عمان,1984ص 196.

القابل للابطال ولكن لم يبطل بعد يجب ان يكون قابل للتحول ولكن يجب ان تراعي في ذلك عناصر التحول الاخرى و خاصة الارادة.

ومهما يكن من الامر فان تحول العقد ليس تفسيرا او تكييفا للعقد وانما هو عمل تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقدا جديدا تقيمه لهما وذلك بناء على نيتهما المحتملة مهتديا بارادة المشرع كما لايشبه تحول العقد بانصراف العقد الى النية الظاهرة او الباطنة وذلك لان التحول يقع في العقود الباطلة في حين انصراف العقد الى النية الظاهرة او الباطنة يقع بحيثه في العقود الصحيحة و التحول يقع باقامة المحكمة نفسها مقام المتعاقدين35.

ولكي يتسنى لنا جعل مفهوم تحول العقد اكثر وضوحا من المفيد ان ناتي ببعض الامثلة و النماذج الكمبيالة التي لم تستوف الشكل الواجب قانونا فتتحول من كمبيالة باطلة الى سند اذني متى توافرت شروطه و الا تحولت الى سند عادي متى توافرت شروطه, فالشروط القانونية للكمبيالة لكي يعد صحيحا هي (عبارة سند الامر في متن السند باللغة التي كتب بها غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود, تاريخ الاستحقاق كمان الاداء اسم يجب الوفاء له او لامره تاريخ و مكان انشاء السند و اسم وتوقيع و مقام من انشا السند)فاذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة تعتبر سند لامر ناقصا و لايكون له كورقة تجارية قابلة للتداول الا استثناء36.

ففي حالة بطلان الكمبيالة وفق شروط القانون التجاري تتحول الى سند عادي في الاثبات اذ كانت تتوفر فيه شرط وجود كتابة مع وجود خط او امضاء او بصمة ابهام من ينسب اليه السندوكذلك القسمة الرضائية للمال الشائع اذ كان بين الشركاء ناقص الاهلية تكون باطلة لان من شروط صحة القسمة يجب ان يتمتع كل الشركاء بالاهلية الكاملة مع اتفاق جميعهم على هذه القسمة ولكن اذ كان ناقص الاهلية ماذونا بالتجارة اي اذن له وليه بترخيص من المحكمة و اكمل الخامس عشرة سنة من العمر37.

وتتحول القسمة الرضائية الشائع الى قسمة المهاياة_الزمانية و المكانية_ الصحيحة (قسمة المهاياة هي قسمة انتفاع للمال الشاءع لا قسمة ملكية فهي اتفاق موقت وتكون على نوعين اولا المهاياة المكانية وهي التي تتفق فيها الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء يوازي حصته من المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل

---

35 الدكتور حلمي يهجت بدوي اثار التصرفات الباطلة, القسم الاول, مجلة القانون و الاقتصاد, العدد الثالث . السنة الثالث/1933,ص132.

36 الدكتورة راقية عبد الجبار علي, سلطة القاضي في تعديل العقد, دراسة قانونية مقارنة , منشورات زين الحقوقية ,بيروت_لبنان, الطبعة الاولى/2017 ميلادي,ص56.

37 الدكتور على البارودي ,شرح القانون التجاري الطبعة /1, دار الهدى للمطبوعات,ص50.

ذلك عن الانتفاع بباقي الاجزاء و المهاياة الزمانية هي نفس الاتفاق ولكن ينصب الاتفاق على المناوبة بالانتفاع على كل او جزء من المال الشائع) وان المهاياة تدخل في اعمال الادارة التي يسمح للماذون بالتجارة و بخلاف قسمة الاعيان التي تعتبر من اعمال التصرف38.

من يتعهد تعهدا لارجوع فيه ان تجعل شخص اخر وارثا له فيكون التعهد باطلا لان الشريعة الاسلامية لاتعرف عقد اقامة وارث يكون هذا التعهد باطلا ولكن يتحول الى وصية صحيحة وهي تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت في حدود ثلث التركة ويستنتج من نية المتعهد انه ينوي اعطاء حصة من التركة الى المتعهد له بعد موته في حدود ثلث39.

وكذلك الحال وصية لاحقة لوصية سابقة فاذا كانت الوصية اللاحقة باطلة لتحولت الى العدول من الوصية السابقة اي يتحول التصرف الباطل الى عدول صحيح كما لو اوصى شخص في حياته لشخص اخر بشيء معين من ماله وهو يملك كامل قواه العقلية و يتمتع باهلية الاداء الكاملة ثم اصيب بمرض في عقله يجعله ناقص الاهلية و اوصى لشخص اخر غير الموصى له الاول بنفس الشيء الموصى به فالوصية الثانية تكون باطلة و لكن تتحول الى العدول الصحيح من الوصية الاولى الصحيحة40.

ومن امثلة تحول العقد اذا قال مالك المال للعامل في عقد المضاربة خذ المال و الربح كله لك يكون عقد مضاربة باطلة لكنها يتحول الى عقد قرض صحيح مستوف لشروطه و اركانه لان المضاربة تتطلب تقسيم الربح و الخسارة وفق الاتفاق المبرم بين الطرفين41.

قال الزركشي/هو اكبر كبار فقهاء المذهب الشافعي من قال لشخص ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة فلو حملنا العقد على انه مساقاة فانها فاسدة_باطلة_اذ ان المساقاة لاتكون بالدراهم وانما يخرج من الثمر فيحمل هذا العقد على الاجارة42,و المساقاة عقد دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره43.

يتحول عقد الوديعة الى عقد العارية اذ كان الوديع ماذون بالاستعمال و عقد الغاية تتحول الى عقد القرض اذ كان الشيء مما يستهلك بالاستعمال و الوكالة تتحول الى الفضالة و يصير الوكيل فضوليا اذا خالف الوكيل

---

38 ينظر المادة(25)من قانون الاثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979.
39 ينظر المواد 97,105, 1078, 1079, من القانون المدني العراقي رقم(40 لسنة 1951)
40 ينظر المواد(64و 73) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
41 الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني,مصدر سابق ص459.
42 الدكتور حيدر جبار محمود, تحول العقد المالي و اثره في الفقة الاسلامي ,دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه.جامحة اسكندرية_مصر,ص30.
43 الزركشي, المنثورفي القواعد, المحقق محمد حسن اسماعيل, الجزء الثاني, الطبعة الاولى, الناشر دار الكتب العلمية,بيروت سنة 2000 ص 106.

و جاوز الحدود المرسومة لوكالته ثم اجازة الموكل وكذلك يتحول القرض الى وصية لو اقرض رجل دراهم و قال (اذا مت فانت في حل)44.

يتحول عقد الوديعة الى عقد العارية اذ كان الوديع ماذون بالاستعمال و عقد الغاية تتحول الى عقد القرض اذ كان الشيء مما يستهلك بالاستعمال و الوكالة تتحول الى الفضالة و يصير الوكيل فضوليا اذا خالف الوكيل و جاوز الحدود المرسومة لوكالته ثم اجازة الموكل وكذلك يتحول القرض الى وصية لو اقرض رجل دراهم و قال (اذا مت فانت في حل).

من كل ماتقدم يبدو ان سلطة القاضي في نطاق التحول ليست سلطة تحكمية وهو يفسر نية المتعاقدين وفي ضوء ذلك يقوم بانشاء التعاقد من جديد, مستعينا بسلطته في تفسير العقود و التصرفات و مستندا بالغرض الاقتصادي للطرفين و يبحث عن الارادة الحقيقية الضمنية للمتعاقدين وعلى هذا الاساس فان دور القاضي قاصر على التثبت من تحول التصرف بعد ان يتبين له توافر شروطه.

4-1 تطبيقات نظرية تحول العقد في القضاء العراقي

لقد صدرت من المحاكم العراقية العديد من القرارات التي تناولت موضوع بطلان العقد و اثاره و تحول العقد الباطل الى عقد اخر, ففي قرار لمحكمة استئناف بغداد بالعدد 14 في 1979/11/22 تحكم المحكمة ببطلان العقد المطعون فيه بالصورية وانما منع سماع الدفع بالصورية في عقد الرهن الذي استوفي شكليته القانونية بتوثيقه و تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري حيث ان التصرفات التي ترد على العقارات لاتنعقد مالم تسجل في تلك الدائرة في حالة بيع العقار على وفق احكام المادة (508) من القانون المدني التي تنص على ان (بيع العقار لاينعقد الا اذ سجل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي نص عليه القانون) وكذلك بالنسبة للرهن التاميني على وفق احكام المادة 1286 من القانون المدني التي ورد فيها (لا ينعقد الرهن التاميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري)وذلك تطبيقا لنص المادة (149)مدني التي نصت على انه(لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري (حلت كلمة التسجيل العقاري محل مصطلح الطابو بموجب المادة (332)من قانون التسجيل العقاري رقم (43 لسنة 1971)وهنا يتبين ان الصورية لم تكن سببا لبطلان العقد , وقد يظن البعض ان العقد الصوري يكون بمثابة العقد الفاسد

---

44 المادة(816) من القانون المدني العراقي المعدل رقم (40)لسنة 1951.

و لابد من التوضيح بان العقد الفاسد هو عقد يختلف عن العقد الباطل من حيث الاثار القانونية التي يرتبها , حيث ان الفساد يكون في شق من العقد ويكون هذا الشق باطلا فيسري البطلان عليه حصرا45.

و الباقي يبقى على صحة باعتباره عقدا صحيحا وهذا ما اشارت اليها المادة (139) مدني عراقي على ان لايكون هذا الشق ركنا في العقد او كان لا يتم هذا العقد بغير هذا الشق الباطل فنكون امام عقد باطل وقد تنصرف نية الطرفين الى احداث عقد وكان هذا العقد باطلا لامر يتعلق بالسبب او المحل او الاهلية او بارادة الطرفين الا انه توفرت فيه اركان عقد اخر فيكون العقد صحيحا على اعتباره العقد الجديد الذي توفرت فيه تلك الاركان وهذه احدى تطبيقات نظرية(تحول العقد) التي تماثل القاعدة الفقهية القانونية (العبرة بالمقاصد و المعاني لا باللافاظ و المباني)حيث جعلها المشرع العراقي مادة من مواد القانون المدني العراقي فاخذت طابع الالزام عند تفسير العقد على وفق احكام الفقرة(1)من المادة(155)مدني عراقي ومما تقدم نرة ان الصورية مفهوم لا يرتب اثر البطلان على التصرفات القانونية و منها العقود تجاه الاجنبي عن العقد و انما يكون ملزم لطرفيه حصرا46.

الا اننا نرى بان تطور الحياة و دخول تقنيات الاتصال الحديثة القى بظلاله على زيادة فرص تحقق ونشوء عقود صورية الهدف منها اخفاء امر لغرض تمريره على الاخرين سواء كانت سلطة حكومية او اشخاص طبيعيين مما يحتم الالتفاف الى ذلك الموضوع واعادة صياغة التشريعات النافذة بما ينسجم وتلك التطورات مع ملاحظة ان القانون المدني العراقي الذي يمثل العمود الفقري لكل التشريعات المتعلقة بالمعاملات بين الاطراف المعنوية او الطبيعية كان قد صدر في عام 1951حيث مضى عليه اكثر من نصف قرن,وفي قرار محكمة تمييز العراقي بالعدد 12/هيئة عامة/1972 اشار الى (ان دعوى عدم نفاذ التصرف لا تؤدي الى بطلان قيد الطابو ويكتفي بتاشير الحكم في دائرة التسجيل العقاري بعدم نفاذ التصرف بحق المدعي فقط ويبقى عقد البيع قائما بين طرفيه منتجا لاثاره بحقهم ولهم عند وفاء الدين للمدعي اسقاط حقه في التمسك بعدم نفاذ التصرف)47.

---

45 د.صلاح الدين عبد الطيف الناهي. الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورة العراقية و المملكة الاردنية الهاشمية و الكويت, مصادر الحقوق الشخصية ,عمان .1984,ص 165.

46 د.عبد المنعم فرج الصدة ,محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في القوانين العربية .طبعة/1 , 1985, ص 98 بيروت.

47 انظر نص القرار المنشور في احزان العراقي ,اثر الصورية في بطلان العقد, محاضرة منشورة على شبكة الانترنيت موقع منتديات عراق السلام.على العنوان الالكتروني التالي:www,iraqpf.com.22/2/2022.

وفي ذلك تفصيلات كثيرة تتعلق بحقوق علم الطرف الاخر في العقد الصوري وان يكون التصرف منطوي على الغش و غيرها من الاحكام التي حددها القانون, ونعود الى ان العقد الصوري يبقى صحيحا ونافذا بين طرفيه وان كان لايرتب اثره بحق الغير, وهذا ما يوكد على عدم اعتبار الصورية سبب من اسباب البطلاب.

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية ان العقد المتضمن هبة مساحة من عقار للموهب له و عند عدم تنفيذها يستحق قيمتها عند بيع العقار يعد عقدا باطلا لعدم استفاءه الشكلية القانونية ولا يصح المطالبة بالتعويض عنه لان التعويض يتم في العقود الصحيحة(2).

ومن خلال الحكم نستنتج ان العقد الباطل لن يكون له اي اثر وان المطالبة بالتعويض نتيجة الاخلال بالعقد بالباطل ليس له محل في القضاء وان هذا النوع من الدعاوى حرية الرد.

وفي قرار اخر قررت محكمة الاتحادية ان عقد البيع الخارجي للعقار باطل موضوعيا وتكون مسوولية الناكل تقصيرية48.

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية ان الاثر المترتب على عقد بيع العقار خارجيا الباطل و المتمثل بالتعويض جراء النكول يتطلب مراعاة الشكلية المتمثلة بتوجيه تنبيه يتضمن تنفيذ الالتزام الوارد في ورقة التعهد49.

كما ونشير الى احد القرارت المهمة لمحكمة التمييز الاتحادية التي قضت بتحول عقد المساطحة الباطل لعدم التسجيل الى عقد ايجار منفعة عقار50.

في هذا القرار تكون امام حالة تبنتها محكمة التمييز الاتحادية وهي حالة تحول العقد وكما اسلفنا في هذا الفصل ان تحول العقد لن يتم الا عن طريق القضاء ورغم ان القرار التمييزي لم يشير وبصراحة الى نص المادة(140) من القانون المدني العراقي الخاص بتحول العقد الا ان قرار محكمة التمييز ينطوي في حيثياته و مضمونه على تطبيق سليم لنظرية تحول الحقد ونلاحظ تحقق الشروط الثلاثة لتطبيق نظرية تحول العقد في موضوع الطعن التمييزي هذا هي

---

[48] دريد داود سلمان الجنائي,تعليق على قرار حكم,مجلة التشريع القضاء,السنة الخامسة_العدد الثاني(نيسان,ايار,حزيران/2013)ص1 منشور على موقع الاكتروني .2022/2/27.

[49] مجلة التشريع القضاء السنة الخامسة ,العدد الثاني (نيسان ,ايار,حزيران/2013) منشور الموقع الالكتروني www.tqmag,net. في 2022/2/27.

[50] د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي,تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية,مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية ,العدد السادس,2 المجلد الاول ص357,356,منشور على موقع الاكتروني www.tqmag,net 27/2/2022

_اولا/كون عقد المساطحة باطل لعدم استيفاء الشكلية المنصوص عليها في القانون وهي التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري اذ وحسب نص المادة 1/1266 من القانون المدني العراقي ان عقد المساطحة عقد عيني عقاري مصدره العقد وهو لا ينعقد الا بالتسجيل , ونص الفقرة 2 من نفس المادة على وجوب تسجيل المساطحة في الطابو51.

_ثانيا:تضمن العقد الاصلي لعناصر عقد اخر /نرى ان عقد المساطحة الباطل قد تضمن جميع عناصر عقد ايجار منفعة العقار و المتمثلة في التمكين من الانتفاع و الاجرة المدة.

_ثالثا:انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى عقد اخر الذي تحول اليه العقد الاصلي : اي ان المتعاقدين قصدا تحقيق غاية اقتصادية معينة وقد اختارا لتحقيق هذه الغاية طريقا قانونيا تبين بطلانه, فمن الممكن القول بانهما لو علما ببطلان الطريق القانوني الذي اختاراه لارادا الطريق القانوني الصحيح مادام يحقق الغاية العملية الاقتصادية التي قصداه فالعبرة اذن بالغاية الاقتصادية لا بالوسيلة القانونية,والاصح تعبيرا العبرة اذن بالغاية العملية لا بالارادة القانونية.

وكذلك قررت محكمة تمييز الاقليم في العراق بان ارادة طرفي الدعوى منصبة على دفع المبلغ المحرر في السند المورخ(2002/1/19) وحيث ان المدعي اعلن نفسه كفيلا عن شقيقه المدين(ص)وبذلك توفر في السند المذكور شروط واحكام المادة(140) من القانون المدني وتاسيسا على ماتقدم فلا يجوز الحكم للمدعى بموجب عريضة الدعوى بحجة كون سند القرض و الرهن باطلا لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة لان النية الاساسية لسند القرض هو دفع المبلغ المحرر فيه للمدعى عليه بعد مضي مدة تسعة اشهر, وحيث ان المدعي خالف ذلك مما يكون للمدعي عليه حق الخيار في طلب المبلغ سواء من المدين او كفيله(المدعي) او ان يطالب الاثنين معا وان مطالبة احدهما لايسقط حقه في مطالبة الاخر52.

وفي قرار اخر قضت محكمة تمييز الاقليم في العراق بانه لما كانت اجراءات بيع الكسارة موضوع الدعوى لم تسجل لدى كاتب العدل المختص لذا فان البيع المذكور لاينتج اي اثر قانوني ولايمكن المطالبة ببقية ثمنها من المشتري كما لا يمكن المطالبة بالتعويض من قبل البائع عن الضرر الناتج عن تاخير اشتغال المعمل الذي يعمل بواسطتها لان المطالبة بالتعويض تكون في العقود الصحيحة وليس الباطلة53.

---

[51] انظر نص المادة(1/1266)من القانون المدني العراقي رقم (40)لسنة 1951

[52] ستروتر على جعفر وجمال صدرالدين علي,المختار من المبادءي القانون التمييز في محاكم الاقليم العراق,اعداد,الطبعة زانيار.الاولى ,السليمانية,ص19

[53] ستروتر على جعفر و جمال صدرالدين ,المصدر نفسه,ص47.

وجاء في قرار تمييزي اخر ان مسالة بحث العيوب الخفية التي تظهر في المبيع اثار في العقود الصحيحة شكلا و موضوعا وحيث ان الكمائن المباعة موضوع الدعوى لم تسجل في دائرة كاتب العدل المختصة حسب احكام قانون تسجيل المكائن فان بيعها باطل قانونا لعدم استيفائه ركن الشكل54.

وفي قرار لهيئة الاحوال الشخصية لمحكمة تمييز الاقليم في العراق جاء ان عقد الزواج الجاري امام المحكمة لايلحقه الابطال الا اذا انعدم محله اذا ثبت سبقاجرائه امام العالم الديني و عندئذ يتعين على المحكمة ابطال العقد اللاحق و الحكم بتصديق الزواج السابق الجاري خارج المحكمة واحالة الزوج و الزوجة وشهود العقد المبطل الى محكمة التحقيق لادلائهم بمعلومات كاذبة للمحكمة بشان الزواج55.

نلاحظ من خلال هذا القرار ان محكمة تمييز الاقليم العراق قد ذهبت الى الحفاظ على العلاقة الزوجية و قدسية عقد الزواج الذي ينتج عنه الرابطة الزوجية و ذلك باعتبار عقد الزواج الخارجي و تجاوز الشكلية مع الحفاظ على التطبيق السليم للقانون و ذلك باحالة الزوجين و الشهود الى التحقيق لادلائهم بمعلومات كاذبة للقضاء .

وفي قرار اخر لمحكمة تمييز الاقليم العراق جاء بان العقد الذي لاتراعي فيه الشكلية القانونية يعد عقدا باطلا و العقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم اصلا56.

وبما ان الارادة هي من الامور الباطنة التي لايمكن الاستدل عليها الا من خلال الوقائع المادية ومن خلال الصيغة المستخدمة في العقد, فانه من المفترض ان تتمتع تلك الصيغة بجلاء المعنى ووضوح التعبير بحيث تكون الالفاظ المستخدمة في الايجاب و القبول دالة دلالة قاطعة على نوع العقد الذي قصده الاطراف اللمتعاقد ولما كان من المحتمل التصرفات القانونية ان يستخدمة المتعاقدان الفاظا تحتمل احد عقدين فان الامر يكمن حله عن طريق اعادة الوصف اذ كان العقدان صحيحين ,اما اذ كان احد العقدين الذي يحتملهما معنى اللفظ المستخدم في العقد باطلا فانه يمكن للقاضي حل الموضوع عن طريق تحول العقد الباطل الى العقد الاخر الصحيح اذ توفرت شرائطه بحيث يمكن ان ينقلب البع الى هبة والاعارة الى اجارة بحسب النية المفترضة التي يستنبطها القاضي من الالفاظ المستخدمة.

لم يعط المشرع العراقي انه القاضي سلطة تقديرية في مجال تحول العقد بما يكفل تحقيق اهداف التحول و عدم الاكتفاء بالمعنى الذي قصدت اليه الارادة دون النظر الى اي اعتبار اخر اجتماعي و اقتصادي.لان فكرة

---

[54] القاضي كيلان سيد احمد,المبادي القانونية في قضاء محكمة تمييز الاقليم في العراق ,مقررات هيئة الاحوال الشخصية للسنوات 1999_2009, الطبعة الاولى ,اربيل , مطبعة القانوني ,ص 147.

[55] د.حلمي بهجت بدوي ,اثار التصرفات الباطلة,مجلة التشريع و القضاء,السنة الخامسة ,العدد الثاني (نيسان,ايار,حزيران)2013,ص 143.

[56] د.حلمي بهجت بدوي ,اثار التصرفات الباطلة,مجلة التشريع و القضاء,مصدر سابق,ص 150.

التحول بوضعها الحالي تعكس تكريسا لمبدا سلطان الارادة الذي تكون فيه الارادة حرة من ان تتجه لاحداث اي اثر من الاثار من عدمه57.

و بذلك تكون العبرة في تطبيق الفكرة بالغاية العملية للمتعاقدين لا بارادة القانون و الاقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية و دون الاعتداد بالمضمون العقدي.

صحيح ان هناك قيودا يفرضها القانون للحد من سلطان الارادة كالنظام العام و الاداب الا انها قيود ذوات طابع سلبي بمعنى انها تقتصر على منع المتعاقدين من الاتفاق على ما يتعارض مع مصلحة المجتمع58.

مع أن المشرع أعطى سلطة واسعة للقضاء في تفسير العقد ومدى أمكانية تنفيذه وقد أوردت قواعد تفسير العقد متأثرة بمجلة الأحكام العدلية خصوصا المادة (60) منها , وتندرج تحت قاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله).

فالقاضي انما يستعين في ذلك بسلطته في تفسير العقد يكيف بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم مادام لاينحرف في هذا التكييف عن الغاية الاقتصادية التي قصدا اليها المتعاقدان وهو بهذا التفسير أحل الغاية الاقتصادية التي قصداها محل الغاية القانونية المعلنة متوخيا في ذلك التمشي مع نية المتعاقدين . لأن هذه النظرية متعلقة بطبيعة العقد و تكييفه وتقوم على أساس الأرادة المفترضة بهدف انقاذ العقد من البطلان من خلال استبداله بعقد جديد صحيح اذا تبين أن ارادة المتعاقدين تتجه اليه لو علما ببطلان عقدها الأصلي . ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الشأن قرار لمحكمة تمييز العراق حيث جاء فيه (يبطل العقد جمعيه اذا كان لايتم بغير الشق الذي وقع باطلا)59.

لقد عرف القضاء العراقي نظام التحول وطبقه في كثير من اجتهاداته وذلك لوجود نص صريح في القانون المدني العراقي يتناول هذا النظام كما اشرنا الى ذلك سابقا الا وهو نص المادة (140) مدني غير ان القضاء العراقي وان كان قد عرف هذا النظام وطبقه الا انه في كثير من الاحيان لم يسمه صراحة في قراراته التي يصدرها وانما يشير الى ذلك دلالة وان كان في بعض الاجتهادات قد اشار صراحة الى هذا النظام حسب الاحوال,

---

[57] د.انور سلطان .النظرية العامة للالتزام ,محاضرات في القانون المدني, طبعة 1 ,1985, عمان ص160.
[58] د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي,تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية,مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية,مصدر سابق,ص175.
[59] قرار رقم(915/مدنيةثانية/1974) في محكمة تمييز العراقي 1974,المنشور في مجموعة الاحكام العدلية,العدد الثاني,السنة السادس ,ص 66.

لعل اهم تطبيقات القضاء العراقي لنظام التحول تظهر بخصوص بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري وذلك لبطلان هذه العقود نتيجة عدم تسجيلها في الدائرة المختصة وهي دائرة التسجيل العقاري حيث ان القانون المدني العراقي عد ان هذا النوع من العقود من العقود الشكلية التي لاتنعقد الى باستيفاء الشكلية اللازمة و المتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما اكدته المواد(508و 2/1126) منه60.

و كذلك الحال بالنسبة لقانون التسجيل العقاري رقم(43)لسنة(1971) حيث اكد هذا القانون على شكلية هذه العقود في المادة (3) منه غير ان هذا العقد الباطل وعلى الرغم من بطلانه فانه يتضمن في الوقت ذاته اركان عقد اخر يتحول اليه وينتج عن هذا العقد الصحيح الاخر بعض الالتزامات التي يجب على طرفي العقد تنفيذها و عدم امكانية التنصل منها بحجة ان العقد الاصلي وهو عقد بيع العقار وقع باطلا وعلى هذا العقد الذي وقع باطلا في الاصل على وفق النظام التحول ولعل من اهم الاثار التي رتبها القضاء العراقي على عقد بيع العقار الباطل هو موضوع الحكم بالشرط الجزائي الذي قد يتفق عليه اطراف العقد تعويضا عن الضرر الذي يلحق بالمتعاقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه او التاخر في هذا التنفيذ61.

5-1 اثار التحول في القانون المدني

بعد ان يتم تحول تكون امام عقد جديد من الضروري معرف اثاره و دوره من وجهة نظر مختلف ان النظم القانونية السائد لان اثار التحول تخضع لمبدا ثابت يتعلق اساسا بوضائف العقد المختلفة في الشرائع السماوية و القوانين الوضعية من منطلق ان العقد لايعدو ان يكون وسيلة فنية للتبادل الاقتصادية في المجتمع تختلف التشريعات في تحديد طبيعة الاثار التي تترتب عند تحول العقد الباطل الى عقد صحيح ففي ظل التشريع الاسلامي والقوانين المتاثر به و معرف بنتهاجه النزعة الموضوعية في بناء احكامه الكلية الجزئية في دائرة المعاملات نجد بانه اقامه اساس التحول على المعيار الموضوعي بدلا من المعيار الذاتي الذي اتجهتا اليه غالبية التشريعات الوضعية وهذ يعني ان اثار التحول في الفقة الاسلامية لادخل الارادة المتعاقدين في ترتيبها و انما على اساس اذ المشرع بترتيبها فلشريعة الاسلامية اخذعة اثار التحول لحكم الشارع اما القوانين الراس المالية على الرغم من قياميها على الحرية و المبادرة الفردية الى ان اثار التحول فيها لابد ان تخضع لقيود النظام العام والاداب على الرغم من ان هذا القيود تاتي ضيق في حدودها و مدا ومن المعلوم ان اثار التحول ينتج اثاره باثار الرجعي وتكون له نتائج معين بانسبة الاشخاص ذاته العلاقة اي له اثار من حيث الزمان و

---

[60] د.على كاظم الشباني ,مصدر سابق ص 410.
[61] قانون المدني العراقي المعدل رقم (40)لسنة1951.

من حيث الاشخاص فمثلا اذ تما التصرف با لموهب بعقد هبة باطلة و بعد تحول هبة الى عقد بيع صحيح فينفذ التصرف من تاريخ انعقاد الهبة المذكورة باثر رجعي ويكون التصرف معتبرا وصحيحا اتجاه المتعاقدين وللغير.

فعند تحقق شروط اعمال التحول رتب ذلك انشاء عقد جديد سرى اثره في حق جميع الاشخاص بوصفه عقدا صحيحا كما ان هذا الاثر لايسري في حق المتعاقد فحسب وانا يسري في حق ايضاء وهذا الاثر يترتب باثار رجعي من وقت ابرام العقد الباطل و تطبيق مبداء الاثر الرجعي للتحول لم يكون الا لاعتبارات وجد فيها المشرع تحقق المصلحة العامة و تخيفيف الضرر الذي قد يلحقها نتيجة لبطلان العقود, ومن هنا فان الضرورة العملية فرضت هذا المبدا.

وعند اعمال التحول و باثر رجعي امكن تحقيق القانونية للحقوق و المصالح و عدم اهدارها وفقا لما يفرضه منطق البطلان62.

فمثلا عند تحول عقد ما سيمثل الرابطة العقدية التي ترتب اثرها بين طرافها وهم المتعاقدان في العقد الباطل ان اثر التحول سيترتب في الدرجة الاولى بين المتعاقدين فهما من سيلزمان بالعقد الجديد الذي حل محل عدوهما الاصلي وصحة العقد الجديد ستسرى في مواجهة المتعاقدين و خلفهما دائنيهما كما انه يسري في مواجهة الغير ايضا مواجهة اي شخص ثالث قد يملك حقا يتاثر بصحة العقد او بطلانه ومن تاريخ ابرام العقد الباطل القديم استنادا الى ان العقد الصحيح يعتبر حجة في مواجهة الكافة .

وقد استقر قضاء محكمة تمييز العراق على اعتماد نظرية تحول العقد بشكل واضح في ترتيبها للاثار وفي قرار لها تقول (ان عقد البيع الخارجي وان كان باطلا وفقا للمواد(90و508و 2/1127)من القانون المدني العراقي لتخلف ركن التسجيل بدائرة الطابو فيه الا انه تضمن عقدا صحيحا وهو الاباحة)63.

اولا/اثار تحول العقد من حيث الزمان.

حيث ان البطلان كما يمكن تعريفه بانه الجزاء المترتب على الاختلال الحاصل في تكوين العقد الامر الذي يترتب عليه اعتبار العقد اة التصرف القانوني بشكل عام و كانه لم ينعقد اصلا بمعنى ان البطلان يعدم كل اثر للعقد وكانه لو يولد اصلا مما يترتب عليه اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل ابرام هذا العقد في حال تم تنفيذه

---

[62] الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,ج/1,سند الطبة 2016,دار السنهوري لبنان بيروت,ص51.
[63] رقم قرار 651/حقوقية/1969,في 1969/10/19,قضاء محكمة تمييز العراقي,المجلد السادس ,دار الحرية للطباعة ,بغداد/1972,ص179

وقد تضمنت الاحكام المتقدمة المادة(138) من القانون المدني العراقي و التي نصت على ان (1_العقد الباطل لاينعقد ولا يفيد الحكم اصلا.2_فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل) وعلى هذا الاساس يتبين بوضوح.

ان للبطلان اثرا رجعيا يعود الى وقت حصوله وليس الى تاريخ الحكم بالبطلان او الابطال و بهذا الصدد يقول الفقيهان(بلانيول وريبير)(ان نطق القضاء بالبطلان او الفسخ يؤدي الى اعادة الاشياء الى الحالة التي كانت عليها قبل ابرام العقد وليست هناك ثمة صعوبة اذ لم يكن العقد قد نفذ اما اذا نفذ بين الطرفين او بواسطة الطرف الاخر فان الابطال يؤدي الى اعادة الحال الى ما كانت عليه)64.وحيث ان الاصل في البطلان هو رجعية اثاره الى وقت حصوله فمعنى هذا القول ان التحول هو الاخر يرتب اثاره بشكل رجعي الى تاريخ حصول البطلان وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل الى عقد صحيح وعلة ذلك ان تحول انما يقصد به انقاذ العقد من البطلان الذي لحق به ولكن رب سائل يسال فيما اذ كانت هذه القاعدة تطبق على كافة انواع العقود؟ او بمعنى اخر هل تسري هذه القاعدة تطبيق على العقود الفورية و المستمرة معا ام لا؟

وللاجابة على هذا السوال سنعمد الى توزيع هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول سريان الاثار في العقود الفورية اما الثاني سريان الاثار في العقود المستمرة .

أ/سريان الاثار في العقود الفورية:

كما اسلفنا اعلاه فان البطلان يلحق بالعقد حال نشوئة و قيامه اذ لايمكن للعقد ان ينشا صحيحا ثم بعد ذلك يلحقه البطلان و على هذا الاساس فان القول بتخليص الغقد و انقاذه من البطلان لا بد ان يتم من اللحظة التي يلحق بها بالتصرف وليس من اي وقت اخر هذا من جهة و من جهة اخرى حيث قلنا عند الحديث عن الشروط اللازمة لاعمال نظام التحول هو ان الارادة اللازمة للتحول عي الارادة الافتراضية وهي ارادة غير حقيقية مبناها الخيال و التصور الامر الذي يعني استبعاد الارادة الحقيقية للمتعاقدين و عليه فان القاضي وهو يفترض ان ارادة المتعاقدين كانت ستتجه الى العقد الصحيح الاخر الذي تضمنه العقد الباطل بين طياته لو انهما علما بالبطلان قبل ابرامه فان معنى هذا القول بالتاكيد ان هذا الافتراض لابد ان يكون وقت ابرام العقد و ليس اي وقت اخر اذ ان القول بغير ذلك يعني بالتاكيد ان اطراف العلاقة العقدية قد تحقق لديهما العلم بالبطلان ومع

---

64 قرار محكمة استئناف بيروت رقم 157في 1970/2/5 غفيف شمس الدين , المنصف في قضايا الموجبات و العقود و المسوولية ,بيروت ,1992,ص 36.

ذلك اقدما على الارتباط بهذا العقد الباطل وهو امر لايمكن تصوره عقلا كما بينا ذلك سابقا و على هذا الاساس فان التحول لابد له من ان ينتج اثاره بشكل رجعي الى تاريخ حصول البطلان 65.

و الا امتنع القول بامكانية اعمال التحول كما ويكمن تلمس هذا المعنى من خلال مراجعة النصوص القانونية التي عالجت نظام تحول العقد و منها نص المادة (140)66. من القانون المدني العراقي حيث جاء في عجز هذه المادة مايشير الى هذا المعنى (فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركان اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد) ويمكن ملاحظة هذا الامر اي رجعية اثر التحول من حيث الزمان بشكل اكثر وضوحا في نص الفقرة الثانية من المادة (191) القانون المدني الكويتي حيث جاء فيها(2- ويعتبر الرضا بالعقد الذي يصير التحول اليه متوافرا اذا تبين ان المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذي قصدا في الاصل ابرامه), و بالاتجاه نفسه نجد ان اجتهادات المحاكم قد سايرت هذه النصوص من خلال الاخذ بفكرة الاثر الرجعي بالنسبة للتحول عندما اعتبرت ان القاضي وهو يلجا الى افتراض ارادة تحل محل ارادة المتعاقدين انما يعمد الى هذا الافتراض من تاريخ ابرام العقد,و ليس في اي وقت اخر على اعتبار ان العقد الجديد (الصحيح) الذي تحول اليه العقد الباطل يحمل تاريخ العقد الاصلي نفسه الباطل و يبدو ذلك واضحا من خلال الاجتهادات العديدة للمحاكم بهذا الخصوص فقد جاء في قرار محكمة النقص المصرية(تشترط المادة 144 من القانون المدني لتحول العقد الباطل الى عقد اخر ان تتوافر فيه اركان عقد اخر صحيح وان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف النالارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصلي من اسباب البطلان واذا كان عقد التحكيم لاتتوافر فيه اركان عقد اخر يمكن ان تكون نية الطرفين قد انصرفت الى الارتباط به فان عقد التحكيم متى به سبب من اسباب البطلان لايمكن ان يتحول الى عقد اخر ملزم للمتعاقدين لان المحتكمين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم الا الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم فاذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من مشارطة التحكيم)67.

و بالمعنى ذاته جاء قرار محكمة التمييز الكويتية حيث يقول(و حيث ان الطعن اقيم على سبب وحيد ينعى به الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون و الخطاء في تطبيقه وفي بيان ذلك يقولان ان الحكم رفض دعواهما على سند من بطلان العقد سند ملكيتهما للمنقولات المحجوزة لانه انصب على محل تجاري ولم يفرغ في ورقة رسمية في حين ان هذا العقد تحول محل تجاري و لم يفرغ في ورقة رسمية في حين ان هذا

---

[65] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني,مصدر سابق,ص 231.
[66] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني,مصدر سابق,ص 240.
[67] المادة(140)من القانون المدني المعدل العراقي رقم (40)لسنة 1951.

العقد في ورقة رسمية في حين ان هذا العقد تحول طبقا للمادة 191 من القانون المدني الى عقد بيع اخر صحيح ورد على المنقول واقتصرت على تنفيذه بالنسبة لها دون مقومات المتجر المعنوية بما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه .

و حيث ان هذا النعي غير معقبول ذلك ان خصومة الطعن بالتمييز ليست امتدادا للخصومة التي كانت مطروحة على محكمة الموضوع وانما هي خصومة خاصة تهدف الى تمييز التصحيح عن غير الصحيح من الاحكام المطعون فيها مما لايسوغ معه الاستثناء في هذا التمييز الى عناصر واقعية لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع لما كان مودى ذلك و كان نص المادة 191 من القانون المدني انه يشترط لتحول العقد الباطل الى اخر صحيح ان يتوافر في العقد الباطل ذاته عناصر العقد الصحيح دون اضافة اي عنصر جيد وان يتبين ان نية المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصلي من اسباب البطلان اي ان المشرع منح قاضي الموضوع سلطة استخلاص ارادة محتملة من ارادتهما الحقيقية هي ان نيتهما لا تتعارض مع ابرام العقد الجديد و تعرف هذه النية و تقدير توافر او عدم توافر عناصر هذا العقد الاخر هي من مسائل الواقع التي يستقبل بها بغير معقب من محكمة التمييز متى اقام قضاءه على اسباب مسوغة.

وينبين من هذا الاجتهادات انها قد حددت تاريخ حصول التحول بالوقت الذي يبرم فيه العقد الباطل(وقت تحقق البطلان) بوصف انه الوقت الذي يتم فيه البحث عن ارادة افتراضية تصور قبول المتعاقدين بالعقد الاخر الصحيح من قبل القاضي وعليه يفهم من ذلك ضمنيا ان تاريخ تحقق اثار التحول انما يتم باثر رجعي الى تاريخ ابرام العقد الاصلي الذي جاء باطلا حيث القول بغير ذلك يعني ان العقد الباطل قد استمر وجوده واحدث اثاره و مفاعيله طيلة المدة الممتدة بين ابرام العقد الباطل و حتى حصول الحكم بالبطلان او الابطال وهذا القول يعني بالنتيجة الاعتراف بالعقد الباطل و بشكل رسمي الامر الذي لايمكن القبول به من الناحية القانونية حيث ان الاصل في العقد الباطل انه لاينتج اي اثر لذا فلا يصح الامر الا بارجاع اثار التحول الى تاريخ ابرام العقد الاصلي حيث من ذلك التاريخ فقط يمكن افتراض قبولها بالعقد الجديد(الصحيح)68.

و يعد العقد الجديد الذي تحول اليه العقد الباطل هو الرابطة القانونية بين المتعاقدين وهو لا يحتاج الى اي اجراء اخر حتى يحكم العلاقة القائمة بينهم بموجب هذا العقد الجديد وهو ينفذ بين المتعاقدين و يرتب اثاره

---

[68] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني , منشورات الحلبي الحقوقية .الطبعة الاولى لسنة 2015.

كاملة من تاريخ ابرم العقد كما وقد يسري في مواجهة الغير كذلك على وفق القواعد العامة المقررة لاثار التصرفات القانونية69.

و هناك من يرى انه على وفق المبدأ وهو رجعية اثر التحول من حيث الزمان الى ابرام العقد الاصلي فانه اذا ما اصدر القاضي قراره بتحول العقد الباطل الى اخر صحيح فلا يحق بعد ذلك للمتعاقدين رفض هذا القرار بحجة انهم اعترضوا عليه كونه لم يتوافق مع ما كانوا يهدفون اليه من ابرام العقد الاصلي (الباطل) اذا المفروض بهم في حالة عدم رغبتهم باتمام التحول ان يثبت احد المتعاقدين او كلاهما ارادة معاكسة لاجراء التحول وقت ابرام العقد الاصلي وقد برر صاحب هذا الراي قوله هذا بان الهدف من قيام المتعاقدين او احدهما بوضع مثل هذا البند (عدم قابلية العقد للتحول في حال بطلانه70). هو عدم امكانية اللجوء الى الارادة الافتراضية من قبل القضاء طالما هناك ارادة واضحة و صريحة للمتعاقدين برفض اجراء التحول حيث لايمكن للقاضي باي حال من الاحوال ان يلجا الى الارادة الافتراضية وهي امر غير واقعي طالما كان اطراف العلاقة العقدية او احدهما قد عبر صراحة برفض التحول كونه يتعارض مع اهدافه و غاياته من ابرام العقد اما عدم وجود هذه الارادة العكسية و التي يجب توافرها وقت ابرام العقد الاصلي من دون اي وقت اخر فانه لايعطي الحق لاطراف العقد الباطل برفض اجراء التحول في حال توافر شرائطه و قيام القاضي بتحول العقد الباطل الى اخر صحيح فالوقت الذي يمكن لهم فيه رفض التحول عند ابرام العقد الاصلي بالذات, ولا نميل لهذا الراي حيث ان النصوص القانونية التي عالجت نظام تحول العقد و منها نص المادة (140) قانون مدني عراقي لم تتضمن مثل هذا الشرط باي وجه من الوجوه و عليه لايمكن تحميل النص اكثر من معناه هذا من جهة ومن جهة اخرى فانه اذا كان من المكن القبول بهذا الراي من الناحية النظرية فانه لايمكن القبول به من الناحية العلمية ذلك ان اتفاق المتعاقدين الصريح على عدم قبول التحول في حالة البطلان يفيد بان المتعاقدين قد توقعا حصول البطلان مسبقا ومع اقدما على الارتباط بالعقد وهو امر غير مقبول قانونا, لاسيما وان نص المادة(140) من القانون المدني الالماني التي تعد الاصل التاريخي لكافة التشريعات المدنية كافة التي اخذت بنظام التحول و منها القانون المدنيى العراقي قد بينت بوضوح بان بطلان العقد الاصلي يجب ان لايكون معلوما من قبل طراف العلاقة العقدية حيث جاء في مضمون هذه

---

69 د.مصطفى ابراهيم الزلمي , ايضاح الفؤائد في شرح القواعد على نمط جديد, الطبعة الاولى,ايران,2014,ص257.

70 د.توفيق حسن فرج,النظرية العامة اللالتزام/ج1 مصادر الالتزام ,الناشر منشورات الحلبي الحقوقية .1978,ديمشق,ص225.

المادة (يصح الاخر اذ تبين ان صحته عند العلم بالبطلان كانت قد تراد) ويتبين من العبارة التي اوردها نص المادة السالفة الذكر مايدل بوضوح على ضرورة عدم العلم بالبطلان عند قيام واقعة التعاقد71.

ومبداء (عدم العلم بالبطلان) ناتج عن نظام التحول ذاته ذلك ان الغاية الاساس من ايراد المشرع لنظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح هو لتلافي حالات البطلان او الحد منه قدر المستطاع من اجل تلافي الاثار السلبية التي قد تترتب على هذا البطلان بينما في حالة تحقق العلم بالبطلان من قبل اطراف العلاقة العقدية ففي هذه الحالة فان الامر لايخرج عن احدى فرضيتيتن اولا هما ان المتعاقد لم يرد باي حال من الاحوال العقد الذي ارتبط به مع العاقد الاخر الذي جاء باطلا لعيب من عيوب البطلان وانه لم يرد اي عقد اخر يمكن اي يرتبط به بمعنى انه لم ينو الارتباط باي عقد و باي حال من الاحوال اذ كيف يمكن تصور العلم بالبطلان مع اقدام الشخص على الارتباط بالعقد الباطل حيث ان البديهي من ذلك ان المتعاقد لم يرغب بالارتباط باي رابطة عقدية مع الطرف الاخر.

اما الفرضية الثانية فمفادها ان المتعاقد الذي علم بالبطلان انما اراد العقد الاخر ولو بشكل احتياطي تحسبا لتلافي العقد الاول الذي جاء باطلا وفي هذه الحالة يمتنع القول كذلك بامكانية اعمال نظام تحول العقد حيث ان الامر يدور في هذه الحالة حول ارادة حقيقية و ضرورة الكشف عنها و عليه فان الامر يتعلق بالتفسير و ليس التحول على اعتبار ان الارادة اللازمة لقيام نظام تحول العقد انما هي الارادة الافتراضية للقاضي عندما يحل نفسه محل المتعاقدين من اجل انقاذ عقدهما الباطل متى ماتبين للقاضي امكانية تحقيق الهدف الاقتصادي للمتعاقدين او على الاقل تحقيق الجزء الذي يمكن تحقيق هذا الهدف من واقعة التعاقد الاصلية التي وقعت باطلة من الاصل.

و سواء قلنا ان المتعاقد لم يرد باية حال من الاحوال الارتباط باي عقد من العقود كونه قد اقدم على الارتباط بالعقد الباطل مع علمه بالبطلان او انه اراد العقد الاخر على سبيل الاحتياط خشية حصول البطلان في العقد الاول الذي ارتبط به ابتداءا ففي كلتا الحالتين لايمكن القول بامكانية حصول التحول على كون القول بذلك يعني مخالفة الارادة الحقيقية (الواقعية)للمتعاقدين72.

والمثال على ذلك ان يقوم تاجر صغير بمنح تاجر او اي شخص اخر تفويضا عاما وهو يعلم بان مثل هذا التفويض باطل كونه لا يجوز منحه الا من قبل فئة التجار الكبار ففي هذه الحالة يعد التفويض الذي منحه

---

[71] د.صاحب عبيد الفتلاوي ,تحول العقد دراسة مقارنة ,الطبعة الاولى,مكتب دار الثقافة للنشر و التوزيع ,عمان ,1997,ص221.
[72] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني , مصدر سابق,ص 287.

التاجر الصغير باطلا ولا يمكن باي حال من الاحوال القول بامكانية تحول هذا التفويض الى توكيل بالتعامل طالما تحقق العلم بالبطلان ابتداء لدى هذا التاجر الصغير غير انه يمكن القول بتطبيق نظام التحول ومن ثم تحويل هذا التفوض الى توكيل في حالة واحدة فقط وهي ان يكون التاجر الصغير لايعلم من الاصل ببطلان التفويض الذي يجريه.

ب/سريان الاثار في العقود الزمنية:

واذا بات الامر واضحا بالنسبة لاثار التحول من حيث الزمان بالنسبة للقعود الفورية او الانية التنفيذ وذلك من خلال رجعية اثار التحول الى وقت ابرام العقد الاصلي حيث وقوع البطلان ولا يمكن تصور اي وقت اخر لذلك و الا امتنع القول بالتحول فرب سائل يسال عن كيفية تحقق اثار التحول بالنسبة للعقود الزمنية وفي اي وقت يمكن ان ينتج التحول اثاره في مثل هذه العقود هل يمكن القول بمبداء الرجعية الى وقت ابرام العقد ام لا على اعتبار ان الزمن له اثر جوهري في مثل هذا النوع من العقود[73].

وللاجابة على هذا السوال فقد ذهب الفقة في اتجاهين مختلفين فبينما يرى الجانب الاول ان هناك مبداء عاما يطبق بخصوص اثار التحول من حيث الزمان مفاده ان التحول ينتج اثاره بشكل رجعي دائما وفي جميع الاحوال سواء اكان العقد فوريا ام عقد زمنيا حتى وان كانت هناك ثمة صعوبات تظهر بشان رجعية الاثر بالنسبة للبطلان وذلك نتيجة لطبيعة الالتزامات التي تم الايفاء بها وبهذا الصدد يقول الدكتور احمد يسري(ان اثر تحول العقد الباطل يقع عادة في وقت ابرامه فالعقد الجديد يحمل تاريخ العقد المراد اصلا وبعبارة اخرى فان التحول ينتج اثره بشكل رجعي وليس باثر حال وحتى الذي اراد تجنب هذا المبداء كقاعدة عامة فقد سلم بان التحول يقع بصفة عامة باثر رجعي و على الرغم من ان هذا الاتجاه الاخير قد جعل الاثر الرجعي لنتائج التحول معلقا على الاثر الرجعي للبطلان الا انه لم يات في هذا بشئ جديد فعقود المدة او مايسمى بالعقود الزمنية التي قيل بان التحول يعمل بالنسبة لها باثر حال لان البطلان يعمل فيها باثر حال كذلك لاتكون استثناء من تلك القاعدة لان طبيعة هذه العقود بسبب اهمية الزمن فيها باعتباره الركن الجوهري في الوفاء بالالتزامات تجعل الاثر الرجعي للبطلان من الصعب تصوره حيث ان رد هذه الالتزامات الموفاة يكون متعذرا بسبب سريان الزمن ان لم يكن قد اصبح مستحيلا اما البطلان فيعمل هنا في الحقيقة باثر رجعي ايضا الا ان هذا الاثر الرجعي للبطلان سوف تعوقة طبيعة الالتزامات الى حد ما, و لكن هذه الواقعة لا تقيم استثناء

---

[73] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني , مصدر سابق,ص 295.

من القاعدة الاساسية في الاثر رجعي كذلك و لكن نظر للصعوبات العملية (في رد الالتزامات الموفاة فعلا) فان تطبيق ذلك المبداء عملا يكاد يكون متعذرا)74.

واذا كان هذا الراي الذي ذكره الدكتور احمد يسري كما يبدو هو الموقف السائد ذلك ان احد من الفقهاء لم يذهب خلاف ذلك بالنسبة للعقود الزمنية الا ان ثمة راي في الفقة الفرنسي قد ظهر موخرا يذهب الى خلاف الراي السابق بالنسبة الى اثار التحول من حيث الزمان حيث عد الفقيه الفرنسي(ليثنسكى) ان تحول العقد في العقود الزمنية كعقد العمل مثلا التي لايمكن فيها استرجاع الالتزامات التي تم تنفيذها بموجب دعوى الاسترجاع ففي مثل هذه الحالات لايكون للبطلان ان يعمل الا بالنسبة للمستقبل فقط وليس للماضي75.

وان كان قد اقر بانه في بعض الحالات لايمكن محو الماضي او التغاضي عنه ويسوغ رايه هذا على(ان البطلان ينتج اثاره بالنسبة للمستقبل) بنظرية الظاهر التي اعتمدها القضاء بالنسبة لمثل هذه العقود و الاوضاع الناتجة عنها(2).

ولا نميل الى فكرة ان نظام تحول العقد يمكن ان يقع باثر حال حتى بالنسبة للعقود الزمنية ذات الاجال الطويلة حتى وان كانت هذه العقود قد نفذت اثارها بشكل كامل او بشكل جزئي في كل يوم من ايام تنفيذها الامر الذي ينتج معه اوضاعا قانونية سواء بشكل دائم او بشكل موقت حيث لايمكن لقرار المحكمة الذي يصدر ببطلان هذا النوع من العقود باي حال من الاحوال ان يودي الى محو هذه الاثار و الاوضاع الناتجة عن التنفيذ كما هو الحال مثلا في عقود الايجار حيث ان الحكم ببطلان العقد لايمكن ان يمحو الاثار التي ترتبت على تنفيذ هذا العقد على اعتبار ان المستاجر في هذا العقد قد شغل الماجور وانتفع به فعلا و عليه لايمكن باي حال من الاحوال الغاء هذه المنفعة حيث ان هذه الاثار تعد من باب النتائج المادية التي ترتبت على تنفيذ العقد او جزء منه الا انه ومع ذلك نرى ان التحول في مثل هذا النوع من العقود انما يحدث اثاره بشكل رجعي من حيث الزمان الى وقت حصول البطلان وهو وقت ابرام العقد وليس الى تاريخ الحكم به لان القول بغير ذلك يعني الاعتراف صراحة ان العقد الباطل قد انتج اثارا قانونية صحيحة وهو امر غير مقبول قانونا و الا ما العلة من القول بالبطلان اصلا ذلك ان العقد الباطل لايمثل باي حال سببا قانونيا لانتاج الاثار كونه غير موجود

---

[74] د.عبد الرزاق احمد السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني,مصدر سابق,ص 495.
[75] د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني ,مصدر سابق ,ص 337.

اصلا في نظر القانون من تاريخ حصوله ومن ثم لايمكن اعتباره متحققا في اي وقت اخر طالما كان في حكم العدم هذا من جهة76.

ومن جهة اخرى طالما انتهينا الى القول (ان التحول انما يتم بالاستناد الى الارادة الافتراضية او التصورية التي تقوم على اساس افتراض القاضي حيث لايمكن القول بالارادة الحقيقية ففي هذه الحالة فان صحته تستند الى ارادتهم الحقيقية, الامر الذي يعني هدم احد اركان التحول الاساسية و من ثم الخوض في نظام اخر هو التفسير الذي يهدف الى معرفة حقيقية ما عناه العاقدان من عقدهما المبرم , و بالتالى طالما سلمنا بان الامر في التحول يقوم على اساس الارادة الافتراضية التي يوجدها القضاء بما له من سلطة الانشاء وفي ضوء الهدف الاقتصادي للمتعاقدين عليه فلا يمكن القول بان هذه الارادة الافتراضية يمكن ان تحصل في غير وقت ابرام العقد حيث في هذا الوقت فقط دون غيره يمكن للقاضي ان يفترض ان اطراف العلاقة العقدية لو تحقق العلم لديهما ببطلان العقد الذي ينويان الارتباط به لكانا قد ارادا العقد الاخر الذي توافرت اركانه في العقد الباطل77.

واذا كان هذا السبب الاول في تسويغ ما ذهبنا اليه وهو اعتماد فكرة الاثر الرجعي لنظام التحول فلعل السبب الثاني الذي يمكن من خلاله تسويغ هذا المبداء هو ان التحول في العقود الزمنية كعقد الايجار مثلا بالنسبة للقائلين بامكانية تحول هذا النوع من العقود من حيث المضمون فقط دون الحاجة الى تحول العقد الى عقد اخر من طبيعة مختلفة فان الواقع في هذه العقود و بعد تحولها من عقود باطلة الى عقود باطلة الى عقود صحيحة ستستمر بذات المضمون الامر الذي يعني تحقق اثر التحول باثر رجعي كذلك وليس من اي وقت اخر فعلى سبيل المثال اذا ابرم عقد الايجار بشكل موبد فهذا العقد يعد باطلا لمخالفة نصوص القانون و بالتالي فانه يمكن ان يتحول وفقا للقائلين بهذا الراي الى عقد صحيح من ذات المضمون وهو عقد ايجار ايضا ولكن لمدة موقتة عليه فان هذا العقد الصحيح الذي تحول اليه عقد الايجار الباطل قد استمر بذات الطبيعة بين نفس الاطراف الامر الذي لايجعل للوقائع المادية المتمثلة بواقعة الانتفاع ذات تاثير كبير و بالتالي فان العقد الجديد يسري باثر رجعي من تاريخ ابرام العقد الاصلي الباطل(عقد الايجار الموبد) ومن ثم فليس مجال للقول ان التحول ينتج اثاره بشكل حال او مستقبلي78 وعلى هذا الاساس نرى ان نظام التحول انما ينتج اثاره من حيث الزمان بشكل رجعي الى تاريخ ابرام العقد الاصلي الذي جاء باطلا وليس من اي وقت اخر

---

76 د.عبد المنعم فرج الصدة.محاضرات في القانون المدني ,نظرية العقود في قوانين البلاد العربية,1985,عمان,ص 321.
77 د.مصطفى احمد الزرقا,عقد بيع,الطبعة الثانية,2012,دار القلم,دمشق,ص241.
78 د.مصطفى ابراهيم الزلمي,نظرية اللالتزام برد غير المستحق ,الطبعة الثانية,1998,بغداد,ص193.

على انه يجب ملاحظة ان فكرة الاثر الرجعي هذه تجعل نظام التحول يشتبه في هذه الناحية مع نظام التاييد (الاجازة)على اعتبار ان تاييد العقد يؤدي هو الاخر الى زوال العيب الذي لحق العقد مستقرا في التعامل باثر رجعي الى تاريخ ابرام العقد .

و ليس من تاريخ حصول التاييد او الاجازة وهذا ما يبدو واضحا في قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه(اذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذي عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو باطل بطلانا نسبيا يصح باجازة القاصر بعد بلوغة سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذي تم فيه العقد فانه قد طبق القانون على وجهه الصحيح)[79], الا ان هذا القول لايمنع الفوارق الكبيرة التي تميز كلا النظامين عن الاخر كما اسلفنا ذلك.

ثانيا/اثار التحول من حيث الاشخاص:

العقد وهو ناتج متحصل من ارتباط ارادتين تهدفان الى انتاج اثار قانونية بينهما وذلك لكي يحقق كل منها الهدف او الغاية الاقتصادية المنشودة من وراء واقعة التعاقد لذا متى نشا هذا العقد صحيحا و مستوفيا لشروط انعقاده واركانه كان العقد منتج لاثاره كاملة و تكون هذه الاثار ملزمة لاطرافه حيث يمكن من خلالها اجبار كل من طرافه على تنفيذ ما التزم به بموجب هذا العقد وعنى هذا القول ان اثار العقد من حيث المبداء لا تنصرف الا الى اطراف العلاقة العقدية دون غيرهم يوصفهم قد التزموا بهذا العقد بموجب ارادتهم الحرة حيث لايمكن للشخص ان يلزم غيره بعقد لم يكن هذا الغير طرفا فيه و على هذا الاساس لايمكن الزام الغير بالتزامات تنشا عن عقد اتفق عليه اشخاص اخرون, وان كانت هناك بعض الاستثناءات التي يسري فيها اثر العقد على طرفيه يعرف في اللغة القانونية بالاثر النسبي للعقد من حيث الاشخاص[80].

واذا كان هذا المبداء في العقود التي تنشا على الوجه الصحيح و القانوني فرب سائل يسال عن طبيعة الاثار التي تنشاء عن تطبيق نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح اخر لاسيما وان العقد الذي يبرز للوجود نتيجة تطبيق نظام التحول هو عقد صحيح مما يعني انه اثاره ستسري بحق طرفيه ابتداء كما تسري في حق الغير احيانا اخرى ومن اجل تسليط الضوء على هذا الامر سنتولى توزيع هذا المطلب الى فرعين حيث نتناول في الاول سريان الاثار بحق اطراف العلاقة العقدية اما الثاني فيخصص لسريان الاثار بحق الغير .

---

[79] قرار محكمة النقص المصرية,رقم(12/مدنية/محكمة النقص)في 1956/6/12.
[80] د.عبدالمجيد الحكيم ,الوجيز النظرية الالتزام في القانون المدني,مصدر سابق,ص126.

أ/سريان الاثار بحق المتعاقدين .

كما اسلفنا فان العقد الناتج عن تطبيق نظام التحول هو عقد صحيح الامر الذي يعني انه لابد ان تترتب عليه اثارا معينة ولكن السوال الذي يبرز الى من ستنصرف هذا الاثار؟

و للاجابة على هذا السوال يمكن لنا القول بما ان الغاية الاساس للمشرع من ايجاد نظام التحول هي انقاذ العقد الذي ارتبط به المتعاقدان من واقعة البطلان وما قد يرافق ذلك من اثار سلبية عليه متى ماتمت عملية تحويل العقد من قبل القاضي الذي عرض عليه النزاع فمعنى هذا القول ان يظهر الى الوجود عقد اخر صحيح نتج عن العقد الباطل الذي ارتبط به المتعاقدان اصلا حيث توافرت اركان هذا العقد الاخر(الصحيح) في ذات العقد الباطل وعليه طالما سلمنا بقيام هذا العقد الاخر الصحيح الذي ظهر الى وجود الواقعي و القانوني لذا فان هذا يعني ان العقد قد اوجد التزامات متبادلة في جانب كل طرف من هولاء بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه طبقا لمبداء حسن النية في تنفيذ العقود ويرى الفقة الفرنسية(لبنسكي) ان المهم في هذا الامر هو ان العقد الذي برز الى الوجود نتيجة التحول انما يحدث اثر مهما و جديدا الا وهو انقاذ العمليات القانونية الناتجة عن عقد واحد او حتى تللك الاكثر تعقيدا التي تكون قد تالفت عبر عدد من العقود المبرمة بين الاطراف81.وهذه الاثار التي تنتج عن اعمال نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح انما تنفذ بالدرجة الاساس في حق اطراف العلاقة العقدية ذاتها و الذين يجب ان لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الاولى التي وقعت باطلة بمعنى انه لابد لكي ينتج العقد الاخر الصحيح اثاره بحق هولاء المتعاقدين نتيجة التحول ان لا يتغير احد اطراف العلاقة العقدية وعليه اذا تطلب الامر ادخال متعاقد جديد لتمام العقد فمعنى هذا القول بالتاكيد هو امتناع التحول82.ويعد هذا العقد الاخر الذي تحول اليه العقد الباطل ملزما لاطرافه فهم يلتزمون بتنفيذ فقراته كاملة وليس في وسعهم التنصل من الالتزامات التي تنتج عن هذا العقد الصحيح الاخر على اساس انهم لم يتفقوا عليها ابتداء ذلك ان حول ارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين انما تمت بالاستناد الى تحقيق الغايات الاقتصادية للمتعاقدين او على الاقل القدر الذي من خلاله ان يحققا اهدافهما و ذلك من خلال افتراض ان ارادتيهما كانت ستتجه الى العقد الجديد الصحيح في حال علمهما بالبطلان83.

ويعد هذا العقد الاخر الذي تحول اليه العقد الباطل ملزما لاطرافه فهم يلتزمون بتنفيذ فقراته كاملة وليس في وسعهم التنصل من الالتزامات التي تنتج عن هذا العقد الصحيح الاخر على اساس انهم لم يتفقوا عليها ابتداء

---

[81] قرار رقم(37/استئناف/1983) صادر من محكمة استئناف بيروت في 1983/12/22.
[82] قرار رقم(312/هيئة عامة اولى/1976)صادر من محمكة تمييز العراق في 1977/3/19.
[83] الاستاذ زهير المارتيني ,الوجيز في النظرية الالتزام ,مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية, الطبعة 1 ,حلب,1966,ص238,

ذلك ان حول ارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين انما تمت بالاستناد الى تحقيق الغايات الاقتصادية للمتعاقدين او على الاقل القدر الذي من خلاله ان يحققا اهدافهما و ذلك من خلال افتراض ان ارادتيهما كانت ستتجه الى العقد الجديد الصحيح في حال علمهما بالبطلان و لذا يعد العقد الجديد ملزما لهما بكل ما يتولد عنه من التزامات وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه(وحيث ان الطاعن ينعي في السببين الرابع و الخامس على الحكم المطعون فيه مخالفة الثابت في الاوراق و الخطاء في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول بانه تمسك امام المحكمة الاستئنافية بان عقد البدل قد توافرت فيه خصائص عقد اخر ملزم لطرفيه وفقا للمادة 144 من القانون المدني و بمقتضى هذا العقد الاخر تم تنظيم الانتفاع بالاطيان الزراعية التي اختص بها كل طرف و هذا الاتفاق جائز قانونا اذ ان هذا التنظيم من قبيل اعمال الادراة ولا يحتاج لصحته سداد كامل الثمن واذ رفض الحكم المطعون فيه اعمال نص المادة 144 من القانون المدني فانه يكون قد خالف الثابت في الاوراق وكان هذا الاتفاق قد تنفذ ووضع كل طرف يده على اطيان الطرف الاخر من 1965/11/1 ولمدة خمسة عشر عاما اللازمة لتملكها بالتقادم عملا بنص المادة 986 من القانون المدني وان لم يعمل الحكم المطعون فيه احكام تلك المادة فانه يكون قد اخطاء في تطبيق القانون84.

وطالما قلنا بان العقد الصحيح الذي ظهر الى الوجود نتيجة لاعمال التحول يرتب اثاره بالدرجة الاساس في حق المتعاقدين فان معنى هذا القول بالتاكيد هو ان اثار التحول ستنتقل الى الخلفاء العموميين للمتعاقدين كالورثة و الموصى لهم بمجموع التركة او بجزء منها على اعتبار ان العقد يعد حجة على صاحبه و على خلفه العام وهذا ما يبدو بوضوح في قرار محكمة استئناف بيروت الذي جاء في حيثياته(حيث من المقرر ان العقد يعتبر حجة على المورث الذي ابرمه كما يعتبر حجة على ورثته وان موت المورث لايغير شيئا من نتائج العقد لان المفروض انه يتعاقد عن نفسه وعن ورثته و بمعنى ان الورثة يحلون محل المورث المالية الى ذمتهم ,بحيث تتوافر لدى الورثة السلطة في تلقي المطالبة القضائية بحق معين تولد عن عقد كان مورثهم احد اطرافه و الفائدة في دفع هذه المطالبة وتكون لهم تاليا الصفة و المصلحة في اختصامهم في هذا الشان)85.

ب/سريان الاثار بحق الغير.

اذا بات معروفا ان اثار التحول تسري في حق اطراف العقد الباطل الذي تحول الى عقد اخر صحيح وفي حق خلفائهم العموميين فانه يجب ملاحظة ان اثار التحول هذه الاثار كذلك في حق الغير عن العقد كما هو

---

[84] محكمة نقض مدني في مصر رقم قرار 502 في 1983/9/24.
[85] قرار رقم (22/هيئة مدني/2004)صادر من محكمة استئناف بيروت في 2004/6/18.

الحال بالنسبة للغير حسن النية مثال ذلك حالة الشركة الباطلة حيث ان للغير حسن النية ان يتمسك بهذه الشركات بعد ان تحولت من شركات باطلة الى شركات واقع اذا ما باشرت هذه الشركات اعمالها و نشاطاتها بشكل فعلي ويبدو هذا المعنى بوضوح في قرار محكمة التمييز الكويتية الذي جاء في حيثيات(ان الشركة الباطلة تتحول دائما الى شركة واقع سواء كان البطلان ناشئا عن تخلف الاركان الموضوعية العامة او الخاصة او الاركان الشكلية لعقد الشركة)86.

حيث يلاحظ بهذا الصدد ان تحول عقد الشركة الباطلة الى شركة واقع قد امتد اثره الى خارج نطاق اطراف عقد الشركة حيث شمل الغير على اعتبار ان الشخص الحسن النية الاجنبي قد تعامل مع هذه الشركة على ضوء الوجود الفعلي لها وعليه فان هذا الواقع الفعلي قد رتب اوضاعا معينة تستوجب حماية مصالح مع من تعامل مع هذا الواقع الفعلي و عدم هدر هذه المصالح لما في ذلك من تاثير سلبي كبير على عملية الاستقرار الاقتصادي للعقود,و عليه هذا العقد الباطل(عقد الشركة).و بعد ان تحول الى شركة فعلية فان اثاره ستمتد بشكل اكيد الى هذا الشخص الاجنبي عن العقد وهو الشخص حسن النية الذي تعامل معها و ذلك من اجل حماية الاوضاع الظاهرة التي نتجت عن تعامل هذه الشركة87. وهكذا يتبين بوضوح انصراف اثار التحول الى الغير وليس فقط الى اطراف العلاقة العقدية فقط و لبيان ذلك يمكن لنا ان نضرب المثال الاتي(اذا كان هناك عقد توريث ملزم لجانب واحدو كان هذا العقد باطلا نظرا لكون احد طرفيه قاصر و لم يبلغ السن القانونية و تحول هذا العقد الباطل الى وصية لاحتوائه اركان الوصية رغم بطلانه ففي هذا المثال فان الورثة او الموصى اليهم ببعض المال في وصية سابقة ان يستندوا الى بطلان الوصية تسري بحقهم بعد ان تحولت واصبحت صحيحة.88.

وفي حقيقة الامر فان مسالة انصراف اثار تحول العقد الى الغير من دون ان تقتصر على اطراف العقد تعد من اهم الامور التي تميز نظام التحول عن نظام التاييد كون اثار التاييد تقتصر على الطرف الذي ايد العقد كونه قد تنازل عن حقه في طلب ابطال العقد ولذا فلا يمكن ان تمتد اثار هذا التنازل عن طلب ابطال العقد و لذا فلا يمكن ان تمتد اثار هذا التنازل عن الطلب الابطال الى شخص اخر وبهذا الصدد يقول الدكتور على كاظم الشباني89.(ان التاييد يجعل العقد قائما للموايد دون سواه لانه فعل ارادي منفرد لايمكن ان يمتد الى غير الموايد وعليه لامفعول له تجاه الشخص الثالث الذي اكتسب حقوقا عن حسن نية),وهذا ما اشار اليه

---

86 قرار رقم56/هيئة مدنية/1978 صادر محكمة تمييز كويتي في 1978/11/1.
87 د.اعبدالرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني ,مصدر سابق ,ص289.
88 د.حلميى بهجت بدوي, اصول الالتزامات , نظرية العقد ,مطبعة نوري _القاهرة,1943,ص238,
89 د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني ,مصدر سابق,ص392و393.

القانون المدني المصري صراحة في نص المادة(139)الفقرة الثانية و التي بينت بوضوح بان اجازة العقد الباطل يجب ان توثر على حقوق الغير حيث نصت على (تستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير) وهو نفس المعنى الذي نص عليه القانون المدني الفرنسي حيث اكد ذلك في نص المادة (1338) الفقرة ثالثا والتي نصت على ان اثر التايید لايخل بحقوق الغير الامر نفسه يقال عن قانون الموجبات و العقود اللبناني حيث جاء الشق الثاني من المادة(237) منه تنص على (وان التايید يتضمن العدول عن كل الوسائل التي كان يمكن الاعتراض بها على العقد ما خلا الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية)ولم يتضمن القانون المدني العراقي مثل هذا النص الا انه يمكن الاخذ به وفقا للقواعد العامة90.

على انه يجب ملاحظة ان الخلف العام الذي تنتقل اليه الذمة المالية للمتعاقد الذي ايد العقد القابل للابطال لايعد من قبيل الغير كونه يختلف سلفه في ذات المركز القانوني وعلى هذا فهو يلزم بالاثار القانونية المترتبة على التايید الذي صدر من سلفه وليس له ان يعترض على ذلك, وهكذا يتبين بوصوح الفارق الاساسي بين نظام تحول العقد و نظام التايید من هذه الناحية حيث ان اثار التايید لاتسري بحق الغير وانما تقتصر على المتعاقد الذي تنازل عن حقه في طلب ابطال العقد و كذلك الحال بالنسبة لخلفائه العامين الذين يخلفونه في ذمته المالية بينما نجد ان الامر مختلف في التحول حيث يسري في حق اطراف العلاقة العقدية كلاهما ويسرى بحق الغير عن العقد91.

ان القاضي ليس له اي اثر في عملية اجراء التحول سوى ملاحظة مدى انطباق شروط التحول من عدمها ومن ثم الحكم باجراء التحول في ضوء ذلك ونرى ان التحول انما يدخل ضمن صلاحية القاضي في الانشاء وانه هو الوحيد الذي يقرر اجراء التحول من عدمه وذلك باحلال نفسه محل المتعاقدين من خلال ارادته الافتراضية وكل ذلك طبعا في ضوء تحقيق الاهداف الاقتصادية للمتعاقدين,واذا كانت التشريعات محل الدراسة المقارنة ومنها القانون المدني العراقي لم تبين بشكل واضح كيفية سريان اثار التحول من حيث الاشخاص فيلاحظ ان هناك بعض التشريعات قد عالجت هذا الامر بشكل واضح كما هو الحال بالنسبة لقانون الاسرة الخاص بجمهورية المانيا الشرقية سابقا حيث اعتبرت المادة(36) من هذا القانون ان مركز الطفل الذي يولد نتيجة عقد باطل من الناحية القانونية هو مركز القانوني للطفل نفسه بعد حصول الطلاق على الرغم من الفوارق الكبيرة بين الطلاق من جهة و بطلان الزواج من جهة اخرى, ومن كل ماتقدم يتبين بوضوح ان تحول ينتج اثاره بالدرجة الاساس في حق اطراف العقد الباطل الذي تحول الى العقد الصحيح الاخر الذي

---

[90] د.سليمان مرقص ,نظرية العقد,دار النشر للجامعات المصرية,الطبعة الاولى ,القاهرة,1956,ص299.
[91] د.عبدالرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني ,مصدر سابق ,ص299.

تواجد في ذات العقد الباطل و تسري في حق الخلف العام للمتعاقدين وكذلك تسري في حق الخلف الخاص و الغير عن العقد92.

6-1 صورة التحول

ومن اهم صور وحالات التحول التي وجدنا من الاهمية معالجتها في هذا الفصل هي عقد البيع الذي يجريه المريض مرض ,وكذلك حالة بيع العقار الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري.

_تحول عقد البيع الذي يجريه المريض مرض الموت.

الاصل في الانسان ان له الحرية الكاملة بالتصرف في امواله لمن يشاء دون ان تكون هناك اية قيود على هذه الحرية باستثناء القيود التي يراها الانسان ذاته التي تتعلق بحبه لنفسه او لماله وعلى هذا الاساس فكل انسان حر في التصرف بامواله كما يشاء بالبيع او الهبة من دون ان يكون لاي شخص اخر.

ان يتعرض على هذه التصرفات كونه يتصرف في امواله الخاصة وعليه فان تصرفه هذا لن يصر باحد غير ان تصرف الانسان في ماله قد يرتب اثارا معينة من شانها ان توثر على حقوق الورثة حين ان تصرف الشخص بالوصية مثلا وان كان لايضر بهذا الشخص حال حياته طالما انها لاتنفذ في حقه الا بعد موته الا انها من الممكن ان تضر بورثة هذا الشخص الموصي93. الامر الذي دفع المشرعين الى تنظيم الوصية من خلال وضع بعض القيود على حرية الانسان بالايصاء وذلك لاعتبارات وجد المشرع من الضرورة حمايتها وفي العادة يقدم الانسان على التبرع بامواله او جزء منها في حال شعوره بدنو اجله الامر الذي قد يدفعه الى ابرام بعض العقود او القيام ببعض التصرفات التي يهدف من خلالها الى تفضيل بعض الاشخاص على غيرهم لا سيما في حالة المرض الذي يغلب معها حالة الموت الامر الذي دفع المشرعين الى تنظيم هذه التصرفات لاسيما فيما يتعلق بالتبرعات منها التي قد تؤدي الى الاضرار بالورثة مما دفع المشرعين الى تنظيم هذه التصرفات لاسيما فيما يتعلق بالتبرعات منها التي قد تؤدي الى الاضرار بالورثة او بعضهم من دون غيرهم وذلك من خلال اعتبار هذه التبرعات بمثابة وصية لا تنفذ في حق الورثة الا بالحدود المسموح بها قانونا اما ما زاد عن ذلك فلا ينفذ في حقهم الا اذا اقروه بعد وفاة الشخص المتبرع وقد عالجت التشريعات موضوع مرض الموت ووضعت له الاحكام اللازمة والتي تنظم العقود و التصرفات التي يجريها من هو في حال

---

[92] محكمة تمييز العراقي قرار رقم(333/هئية مدني/1974)في 1974/10/31 .

[93] حبيب ادريس عيسى المزوري,تصرفات المريض مرض الموت_دراسة مقارنة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون_جامعة الموصل.2005.ص58.

مرض الموت, ومرض الموت كما عرفته المادة(1595)من مجلة الاحكام العدلية(هو الذي يخاف فيه الموت في الاكثر و الذي يعجز معه المريض عن روية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ويعجزه عن روسة المصالح الداخلية في داره ان كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون نصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه و تغيير حاله و مات يعد حاله اعتبار من وقت التغيير الى الوفاة مرض الموت)94. وهناك من يرى بانه المرض الذي يجتمع فيه وصفان

اولهما _ان يتغلب فيه الهلاك عادة ويرجع في هذا الى الاطباء في طبيعة الامراض و ثانيهما _ان يعقبه الموت مباشرة سواء اكان الموت بسببه ام سبب اخر اجنبي كقتل او غرق او حريق .

وهناك من يرى بانه المرض الذي يجتمع فيه وصفان

اولهما _ان يتغلب فيه الهلاك عادة ويرجع في هذا الى الاطباء في طبيعة الامراض و ثانيهما _ان يعقبه الموت مباشرة سواء اكان الموت بسببه ام سبب اخر اجنبي كقتل او غرق او حريق .

وبفهم من هذه التعاريف انه لابد من توافر شروط معينة في المرض حتى يمكن وصفه بانه مرض الموت وهذه الشروط هي.

ا_ان يقعد المريض عن قضاء حوائجه حيث يجب لاعتبار المريض بمثابة المريض مرض الموت ان يقعد عن القيام بالاعمال و الواجبات الاعتيادية المالوفة التي يستطيع الناس الاصحاء من القيام بها او مباشرتها كالذهاب الى السوق واداء واجبات العمل التي لا تتطلب جهدا شاقا او القيام بالواجبات المنزلية فيما لو كان المريض من الاناث على انه يجب ان لايفهم من هذا الشرط بان المريض لابد ان يبقى ملازما لفراشه هذا من جهة ومن جهة اخرى فان الانسان قد يتعذر عليه القيام بمصالحه الخاصة بشكل يصل الى حد العجز غير ان هذا العجز لا علاقة له بالمرض ففي هذه الحالة فاننا لا نكون امام مرض موت رغم العحز في قضاء المصالح اذا ان بلوغ الانسان سن الشيخوخة مثلا قد يجعله عاجزا عن اداء مصالحه الخاصة و العادية الا انه مع ذلك لايعد في قضاء احتاجاته و تعد تصرفاته صحيحة و معتبرة قانونا وعليه لابد لتحقق الشروط الاول من شروط مرض الموت ان المرض الذي ينزل بالانسان يقعده عن القيام باعماله الاعتيادية95.

---

[94] د.على كاظم الشيابي,نظرية تحول العقد في القانون المدني,مصدر سابق,ص475.
[95] د.عبدالرزاق السنهوري ,الوسيط ج4.دار الكتب العلمية ,لبنان_بيروت_1985,ص178,ص318.

ب_غلبة الهلاك (الموت). ويشترط في المرض كذلك ان يكون شديدا حيث يغلب فيه خوف الموت وهذا امر يعود تقديره الى الاطباء من ذوي الاختصاص حيث اذا علب على ظن الاطباء استحالة الشفاء عد ذلك المرض من امراض الموت مع ملاحظة ان تقرير الاطباء هذا يختلف تبعا لتغير الظروف و حسب التطور الذي يلحق بالعلوم الطبية في زمن من الازمام ومن القرائن التي تدل مرض الموت هو الا يستمر المرض اكثر من سنة فاذا زادت مدة المرض على سنة فهذا يعني انه ليس بالخطورة التي تفضي الى الموت غير انه اذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض وشعر بدنو اجله واستمر على هذه الحال حتى الموت ففي هذه الحالة يعد المريض في حال مرض الموت من تاريخ اشتداد المرض96.

على انه يجب ملاحظة انه في بعض الاحوال التي يكون فيها المريض مصابا بمرض ما يغلب معه الموت و الهلاك الا انه لايفضي الى موت المريض بل يشفى منه ففي مثل هذه الاحوال فان العقود التي يبرمها المريض تكون صحيحة و نافذة حتى وان كان المريض لم يقدم على ابرام هذه العقود الا نتيجة الخشية من الموت وعلة هذا الحكم هو ان احكام مرض الموت انما شرعت لمصلحة الورثة وليس لمصلحة المتصرف و عليه فان شفاء المريض يعني انتفاء حق الورثة بالطعن في تصرفاته97.

ج_اتصال المريض بالموت.و الشرط الثالث للقول بتحقق احكام مرض الموت هو ان ينتهي المرض بالموت فعلا سواء في ذلك ان يكون الموت بسبب المرض نفسه او لاي سبب اخر كما لو مات غرقا او مقتولا اما اذا لم يتصل المرض بالموت بل شفي المريض ثم مات بعد ذلك فلا مجال للقول هنا بمرض الموت وتعد جميع تصرفات المريض السابقة صحيحة كما ويشترط كذلك موت المريض خلال سنة من بدء المرض فان زادت عن سنة ثم مات فلا تنطبق عليه احكام مرض الموت غير انه اذا زادت مدة المرض عن سنة ثم بعد ذلك اشتد عليه المرض من جديد واتصل بالموت فيكون ذلك المرض مرض الموت من تاريخ اشتداد المرض و تعد تصرفات المريض خلال مدة اشتداد المرض من تصرفات مرض الموت98.

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي بخصوص مرض الموت يتبين لنا بوضوح بان المشرع العراقي لو يورد تعريفا خاصا بمرض الموت في اي من التشريعات المدنية في العراق مما فسخ المجال امام الفقة و القضاء للاخذ باي تعريف من التعاريف التي ذكرها فقهاء الشريعة الاسلامية حيث يكون ملاءما و مناسبا لظروف العصر لاسيما وان مبادئ الشريعة الاسلامية تعد احد مصادر التشريع التي يجب على القاضي الاهتداء بها

---

96 د.محمد كامل مرسي,شرح القانون المدني الجديد,الطبعة الاولى,دار النشر بيروت,1954,ص279.
97 د.عبدالرزاق السنهوري ,الوسيط ج4.دار الكتب العلمية ,لبنان_بيروت_1985,ص320,ص321.
98 على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني , مصد السابق,ص443.

في حالة غياب النص القانوني وهذا ما اكدته المادة الاولى من القانون المدني العراقي التي جاءت فقرتها الثانية تنص على(2_فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون من دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة[99].

واستنادا للنص المذكور فان الفقة و القضاء يرجعان في تعريفهم لمرض الموت الى تعاريف فقهاء المسلمين ولم يستقروا على تعريف واحد وقد عرف القانون المدني العراقي احكام مرض الموت و عالجها في نصوص قانونية خاصة كما ونظم احكام العقود التي يجريها المريض مريض الموت ومنها عقد البيع حيث خصص لها اربع مواد هي المواد(1108_1112) فقد نصت المادة(1109)من القانون المدني العراقي وفي فقرتها الاولى على ان(1- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع او المحاباة يعتبر كله او بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطى له) وبالرجوع الى احكام الوصية نجد ان المشرع العراقي قد حدد نصاب الوصية بثلث التركة سواء في ذلك اكان الموصى له وارثا ام غير وارث, وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة (1108) من القانون المدني بقولها(تجوز الوصية للوارث و غير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث الا باجازة الورثة)[100].

ومن تدقيق نص المادة(1108) السالفة الذكر يتبين بوضوح بان المشرع العراقي لم يفرق في حالة مرض الموت بين ما اذا كان البيع تم لوارث او غير وارث وعلى هذا الاساس اذا اقدم المريض على بيع شيئ ما من امواله لاي شخص سواء كان من ورثته او من الغير وكان هذا البيع فيه محاباة فالبيع صحيح و نافذ ان كانت المحاباة في حدود ثلث التركة او اقل منه ويكون صحيحا لكنه لا ينفذ في حق الورثة الا بعد اجازتهم ان كانت المحاباة المعنى جاء قرار محكمة تمييز العراقي يقول:

(لدى تدقيق و المداولة وجد ان المحكمة اصدرت حكمها برد دعوى المميز بحجة ان عقد البيع الذي يطالب المميز بموجبه المميز عليه بالبدل يتعلق بعقار وهو لم يوثق من كاتب العدل و تطبيقا لمص المادتين (1109_1111) من القانون المدني و الفقرة الاولى من المادة(65) من قانون الاحوال الشخصية قررت المحكمة رد الدعوى من دون ان تلاحظ ان هذا العقد تضمن بان مورث المميز عليهما قد باعا سهميهما من

---

[99] الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,سنة 2016,دار السنهوري, لبنان_بيروت,ص257.

[100] انظر حبيب ادريس عيسى المزوري,تصرفات المريض مرض الموت_دراسة مقارنة ,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون _جامعة الموصل ,2005, ص78.

البستان الواقعة في قضاء المسيب الى شريكه المميز ببدل اقر بقبضه من المشتري نقدا و بما ان عقد البيع تصرف ناقل للملكية وان هذا الاقرار جاء على سبيل التمليك وليس على سبيل الاخبار فيكون هذا التصرف في حكم الوصية فيما لو تحققت المحكمة صدوره في مرض الموت)101.

وفي قرار اخر لمحكمة تمييز العراق جاء فيه (ان المورث قد قام ببيع عقاره لبعض الورثة من دون الاخر وهو في مريض الموت وبثمن صوري يقل كثيرا عن الثمن الحقيقي للمبيع ولعدم اجازة بقية الورثة البيع فانه لاينفذ الا من ثلث التركة ويبطل الثلثين ويتم اعادة تسجيل العقار في النسبة الذكورة باسم جميع الورثة فضلا عن المشترين و توزيع فيما بينهم على اساس احكام الميراث)102.

ويجب ملاحظة ان عقد البيع الذي يجرية المريض مرض الموت من دون حصول اي محاباة بان كان في ثمن المثل فانه وعلى الرغم من صدوره من البائع في مرض موته فانه يكون نافذا في حق الورثة دون الحاجة الى استحصال اجازتهم على هذا البيع طالما انه لايلحق اي ضرر بهم اما اذا كان البيع باقل من ثمن المثل فان القدر المحابي في يكون نافذا ان كان يساوي ثلث التركةاو اقل منه وتحسب المحاباة بتقدير الفرق بين ثمن المبيع و قيمته وقت موت البائع لا وقت العقد وتحسب ثلث التركة في ذلك الوقت ايضا مع دخول المبيع فيها,وهذا ماكدته محكمة تمييز العراق في قرارها الذي جاء فيه(بان المورثة باعت عقارها لوارثتها وهي في مرض موتها وعلى الرغم من اعتراض بقية الورثة على البيع فانه يكون صحيحا و نافذا في حقهم ,لان قيمة العقار لا تتجاوز ثلث التركة)103.

وبنفس المعنى جاء قرار اخر لمحكمة التمييز يقول (ان الثابت من الدعوى ان مورث الطرفين كان قد اقر بموجب السند العادي بانه قد باع الحصص العائدة له من قطعة البستان الة ولده واباح له حق التصرف و التزم بالحضور الى دائرة التسجيل العقاري لاقراره بالحصص المذكورة باسم المشترين لكنه عند تنظيمه سند البيع كان مريضا مرض الموت وعلى الرغم من اعتراض بقية الورثة على البيع فان المحكمة قررت ان البيع صحيح و نافذ , لان قيمة العقار تخرج من ثلث التركة المحررة لذلك يكون بيع المريض في حكم الوصية ثم توصلت المحكمة الى مبدا مفاده انه اذا صدر البيع عن شخص في مرض موته بقصد التمليك فانه يكون في حكم الوصية ولايحتاج الى تسجيل العقد لدى كاتب العدل ولو تعلق بعقار)104.

---

101 د.على كاظم الشيابي,نظرية,مصدر السابق,ص475,

102 محكمة تمييز العراقي قرار رقم 435/حقوقية ثالثة/1970 الصادر في 1970/5/7 .

103 محكمة تمييز العراقي قرار رقم 665/هيئة مدنية ثانية/1999 الصادر 1999/2/25 .

104 محكمة تمييز العراقي قرار رقم(221/موسعة اولى/1977)الصادر في1977/7/20.

اما اذا كانت المحاباة تزيد على ثلث التركة فان البيع فيما يتعلق بالقدر المحابي به لايكون نافذا في حق الورثة الا بعد اجازته فان رفضوا يلزم المشتري بان يكمل الثمن ليصل الفرق بينه و بين قيمة المبيع الى ثلث التركة ولا فرق في كل الاحوال بين ما اذا كان البيع لوارث او لغير وارث.

المدعى عليها الثانية ببيع جزء من سهميهما من هذا البيع الصوري الى المدعى عليها الثالثة و بذلك تكمن المدعى عليهم من الاستحواذ على الدار بوسائل غير شرعية ولا قانونية في الوقت الذي كان مورثهم في حالة مرض الموت فقررت المحكمة المذكورة انفا تاييد الحكم الاستئنافي القاضي بابطال تصرف المتوفي بما زاد على ثلث الدار واعادة تسجيل هذا الجزء باسم مورث الطرفين كان واقعا في مرض الموت)105.

والعبرة باجازة الورثة او رفضهم تمكن بعد وفاة المورث لان صفة الوارث لا تثبت لاحد الا من ذلك الوقت كما ان حقه في الميراث لا يثبت الا بعد وفاة المورث فان وقعت الاجازة قبل موته فتكون واقعة في غير محلها وعلى حق لايملكه الوارث وانما يعود ملكه الى المورث ويجب ان تتحقق حياة الوارث عند وفاة المورث ولو بلحظة واحد حتى يرث منه106.

وتطبيق الاحكام السالفة الذكر في حالة وجود وارث للمرض اما اذا لم يكن له وارث فاستنادا الى احكام الوصية السارية على بيع المريض مرض الموت فانه يجوز للمريض ان بيع بعض تركته او جميعها و بالثمن المسمى في العقد من دون ان يتوقف على اجازة بيت المال لان حق المشتري الذي يكون في حكم الموصى له مقدم على حق بيت المال و هذا ما اشار اليه المشرع العراقي107.

ونظرا للاهمية الكبيرة التي يحتلها موضوع بيع العقار بشكل عام في التشريعات المدنية كافة ومنها التشريعات محل الدراسة المقارنة و نظرا للاشكاليات الكبيرة التي تثار بصدد عقود بيع العقار التي تجري خارج دائرة التسجيل العقاري لا سيما في العراق بشكل خاص ونظرا للاثر الكبير الذي يمكن ان تودية هذه الاسباب ارتاينا معالجة عقد بيع العقار الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري كاحد تطبيقات نظام التحول لاسيما وان هناك من الفقهاء من ذهب الى القول بامكانية تحول هذا المجال معالجة موضوع عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري.

---

[105] محكمة تمييز العراقي قرار رقم(14/موسعة اولى/1998) الصادر في 1998/9/9.

[106] انظر حبيب ادريس عيسى المزوري,تصرفات المريض مرض الموت_دراسة مقارنة ,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون _جامعة الموصل ,2005, ص82.

[107] المادة(88)من القانون الاحوال الشخصية رقم 188لسنة 1959 و تعديلاته .

ان المشرع العراقي اعتبر ات التسجيل هو شرط صحة في مثل هذا النوع من العقود كون التسجيل بذلك هو شرط صحة في مثل هذا النوع من العقود كون التسجيل بذلك هو ركن لا يقوم العقد بدونه وعليه فان عقد بيع العقاري في العراق هو عقد شكلي لاينعقد بدون استيفاء الشكلية التي رسمها القانون و المتمثلة بالتسجيل في دوائر التسجيل العقاري(الطابو) وهذا ما اكدته المادة (508) من القانون المدني العراقي بقولها(بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي ينص عليه القانون)108.

كما واكدت الصفة الشكلية لهذا النوع من العقود المادة(1126)من القانون المدني العراقي وفي فقرتها الثانية حيث جاءت تنص على(2_والعقد الناقل الملكية عقار لاينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا) ثم عاد المشرع العراقي بعد ذلك وركز على الطبيعة الشكلية هذه لعقد بيع العقار في قانون التسجيل العقاري رقم (43)لسنة 1971 حيث نصت المادة (3)من هذا القانون وفي فقرتها الثانية على(2_ لاينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

وعلى هذا الاساس نجد ان المشرع العراقي قد نفى عن هذه العقود صفة الرضائية و بالتالي فان العقد غير المسجل يعد عقدا باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن الشكل وهذا ما اكدته محكمة تمييز العراقي في قرارها الذي جاء فيه(حيث ان البيع وقع على عقار خارج دائرة الطابو فهو عقد لايفيد الحكم ولكل من الطرفين الرجوع عنه منذ وقوع العقد)109.

اما اذا تم تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري انعقد العقد صحيحا مرتبا لاثاره كاملة وفي مقدمتها نقل ملكية المبيع الى المشتري وهو ما اكدته المادة(1126) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى.

وبذلك نجد ان المشرع العراقي قد قصر حق المشتري بموجب عقد بيع غير مسجل على المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به لا غير وذلك في حالة امتناع البائع من تسجيل عقد البيع في الدائرة المختصة ولم يعطه الحق بالزام البائع بتسجيل العقد عن طريق دعوى خاصة كما فعلت بقية التشريعات المدنية الاخرى عند اعطت الحق للمشتري باقامة دعوى صحة التعاقد ويبدو هذا الامر بوضوح في نص المادة(1127) مدني عراقي والتي تنص على (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد او لم بشترط).

---

108 د.عبدالرزق احمد السنهوري,,مصدر السابق,ص431.

109 محكمة تمييز العراقي رقم قرار 111/حقوقية/1970 الصادر في 1970/6/17.

وهذا ماكده القضاء العراقي في قضاء المستقر بهذا الخصوص حيث جاء في احد قرارات محكمة التمييز العراقية (ان الدعوى بطلب تسجيل عقار بيع خارج دائرة طابو باسم المشتري غير صحيحة لان الحق في حالة الاخلال بالتعهد يقتصر على طلب التعويض)110.

ويؤخذ على القانون المدني العراقي اضافة الى قصر حق المشتري على المطالبة بالتعويض فقط في حالة عدم قيام البائع بالاخلال في التعهده بالتسجيل اضافة الى ذلك فانه لم يبين كيفية احتساب هذا التعويض مما يعد قصورا تشريعيا يسبب كثير من الارباك في الحياة العملية لا سيما وان تقدير الخبراء الذين تستعين بهم المحكمة هو امر غير ملزم ويمكن ان ياخذ وقت طويل لحسم الامر كل هذه الاسباب دفعت المشرع العراقي الى محاولة وضع الحلول لحل هذا المشاكل الامر الذي دفعه الى اصدار قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 في 1977/11/2 من اجل تحديد كيفية احتساب التعويض وان هذا القرار جاء يمثل سبيلا للتنفيذ العيني في حالات بعينها بينها القرار المذكور.

وقد نص هذا القرار(اولا:ا-يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه على ان لايقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد و قيمته عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر.

ب_اذا كان المتعهد قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه ابنية او منشات اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة(ا)من هذا البند مضافا اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول). ويتبين من هذا القرار ان المشرع العراقي قد تلافى كثيرا من الاشكاليلت التي كانت تثار بخصوص عقد بيع العقار قبل التسجيل في ضوء احكام القانون المدني العراقي اذا تبين كيفية احتساب التعويض الذي يستحقه المشتري في حالة نكول البائع عن الايفاء بالتزامه بالتسجيل و المهم من ذلك ان هذا القرار قد ساير متطلبات العدالة الى حد كبير عندما اعطى الحق للمشتري بمطالبة البائع بالتنفيذ العيني من خلال اللجوء الى قضاء وفي ضوء الحالات التي حددها القرار وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي من تاريخ صدور هذا القرار.

ومنها قرار محكمة استئناف بغداد الذي جاء فيه(ان مجرد تسييج الارض بسياج من الطين لا يكفي لاعطاء مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري حق طلب تملكه وفقا للفقرة اولا/ب من قرار مجلس قيادة الثورة

---

110 د.منذر عبد الحسين الفضل ,التعهد بنقل ملكية عقار ز موقف القضاء العراقي منه الحقوقي ع1_4 س15,مطبعة موسسة الثقافة العالية_بغداد_1983,ص154.

المرقم 1198 لسن 1977 لان هذه الفقرة اشترطت لتملك العقار المتعهد بنقل ملكية طبقا لاحكامها ان يكون المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او احدث فيه منشات اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد111.

الا ان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل و على الرغم من محاولته اعادة الامور الى نصابها الطبيعي و انصاف المشتري ومع ذلك فقد قيد حق المشتري بطلب التنفيذ العيني بحالات معينة بذاتها من دون ان يعالج كافة المسائل و الاشكاليات التي يثيرها عقد بيع العقار غير المسجل لذا نتمنى على المشرع العراقي معالجة هذه الاشكاليات بشكل يتناسب مع التطور الاقتصادي الذي يشهده عقد بيع العقار في العراق نتيجة الارتفاع الكبير في اسعار العقارات بشكل عام ونقترح على المشرع العراقي ان يسلك مسلك المشرع اللبناني عندما اعطى لهذا النوع من العقود صفة الرضائية حتى وان تاخر انتقال الملكية الى المشتري لحين حصول التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وذلك من اجل حماية حق المشتري و الغير كذلك بذات الوقت كذلك نقترح على المشرع العراقي ان يخذو حذو المشرع اللبناني عندما اجاز للمشتري في مثل هذه العقود المطالبة بالتنفيذ العيني مباشرة في حال عدم موانع تمنع مثل هذا التنفيذ حيث ان هذا الامر سيسهم الى حد كبير في موضوع استقرار المعاملات عقد بيع العقاري قبل التسجيل و كيفية معالجة هذا النوع من العقود قانونا بات لزاما علينا معرفة اهم معرفة اهم الاتجاهات الفقهية التي ثارت بصدد نقل ملكية العقار قبل التسجيل ومنها طبعا الراي القائل بامكانية تحول هذا النوع من العقود الى اخر112.

---

111 على كاظم الشباني,مصدر سابق ص488,ص489

112 المحامي سلمان البيات,القضاء المدني العراقي, الجزء الاول , شركة الطبع و النشر الاهلية,ديمشق,1952,ص298.

الفصل الثاني

2- ماهية نظرية التحول في القانون الاداري

ان التحول في مجال القانون الاداري يعد تطبيقا للمصلحة العامة من جهة و حماية للمتعاملين مع الادارة من جهة اخرى خاصة وان الادارة تتميز في تصرفاتها القانونية الفردية و العقدية بسلطات شبه مطلقة الامر الذي يلزم معه تقييد مجال البطلان او على الاقل تخفيف اثاره عن طريق اعما فكرة التحول خاصة وان القاضي الاداري يبحث عن احكامه عن القواعد القانونية واجبة التطبيق والتي قد يستمدها من القانون المدني او غيره من القوانين ويدخل عليها من التعديلات التي تواكب النزاع الاداري حتى يصل بذلك الى فض النزاع المعروض عليه و بالتالي فان القاضي الاداري غير ملزم بتطبيق الاحكام القانون المدني ولكنه اذا اعتنق مبداء او حكم لنص مدني اصبح هذا الاعتناق ملزم ولو ادبيا لان القاضي الاداري سطره و اورده في احكامه ومن ثم فان اجازة التحول في القانون الاداري هو بمثابة و سيلة لانقاذ الادارة من البطلان وهذا امر تفرضه الضرورات اذا ان تجاهل الادارة يجعلها و العدم سواء كما ان المبادئ الاساسية المتعلقة بالقاعدة القانونية و بالحقوق تعد واحدة في مجال القانون الخاص و العام لان هذه المبادئ في الحقيقة هي تطبيق فعلي لمبداء سيادة القانون في ذاته ومن ثم لايقتصر تطبيقها على فرع من فروع القانون دون الاخر الا اذا كانت طبيعة العلاقة تتطلب استبعاد تطبيق هذه القاعدة[113].

2-1 التحول في العقد الاداري

يقتضي الكلام عن التحول في العقد الاداري الى تقسيم الموضوع وفق مايأتي.

2-1-1 الاساس قانوني لتحول العقد الاداري

تعد التصرفات العقدية من اهم مصادر الالتزامات فاذا ما انعقدت صحيحة فانها تنتج اثارها القانونية غير ان هذه العقود قد يعتريها عيب يؤدى الى بطلانها مما قد يرتب اثارا بالغة الاهمية على اطراف العقد و الغير ايضا لذا فقد سعت التشريعات الى ايجاد وسائل قانونية تتمكن من خلالها معالجة حالات البطلان و الحد من اثارها السلبية متى كان ذلك ممكنا ومن هذه الوسائل القانونية فكرة تحول العقد الباطل عليه فان دراسة فكرة التحول في النطاق القانون الخاص[114].

---

[113] د. احمد سلامة احمد بدراطروحةدكتوراه, جامعة قطر.ص464,يوليو2017.قط

[114] عبدالرزاق السنهوري .شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد (القاهرة دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع 1975,ص634.

ان اساس فكرة تحول التصرف القانوني وجد في القانون الروماني قديما اما حديثا فتعد نظرية تحول العقد من النظريات التي صاغها الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر115, وقد وجد الاساس القانوني التشريعي لهذه الفكرة لاول مرة في المادة(140) من القانون المدني الالماني الصادر عام 1896(1), وعنه اخذ العديد من القوانين بنظام التحول116,وقد تبنى القانون المدني العراقي رقم(40)لسنة 1951 المعدل فكرة تحول العقد اذ نص في المادة 140 على(اذا كان العقد باطلا و توافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابارم هذا العقد),الاصل ان العقد الباطل ليس له وجود قانوني ولايترتب عليه كقاعدة عامة اي اثر الا ان تطبيق هذه القاعدة على اطلاقها يؤدي الى حدوث الكثير من النتائج الاقتصادية و الاجتماعية التي لايحمد عقبها لذلك حاول المشرع تفادي تلك الاثار من خلال التقليل من حالات البطلان واستثمار العقود قدر المستطاع بما يتفق مع غايات المشرع و مقاصده فكان ان اهتدى المشرع الى فكرة تحول العقد الباطل الى عقد صحيح,ويهدف المشرع من خلال تنظيمه لفكرة التحول الى تجنب ابطال العقد انقاذا لارادة الافراد من البطلان و تلافيا للاثار السلبية التي تترتب على البطلان وضمانا استمرار العلاقة و المعاملات التعاقدية اذ يعمل تحول العقد على حماية الثقة المشروعة في المعاملات مما يشجع الافراد على ابرام العقود وهم مطمئنون من عدم اهدار هذه الثقة و ذلك من خلال عقد صحيح يؤدي الغرض نفسه الذي كان المتعاقدان يرميان الحصول عليه من ذلك العقد الاصلي الباطل.

و القاضي حينما يقضي بتحول العقد انما يستنبت من العقد الباطل بوصفه واقعة مادية عناصر عقد اخر صحيح تكون ارادة المتعاقدين الافتراضية قد انصرفت اليه و القاضي في ذلك انما يستعين بسلطته ليكيف بمقتضاها العقد الذي تقرر ابطاله التكيف القانوني الملائم مادام لا ينحرف في هذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد اليها المتعاقدان , وهو بهذا يكون قد احل الغاية العملية المقصودة محل الارادة القانونية المعلنة متوخيا في ذلك التماشي مع نية المتعاقدين فالمتعاقدان اذا كانا لم يريدا العقد الصحيح ارادة قانونية فقد اراده ارادة عملية و الارادة القانونية ماهي الا وسيلة الى تحقيق غرض عملي فاذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة117.

---

[115] تنص المادة(140) من القانون المدني الالماني على (اذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني اخر فهذا العمل الاخير هو الذي يؤخذ به اذا فرض ان المتعاقدين كانا يريدانه لة كان يعلمان بالبطلان)

[116] منها القانون المدني الايطالي الصادر عام 1924 و القانون المدني المجري.

[117] عبدالرزاق السنهوري , مصدر السابق,637.

فالعبرة من اعمال نظام التحول هي تحقيق الغاية العملية التي يريد المتعاقدان الوصول اليها وما العقد الا وسيلة فنية للوصول الى تلك الغاية.

لما كانت فكرة التحول قد حسم امرها في التصرفات القانونية في نطاق القانون الخاص وفقا لما بسطنا فيه القول فان هذه الفكرة لم يحسم امرها بعد في نطاق الاعمال القانونية للادارة العامة, ويتفق فقهاء القانون العام و القانون الخاص على قاعدة عامة هي امكانية تطبيق قواعد القانون المدني على علاقات القانون العام او على الاقل الاستهداء بها في الوصول الى استنباط القواعد و المبادئ التي يمكن ان تحكم علاقات في العقد الاداري.

ولما كان التحول في القانون الخاص واحد من النظم القانونية التي لايمكن تجاهل اثارها فقد وردت النصوص الخاصة به في القوانين المدنية انقاذا لارادة الافراد من البطلان فاذا كان هذا سببا كافيا لاقرار التحول في القانون الخاص و مداره المصلحة الفردية فانه يكفي من باب اولى لاجازته في القانون العام و مداره مصلحة المجموع.

كما ان ما للادارة من سلطان في نطاق العقد الاداري يقضي هو الاخر يضييق مجال البطلان او تخفيف اثاره ومن نشات قاعدة ان التصرف العام لايكون في العادة عند الشك في صحته باطلا بل يتعين رفع هذا الشك في وقت قصير اما بحكم قضائي او بعمل من الدولة نفسها ونجد ان من الفقهاء من اسند الاساس القانوني لاعمال فكرة التحول في نطاق القانون العام الى فكرة احترام مبداء المشروعية يتميز العقد الاداري بانه يستهدف تحقيق المصلحة العامة وحتى تستطيع الادارة تحقيق هذا الهدف تم الاغتراف لها بمجموعة من الامتيازات و السلطات تتسم بطابع السلطة العامة وفي مقابل ذلك فرض المشرع على الادارة قيود تحد من حريتها في تحديد اساليب ممارسة نشاطها بهدف تحقيق التوازن بين الامتيازات و السلطات الممنوحة لها وبين حقوق وحريات الافراد .

وهكذا على الادارة ان تلتزم في اعمالها القانونية (القرارات الادارية و العقود الادارية)باحترام مبدا المشروعية الذي يعني خضوع الادارة لحكم القانون فاذا خالفته وجب عليها الرجوع عن اعمالها المخالفة للقانون وذلك بتحويل تلك الاعمال القانونية غير المشروعة الى اعمال صحيحة كما ان مبداء المشروعية ذاته يخول القضاء سلطة تحول اعمال الادارة القانونية المعيبة الى اعمال صحيحة ضمن شروط فكرة التحول,فضلا عن ذلك فان التحول يراعي مبدا احترام استقرا الاوضاع و المركز القانونية فالتحول يحاول قدر الامكان اعادة تلك الاوضاع و المركز الى وصعها القانوني الصحيح على اساس من مبدا المشروعة وان احترام هذا المبداء

يقضي ابطال عقود الادارة غير المشروعة واحلا عقود صحيحة محلها عقود صحيحة محلها وبهذا فان التحول هو الذي يرسخ المراكز و الاضاع القانونية ولكن بالاستناد الى عقود ادارية مشرعة .

تستهدف الادارة من جميع اعمالها القانونية تحقيق المصلحة العامة فاذا ما ابرمت الادارة عقدا معيبا فانه يقع باطلا ولكن اذا ماحققت الادارة على الرغم من بطلان هذا العقد مصالح عامة اخرى شرعية فمن الانسب تحول هذا العقد الباطل الى عقد اخر صحيح وذلك بهدف عدم فوات المنفعة العامة التي تلتزم الادارة باشباعها, ونظرا لالتزم الادارة بمراعاة المنفعة العامة بوجه عام وببعض اوجهها المحددة بوجه خاص فنها تجد نفسها مقيد في اختيار او ممارسة نشاطها لذلك فانها تحاول من خلال التحول ان تجعل تصرفها مطابقا و موافقا لفكرة المصلحة العامة.

فالمصلحة العامة هي التي تحكم جميع الروابط القانونية في نطاق القانون العام و من بينها فكرة تحول الاعمال القانونية للادارة وبناء على ذلك عندما يتضح للادارة عدم صحة عقودها وان المصلحة العامة تقضي تحويل تلك العقود الى اخر صحيحة فانها تقوم وبناء على سلطتها التقديرية بتحويلها

اما التحول عن طريق القضاء فان فكرة المصلحة العامة تبيح للقاضي تحويل اعمال الادارة الباطلة الى اخر صحيحة فالقاضي وانطلاقا من فكرة المصلحة العامة يحاول ان يجد مجالا للابقاء على العمل القانوني الباطل بتحويله الى عمل اخر صحيح طبقا لاحكام فكرة التحول وشروطها118.

2-1-2 شروط تحول العقد في القانون الاداري

ان التحول العقد في مجال القانون الاداري مجموعة من الشروط ,التي تتمثل فيما يأتي,

اولا_اعمال قواعد البطلان على العقد الاداري:

من التعارف عليه ان العقد الخاص يتطلب في وجوده اركان ثلاث هي(الرضاو المحل و السبب)مع اقتران ركن الرضا باهلية المتعاقد اذ لا صحة لوجود الرضا بدون اهلية من وجهة نظرنا وهذه الاركان يجب توافرها في العقد الاداري ومن ثم ان اصابة العقد بسير مرفق عام لذلك فان طريقة ابرامه تحكمها قواعد محددة نص عليها في الغالب قانون المناقصات و المزايدات وان مراحل اعداد هذه العقد طويلة لا مجال للتعرض لها تفصيلا في هذا المقام منها الدخول في عملية التعاقد سواء كانت مناقصة او ممارسة او اتفاق مباشر او حتى

---

118 د.مصطفى ابو زيد فهمي(القضاء الاداري و مجلس الدولة) الطبعة الرابعة 1979,عمان ص71.

مزايدة وذلك منذ شراء كراسة الشروط و دفع مبلغ التامين الابتدائي ثم تقديم المظاريف الفنية و المالية ثم فحص المظاريف وانتهاء بارساء العملية.

و ابرام العقد الاداري في شكله النهائي بعد سداد التامين النهائي ولاشك ان هذه كلها مراحل تخضع للدراسة الدقيقة و المتانية من اطراف التعاقد سواء الجهة الادارية المتعاقد معها او من جانب المتعاقد الاخر وان مايكتشف بعد ابرام العقد من عيوب الغش و التدليس الذي يرتكبها المتعاقد مع الادارة يعطي الادارة الحق في فسخ العقد وليس تحويله.

ثانيا_اركان العقد الاداري لايحل بعضها محل بعض:

اشرنا فيما سبق الى ان التحول يعني وجود تصرف باطل تتوافر فيه عناصر تصرف اخر صحيح وبانزال ذلك على العقد الاداري نجد ان احد اطرافه هي جهة ادارية تتمتع بالسلطة والسيادة و العديد من الامتيازات التي لا يملكها احد اطراف العقد الخاص كما ان المعيار الثاني و المميز للعقد الاداري بخلاف اطرافه هو تضمنه شروط استثنائية لا مثيل لها في مجال عقود القانون الخاص بالاضافة الى ارتباطه بتسيير المرفق العام ومن ثم فان فقدان اي ركن من هذه الاركان لايعني تحول العقد وانما يعني خروج العقد بكامل اركانه و تحوله الى عقد اخر يعمل به في مجال القانون الخاص ان امكن ومن ثم تنفصم الصلة بين العقد الجديد و العقد الاول وهكذا عكس ما اشرنا اليه عند الحديث عن التحول في القرارات الاداري الباطل و اثار ذلك ورغم ماسبق فانه لايوجد لدينا مانع من اعمال فكرة التحول في مجال العقود الادارية ولكن ليس بالمفهوم الواسع للتحول وانما يمكن ان يكون التحول في مسمى العقد وما ينطبق عليه من قواعد قانونية مثل استبدال نظام عقد تقديم خدمات بنظام عقد توريد ولكلا منهم احكامه القانونية الخاصة به ولكن مع بقاء كامل اركانه من وجود الادارة طرفا في العقد ووجود شروط استثنائية غير مالوفة في عقود القانون الخاص بالاضافة الى ارتباط العقد بسير مرفق عام[119].

نخلص مما سبق الى انه من المتصور تحول العقد الاداري الى عقد خاص على النحو الذي سيرد ذكره لكن من الصعب تحول العقد الاداري الى عقد اداري اخر لبطلان العقد الاصلي وانما يجوز التحول في نطاق محدود هو نطاق المسمى او تخصيص الاهداف و تغيير النظام القانوني المطبق على العقد الجديد و اختلافه عن النظام القانوني المطبق على العقد الاول[120].

---

[119] د.حسن كيرة احمد (المدخل الى القانون)طبعة الاولى ,دار النشر بيروت,1971,لبنان _بيروت,ص90

[120] د.عبد الحي حجازي,(موجز عن النظرية العامة للالتزام)الجزء الاول ,طبعة 1955,ديمشق,ص30.

3-1-2 مبررات تحول العقد الاداري

تمكن مبررات تحول العقد في اطار القانون الاداري فيما يأتي.

_اولا:ان عدم وجود نصوص صريحة او حتى نصوص تشير ضمنيا الى فكرة التحول في مجال القانون العام غير موجودة على عكس المعمول به في القانون المدني وهذا مردود عليه بان طبيعة القانون الاداري تختلف تماما عن طبيعة القانون المدني وذلك لان القاضي الاداري لايعتمد في عمله في الكثير من الحالات على نصوص تشريعية مكتوبة فهو كما سبق القول قاض انشائي يبتدع الحلول القانونية المناسبة للمنازعات المعروضة عليه بالاضافة الى خلق قواعد تضمن سير المرافق العامة وعدم توقفها الامر الذي يؤكد اختلاف دور القاضي الاداري عن القاضي العادي و الذي يطلق على الاخير انه قاضي تطبيقي وليس انشائي وبما ان مرفق القضاء الاداري يعمل ويرسى من المبادئ و الاحكام مايضمن سلامة العمل الاداري و استقرار المراكز القانونية واحترام الادارة لمصادر المشروعية و حماية الحقوق و الحريات فان دور القاضي الاداري الملموس في المجالات السابقة و غيرها يؤكد على ان عدم وجود نصوص مكتوبة وان كان يصعب عمل القاضي الاداري لكنه لايعيق دوره الامر الذي يؤكد على ان الاخذ بفكرة التحول جائز بل هي الاقرب لعمل القاضي الاداري الذي يستعين كلما امكن له بنظريات القانون المدني وادخال مايراه عليها من تعديلات تلاءم العمل الاداري[121].

_ثانيا:ان القول بعدم الاخذ بفكرة التحول تاسيسا على ان العقود الادارية محاطة بكثير من الضمانات التي تؤكد سلامتها منذ ابرامها فان هذا القول مردود عليه بان قرينة الصحة يمكن اعمالها على العقد الاداري الباطل اما العقود الاداري المعدوم فهو عمل بفقد كل صفة ادارية له ويصبح و العدم سواء و بالتالي فان من الافضل لجهة الادارة ان تاخذ بفكرة التحول حتى يمكنها ان تقلل من فرض اعمال البطلان بالتحول تستطيع الادارة ان تحقق اهدافها التي كانت تتجه ارادتها الى تحقيقها منذ ابرام العقد الاداري[122].

كما ان احاطه العقد الاداري بالعديد من الضمانات التي من شانها الابتعاد قدر المستطاع عن فكرة عيوب العقد الاداري تجعل اعمال هذه الفكرة في مجال القانون العام اولى من اعمالها في مجال القانون الخاص اذ ان هدف القانون العام هو اشباع الحاجات العامة وان العقد الاداري اولى في الحماية لتحقيق هذه المصلحة.

---

[121] د.حسام الدين كامل الاهواني.مصادر الالتزام ,دار النشر القاهرة,1995,طبعة الاولى ,ص 131.
[122] د.مصطفى ابو زيد فهمي(القضاء الاداري و مجلس الدولة) مصدر سابق ,ص71.

ثالثا:ان اختصاص النظر في النزاعات العقود الاداري في العراق لايزال معقودا للقضاء العادية الذي يوصف بانه قضاء تطبيقي كونه ملزم بتطبيق قواعد القانون المدني و عدم الخروج عنها وكما هو معلوم فان القانون المدني العراقي اجاز صراحة تحول العقد مقتضى نص المادة (140) منه فليس هناك من تثريب على القاضي الذي يعرض عليه نزاع بصدد عقد ابرمته الادارة ويتبين له بطلانه ان يطبق قواعد التحول التي نص عليها القانون المدني ويقضي بتحول هذا العقد و ان الاتجاه العام في العالم يسير نحو ما يمكن ان نطلق عليه خصخصة قواعد القانون العام اذ لم تعد لقواعد القانون العام تلك الهيبة التي كانت تتحلى بها خلال القرن العشرين ولقد كان لظهور الشركات العابرة للعقارات دور كبير في تطبيق قواعد القانون الخاص على عقود الادارة كونها ترفض التعاقد وفقا لقواعد تعطي الطرف الاخر امتيازات غير مالوفة فضلا عن تاثير تشريعات الاتحاد الاوربي التي بدا معها ان الحدود بين عقود القانون العام و عقود القانون الخاص قد تضاءلت واصابها تشويش كبير123.

4-1-2 صور تحول العقد في القانون الاداري

اولا/تحول العقد الخاص الى عقد اداري:

ان ليس هناك من اركان او اشتراطات التحول ما يمنع من تطبيقه على عقد خاص تقرر بطلانه وتحوله الى عقد اداري توافرت اركانه طالما اتجهت نية اطرافه الى العقد الجديد ويشير اصحاب هذا الراي الى فتوى صدرت عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع لمجلس الدولة المصري مضمونها ان التصرف وان اسماه المالك وقفا خيريا الا انه لم تجتمع لهذا التصرف اركان نشوء الوقف الخيري,ذلك ان احتفاظ المالك المذكور لنفسه بريع الاطيان الموقوفة مدى الحياة يسبغ على هذا الوقف طابع الوقف الاهلي الذي حرمه ,لصحة الوقف ان يكون باشهار رسمي الامر غير المتوافر في هذا الحالة ولكن امام اقرار المالك بتنازله عن ريع الاطيان المشار اليها والذي كان قد سبق ان احتفظ بها لنفسه مدى الحياة كما اقر بان تلك الاطيان هي تبرع خالص غير مشروط لصالح مستشفي الجمهورية124.

وبانه مستعد لتسليمها فورا وقد اشر السيد المحافظ على هذا الكتاب لتحويله الى السكرتير العام للتنفيذ وعلى ذلك فان نية المالك قد اصبحت صريحة واضحة في جعل التصرف في الاطيان سالفة الذكر تبرعا غير مشروط وبقبول هذا التبرع من السكرتير العام للتنفيذ تكون قد توافرت اركان عقد تقديم المعاونة وهو عقد

---

[123] ينظر .ماهر صالح علاوي .تحولات القانون الاداري في ظل العولمة,ط1(عمان_الاردن ,دار وائل للنشر و التوزيع ,2019 ص251.
[124] د.مصطفى ابو زيد فهمي,مصدر سابق ,ص79.

اداري يتعهد بمقتضاه شخص برضائه و اختياره بالمساهمة عينا او انقدا في نفقات مشروع من مشروعات الاشغال العامة او المرافق العامة وينعقد بايجاب مقدم المعاونة و قبول الادارة دون اشتراط الرسمية التي يتطلبها انعقاد عقد الهبة المدنية, وقد احسنت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع صنعا فهي لم تتفهم الفكرة فقط بل استطاعت ان توصلها فالمالك اخطأ السبيل ولم يستطيع ان يختار الاداة القانونية التي تحمل ارادته الحقيقية الى الوجود الخارجي فوقع عقده باطلا فهو وان كان افرغ ارادته في صورة تصرف قانوني اسماه وقفا خيريا دونما علم منه ببطلان هذا التصرف لرغبته في الاحتفاظ لنفسه بريع الاطيان الموقوفة مدة حياته,ويسبغ على تصرفه هذا طابع الوقف الاهلي هذا بالاضافة الى انهيار ركن اخر من اركان الوقف وهو اشتراطه ان يكون باشهار رسمي وهو ما لم يكن متوافرا في هذه الحالة الى هنا نستطيع القول بان حقيقة التصرف الذي اراده المالك هو عقد هبة مدنية وهو عقد شكلي اشترط القانون لصحته(الرسمية) وهذا ايضا لم يكن قد توافر ,ومعني ذلك ان عقد الهبة المدنية باطل لعدم توافر شرط الرسمية التي استوجبها القانون,نعود بعد ذلك الى الركن الثاني من اركان التحول وهو شرط التوافق وهو يعني اقامة التصرف الصحيح من واقعة التصرف الباطل دون الاستعانة باي عنصر خارجي عنه فالتصرف الاصلي الباطل وقد انتهينا الى عقد هبة مدنية يمكن رغم بطلانه ان يتكون منه عقد اخر صحيح125.

وان اختلف عنه في المضمون و الاثر و النطاق القانوني وهو عقد تقديم المعاونية الذي يتعهد بمقتضاه شخص برضائه و اختياره بالمساهمة عينا او نقدا في نفقات مشروع من مشروعات الاشغال العامة او المرافق العامة,يبقي بعد ذلك ركن النية الافتراضية وهذا قد اوضحته الجمعية واكدته في فتواها بصورة لاتحتاج ايضاح فالمالك بعد ان كان قد احتفظ لنفسه بريع الاطيان الموقوفة مدى الحياة عاد واقر بتنازله عنها وبانه مستعد لتسليمها فورا لصالح مستشفي الجمهورية وهذا ابلغ دليل على نيته في جعل تصرفه تبرعات غير مشروط ومع ذلك انه لم يكن يعلم بطلان تصرفه الاصلي وقت ابرامه الا انه وعند العلم بهذا البطلان ابان نيته في التبرع غير المشروط ويضاف الى ذلك قرار المحافظ بقبول هذا التبرع بتحويله الى السكرتير العام للتنفيذ وهذا ركن من اركان عقد تقديم المعاونة126.

ثانيا/تحول عقود الادارة المدنية الى عقد آخر:

---

125 د.رافت سوفي .تحول العقد الباطل الى تصرف صحيح ,مصر_قاهرة ,دار الكتب القانونية ,1985,ص280.
126 د.محمد عبد اللة حمود(تحول القرار الاداري)اطروحة دكتوراه,2001,لبنان_بيروت_ص134.

الامر مستقر فقها وقضاء على جواز تحول عقد الادارة المدني اذا صدر باطلا الى عقد اخر فليس هناك ما يحول دون تطبيق فكرة التجول في جالة بطلان عقد من عقود الادارة المدنية التي تخضع لقواعد القانون الخاص متى توافرت في العقد الباطل اركان عقد اداري صحيح زكانت النية الافتراضية لطرفي العقد يمكن ان تتجه الى هذا التعاقد لو كانت قد علمت ببطلان تصرفها الاصلي وقد اكدت الجمعية العمومية لقسم الفتوى و التشريع في مجلس الدولة المصري بفتوى صدرت عنها بجواز تحول عقد وقف خيري لم تجتمع فيه اركان وشروط الوقف الخيري الى عقد اداري توافرت اركانه هو عقد المعاونةوهذه الفتوى انتهت الى ان شروط التحول جميعها متوافرة في هذه الحالة, وقد توافرت و الادارة قد اتجهت الى ابرام العقد الجديد و عليه فان المحكمة اقرت تحول عقد القانون الخاص الى عقد اداري دون الحاجة الى اية عناصر جديده خارج العقد الاصلي الباطل,ان التحول في هذه الحالة وعلى الرغم من انه يترتب عليه انتقال التصرف الجديد من مجال القانون الخاص الى مجال القانون الاداري الا انه يتفق مع منطق الفكرة التي تقبل التطبيق حتى ولو كان التصرف الصحيح يقع منطق الفكرة التي تقبل التطبيق حتى ولو كان التصرف الصحيح يقع في نطاق تصرف قانوني يختلف عن ذلك الذي يقع فيه التصرف الباطل 127.

ثالثا/تحول عقد الادارة المدني الى قرار اداري:

ان العقد الذي تبرمه الادارة في نطاق القانون الخاص يمكن ان يتحول الى قرار اداري متى ما توافرت شروط التحول اذ ليس هناك ما يمنع قيام هذا الفرض وقوع مثل هذه الصورة من صور التحول فالعبرة في تحول العقد الخاص الى قرار اداري تتمثل في الافصاح عن ادارة الادارة وذلك يمكن في ارادتها التصويرية التي يتكفل القاضي بالبحث عنها وهذا ما ذهب اليه القضاء الاداري في المانيا و في المصر ففي حكم للمحكمة الادارية العليا لبروسيا قررت تحول عقد عمل خاص الى قرار بتعيين المدعي على وظيفة لتنقلب علاقته بالادارة من علاقة تعاقدية الة علاقة وظيفيه تخضع لاحكام القانون العام , كما ان المحكمة الادارية العليا في المصر استقر قضائها على قبول تحول عقد القانون الخاص الى قرار اداري فقد قررت المحكمة بطلان عقد عمل بين احد الاشخاص و الادارة تحددت مدته بثلاث سنوات تتجد تلقائيا و تحددت مكافاته الشاملة بالعقد والمحكمة بذلك قد استظهر بطلان العقد الذي تضمن الاتفاق مع المطعون ضده على ان يلتحق بالعمل بجهاز تنظيم الاسرة128.

---

[127] د.رافت سوقي .,مصدر سابق,ص 184.
[128] د.حسام الدين كامل الاهواني,مصدر سابق,ص190.

و السكان في وظيفة مستشار لمدة ثلاث سنوات تجدد تلقائيا كما تبين لها توافق عناصر هذا العقد و عناصر قرار اداري او اية اداة قانونية تحقق وضعه في مركز تنظيمي اذ ان الاعمال المسندة اليه هي من قبيل الاعمال الدائمة وليس عارضة او موقتة وان المكافاة التي يتقاضاها شهريا هي في حقيقتها مرتب فاعملت التحول في هذه الحالة و قررت ان المطعون ضده تربطه بالجهاز علاقه وظيفية تنظيمية تحكمها قواعد العام ويختص القضاء الاداري وحده بالنزاع فيه وعن اتجاه الارادة الافتراضية بقيام التصرف الجديد فعلى القاضي ان يتاكد من ذلك لاتمام التحول والارادة هنا ليست ارادة الجهة الادارية وحدها بل هي ارادة المطعون ضده ايضا ذلك ان ارادة المطعون ضده لابده وان تكون محل اعتبار القاضي وهو بصدد البحث عن الارادة الافتراضية في مثل هذا النزاع المطروح بالاضافةالى ارادة الجهة الادارية خاصة وانه يتعلق بتحول عقد الى قرار اداري 129.

رابعا/تحول عقود الادارة الادارية :

تختلف عقود الادارة الادارية عن عقودها المدنية كما اسلفنا اذ تتمتع الادارة في نطاق عقودها الادارية بامتيازات كثيرة تضفيها عليها قواعد القانون العام في حين لا تتمتع بها نطاق عقودها المدنية هناك نت يرى ان العقود الادارية التي تبرمها الادارة لغرض تسيير المرافق العامة متوسلة بوسائل القانون العام لا تنطبق عليها فكرة التحول الى تصرف اخر صحيح و الاسباب التي تحول دون ذلك التي ذكرها130.

5-1-2 سلطات الادارة في نطاق عقودها الادارية .

تملك الادارة حسب المستقر فقها وقضاء عدد من السلطات في مواجهة المتعاقد معها وهذه السلطات يمنحها القانون العام للادارة بحسبانها تسعى الى تحقيق المصلحة العامة التي ترجح على مصلحة المتعاقد وهذه السلطات هي (سلطة الرقابة و الاشراف على تنفيذ العقد سلطة تعديل العقد بارادتها المنفردة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد سلطة انهاء العقد دون خطأ من المتعاقد معها) ومن بين هذه السلطات ما يحول دون اعمال فكرة التحول على العقود الادارية.

اولا:سلطة الادارة في تعديل شروط العقد:فقد ترى الادارة ان مبدأ ثبات العقد و الالتزام بنصوصه المتفق عليها وقت ابرامه لا يتفق مع المصلحة العامة التي تتغير بتغير الوقت و الظروف لذا يكون من الواجب على

---

129 د.احمد سلامة احمد بدر,(تحول تصرفات الادارة الباطلة الى تصرفات قانونية صحيحة _القرار الاداري_العقد الاداري)اطروحة دكتوراه.جامعة قطر.2017,ص 453.

130 د.رافت سوقي ,مصدر سابق,ص 190.

الادارة في هذه الحالة ان تتدخل لتعديل نصوص العقد بما يضمن حسن سير و النظام المرفق العامة وموضوع العقد,وبمقتضى هذه السلطة يكون للادارة المتعاقد الحق في التعديل شروط العقد بزيادة او انقاص التزامات المتعاقد معها دون الحصول على موافقته مقدما وهو امر غير مألوف في العقود التي يبرمها الافراد فيما بينهم والتي تخضع لقواعد القانون الخاص ويجب على المتعاقد تقبل تلك التعديلات و تنفيذها وعلى هذا فان الادارة تلجا الى تعديل العقد اذا تطلب ذلك انتظام سير المرفق العام ولا تلجا الى تحويله.

ثانيا:سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري بارادتها المنفردة:يحق للادارة المتعاقدة انهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية قبل حلول اجله ما دام ذلك يقتضيه الصالح العام حتى ولو لم ينص العقد على ذلك في صلبه وحتى لو لم يقع خطا من جانب المتعاقد ويتعين على الادارة وهي تمارس هذه السلطة التقديرية ان تتغيا صالح المرفق العامة فالمصلحة العامة المجسدة في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بصوره منتظمة هي الباعث الحقيقي للتعاقد واستمراره و تعديله وانهاء,ومن غير المعقول ان تبقى الادارة على عقد لم يعد يتلاءم مع احتياجات المرفق او ان تستمر في استلام توريدات لم تعد تحتاج اليها لذا فان الادارة تلجا الى انهاء العقد الذي لم يعد يتلاءم مع انتظام سير المرفق العام ولا تلجأ الى تحويله.

2-2 التحول في القرار الاداري

ان تحويل القرارات الادارية المعيبة ربما يتنازع مع مبداء استقرار الحقوق و المراكز القانونية التي تولدت عن تلك القرارات لذلك يجب ان يوجد يتحقق قدر من التوازن بينهما ولهذا فان الفقة و القضاء قد استقرار على ان التحويل يجب ان يكون ضمن المدة المحددة للطعن بالقرارات الادارية, ومع التحوط المطلوب في هذا الصدد نعتقد ان اعمال التحول لايتعارض و مبداء استقرار المراكز و الاوضاع القانونية بل نرى ان التحول سيضمن استقرار تلك المراكز و الاوضاع لان الاثار التي تترتب على القرار الجديد ستكون باثر رجعي تمتد الى لحظة صدور القرار المعيب فضلا عن ان عنصر التوافق بين القرار السابق و القرار الجديد سيخلق نوعا من التوازن التكافؤ بين الحقوق و الالتزامات الواردة في القرارين[131].

ويرى البعض انه يمكن اسناد تحول القرار الاداري المعيب الى مبداء افتراض الشرعية في القرارات الادارية التي تصدرها الجهة الادارية فيقول ان هذا البمداء(افتراض شرعية القرارات الادارية) يؤكد ان القرارات الاداية التي تصدرها السلطة الادارية يجب ان يفترض صحتها ولهذا تكون نافذ و منتجة لاثارها القانونية حتى

---

[131] د.احمد سلامة احمد بدر,مصدر سابق,ص 460.

تعلن الادارة العامة عن عدم شرعيتها وانه قد تقرر هذا بهدف توفير السرعة في الاعمال الادارية وبقصد حماية الادارة من كثرة اعتراضات الافراد التي تعطل مزاولة الادارة لنشاطها و سلطاتها العامة او تعليقها وبناء على ذلك فمن المنطقي اذا ما ظهر عدم شرعية قرارات السلطة الادارية التي عدت صالحة بعد صدورها حتى لا يتعرقل حسن سير المرافق العامة فان للمبداء نفسه اي افتراض قرينة الصحة اثره في تلمس صحتها عندما يظهر في القرار الباطل عناصر كافية ولازمة لاشباع بعض مصالح الادارة العامة الاخرى بصفة شرعية وبعد عرض الاراء التي حددت الاساس القانوني لفكرة تحول القرار الاداري المعيب و مناقشتها نرى ان احترام مبداء المشروعية يصلح ان يكون اساسا لتبرير اعمال فكرة تحول القرار الاداري لان التحول يجعل تصرفات الادارة تدور في اطار مبدأ المشروعية و تتطابق مع سيادة القانون ويضمن استقرار الحقوق و المراكز القانونية للافراد في اطار من مبداء المشروعية.

1-2-2 تقييم فكرة التحول في القرار الاداري

أنقسم الفقة بخصوص تقييم فكرة التحول في القرار الاداري بين معارض و مؤيد و كالاتي.

اولا/المعارضون لفكرة التحول:

أنقسم الفقة بخصوص تقييم فكرة التحول في القرار الاداري بين معارض و مؤيد و كالاتي.

يستند المعارضون لفكرة التحول الى العديد من الحجج و المتمثلة في الاتي:

ان القانون الاداري قانون غير مقنن ومن ثم لا توجد نصوص صريحة او حتى اشارة ضمنية الى امكانية اعمال هذه الفكرة وذلك على عكس القانون المدني الذي اشار صراحة الى اعمال فكرة التحول.

افتراض قرينة الصحة في القرار الاداري وذلك لان اصدار هذا القرار يتطلب التاكد من توافر جميع اركانه و التي تؤكد سلامته من العيوب.

ان اثار القرار الاداري قد لاتقتصر فقط على من وجه اليه القرار وانما قد تؤثر سلبا على اخرين تولدت لهم حقوق نتيجة القرار الباطل.

قد يؤدي التحول في القرار الاداري الى تحميل الموجه اليه القرار بالتزامات واعباء جديدة يفترضها عليه القرار الجديد مما قد يؤثر سلبا عليه.

ان الاخذ بفكرة التحول قد تشجع الادارة على عدم مراعاة ضمانات اصدار القرار الاداري والتي من المفترض توافرها قبل اصداره وهذا من شانه تشجيع الادارة على الاهمال و بالتالي تقديم النشاط الاداري بشكل سيء تشوبه الكثير من المخالفات الادارية132.

ثانيا/اسانيد التحول:

ان هناك شبة اجماع على اعمال فكرة التحول في مجال القرار الاداري الا ان المعارضون لفكرة التحول لهذه الفكرة قد اختلفوا فيما بينهم حول سبب التحول و السانيده .

اولا:التحول تاكيد لاحترام الادارة للقواعد القانونية:يتميز النشاط الاداري بانه يستهدف تحقيق المصلحة العامة او المنفع العامة وحتى تستطيع الادارة تحقيق هذا الهدف فانه يكون منطقيا الاعتراف لها بمجموعة من امتيازات و السلطات تتمتع بها في كواجهة الافراد و ترجح كفتها عليهم وهي امتيازات تتسم بطابع السلطة العامة و بمقتضاها تستطيع الادارة ان تلزم الافراد بارادتها المنفردة وتصدر من جانبها قرارات ادارية تكون نافذة من تلقاء نفسها بدون حاجة الى رضي الافراد او قبولهم بل انها تستطيع ان تلجا الى التنفيذ المباشر بالقوة عند الضرورة وهو ما يتضمن تقييدا لحقوق الافراد و مساسا اكيدا بحقوقهم و حرياتها133.

غير ان تحقيق مهمة الادارة الانفة الذكر لا تنحصر في تلك الامتيازات و الحقوق التي تجعل الادارة في مركز اقوى واسمى من مركز الافراد الذين يتعاملون معها بل تمتد لتمشل فوق ذلك ما يفرضه المشرع من قيود على حريتها في تحديد اساليب ممارسة نشاطها وهذه القيود يقصد المشرع من ورائها الحد من حرية الادارة و تحديد الطريق الذي يجب ان تسلكه بهدف تحقيق التوازن بين الامتيازات و السلطات الممنوحة لها وبين حقوق و حريات الافراد.

وهكذا ظهرت الحاجة الى فرض رقابة فعالة على نشاط الادارة حتى لاتنحرف عن حدود اختصاصها و غايتها وذلك بالزامها باحترام القوانين و الخضوع لها في كل ما تقدم من اعمال وما تصدره من تصرفات على اساس من مبداء المشروعية او سيادة القانون, وعلى اساس ذلك يجب على الادارة ان تلتزم في اصدار قراراتها باحترام مبداء المشروعية وهو المبداء الذي يهيمن على جميع تصرفاتها فاذا خالفته بالخروج عليه وجب عليها الرجوع في قراراتها المخالفة للقانون و العودة الى نطاق المشروعية134.

---

132 د.محمد انس جعفر(القرارات الادارية)الطبعة الثانية سنة 2005 ,دار النهضة العربية ,بيروت,ص410

133 د.سامي جمال الدين(الرقابة على اعمال الادارة) القضاء الاداري.مبدأ المشروعية.2015,ص11,دار النشة في لبنان_بيروت

134 د.سامي جمال الدين(الرقابة على اعمال الادارة) القضاء الاداري.مبدأ المشروعية.2015,دار النشة في لبنان_بيروت,ص110.

و النتيجة المنطقية لهذا المبداء ان الادارة حين يجب عليها ان تتقيد بادئ ذي بدء بالقانون فانه يجب عليها من باب تولى ان هي خالفة ان تحترمه بالرجوع عن قرارتها المخالفة للقانون او ان تقوم بتحويل تلك القرارات غير المشروعة الى قرارات صحيحة اذا توافرت في القرارات المعيبة عناصر التحول و شروطه وان المبدأ نفسه مبداء المشروعية يخول القضاء سلطة تحول القرارات الادارية المعيبة الى قرارات ادارية صحيحة ضمن شروط فكرة التحول, وربما يظن البعض ان اعمال التحول قد يثير صراعا بين مبدا المشروعية من جهة و مبدأ استقرار الحقوق و المراكز القانونية من جهة ثانية اذ قد يهدر التحول تلك الحقوق و المزايا باثر رجعي.

ثالثا:التحول يساهم في تحقيق المصلحة العامة.

تستهدف الادارة من اصدار قراراتها الادارية تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد لاشباع الحاجات العامة للجمهور وحماية النظام العام والادارة هي الوحيدة بواسطة نشاطها في دائرة القانون العام التي يمكنها ان تصل مباشرة الى الغايات التي حددنها النصوص التشريعية ولذلك اذا ما اصدرت الادارة قرارا اداريا معيبا لاي سبب من الاسباب فان هذا القرار سينتهي الى العدم اجلا او عاجلا ولكن اذا ما حققت الادارة على الرغم من بطلان هذا القرار الباطل الى قرار اخر صحيح حتى لا نفعل ناحية الحاجة العامة فيمكن الابقاء عليه عن طريق التحول اذا اتضح انه يمكن توجيه هذا القرار الى الاشباع الشرعي لمصلحة عامة اخرى مثل تنظيم المباني التي على الادارة مراعتها قانونا ففي هذه الحالة نظرا لالتزام الادارة بمراعاة المنفعة العامة بوجه عام وببعض او جهها المحددة بوجه خاص فانها تجد نفسها مقيدة في اختيار او ممارسة نشاطها لذلك فانها تحاول عن طريق التحول ان تجعل تصرفها مطابقا و موافقا لفكرة المصلحة العامة .135

فالمصلحة العامة هي تحكم جميع الروابط القانونية في نطاق القانون العام ومن بينها فكرة تحول القرارات الادارية وبناء على ذلك عندما يتضح لادارة عدم صحة قراراتها الادارية وان المصلحة العامة تقتضي تحول القرارات الباطلة الى اخرى صحيحة فانها تقوم بناء على سلطتها التقديرية بتحويلها دون ان تلقي بالا الى ماقد تنشاه تلك القرارات من حقوق و مصالح للافراد ذلك ان هذه المزايا و الحقوق ليست لها صفة الاستقرار و الثبات امام مصلحة المرفق العام(1).

---

[135] عبدالقادر خليل,نظرة سحب القرارات الادارية ,اطروحةدكتوراه,حقوق القاهرة ,1964,ص410.

2-2-2 شروط التحول في القرار الاداري

اولا:ان يكون موضوع التحول قرارا اداريا.

استقر الفقة و القضاء على تعريف القرارت الاداري بانه(اعلان الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين و اللوائح بقصد انشاء او تعديل احد المراكز القانونية على ان يكون ذلك جائرا و ممكنا قانونا وان يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة136.

ويركز الفقة الفرنسي في تعريفه القرار الاداري على القوة التنفيذية لهذا القرار حيث يدخل هذه القوة ضمن التعريف ومن ثم يصبح المقصود بالقرار الاداري هو(اعلان الادارة عن ارادتها بقصد احداث اثر قانوني تجاه الافراد و بشرط صدوره عن سلطة ادارية بالشكال الذي يؤدي الى تنفيذ القرار تنفيذ مباشر.

ثانيا:بطلان القرار الاداري الاصلي:

ان اصل نشأة نظرية البطلان تعود الى القانون المدني الذي ميز بين نوعين من البطلان الول ويعرف بالبطلان النسبي وهو البطلان الذي يقبل التصحيح من جانب اصحاب المصلحة و النوع الثاني هو البطلان المطلق و الذي يجعل التصرف هو و العدم سواء كما ان الفقهاء القانون المدني يشيروا الى لن البطلان النسبي يقصد به التصرف القابل للابطال اي انه تصرف صحيح يرتب اثاره حتى يقضي ببطلانه اما البطلان المطلق فيقصد به الانعدام و معناه ان التصرف يعتبر غير موجود منذ ميلاده وبالتالي لا يترتب عليه اثر137.

ثالثا:توافر عناصر القرار الاداري الجديد واتجاه نية الادارة اليه:

توافر عناصر القرار الاداري الجديد مصدره في القرار الباطل او بمعنى اخر يجب ان يتضمن القرار الباطل معظم عناصر القرار الاداري الجديد ومن ثم لايؤثر في اعمال التحول وجود عنصر جديد في القرار الجديد لم يتضمنه القرار الباطل ومن ثم لا مجال لاعمال التحول اذا كان القرار الباطل و القرار الصحيح وحدة او كانت عناصرهما تغطي بعضها البعض ولا يعد تحولا ايضا ان تقوم الجهة الادارية او القضاء بازالة العيب الذي يشوب القرار ويظل محتفظا بالطبيعة نفسها و مرتبا لذات الاثار التي يمكن ان يرتبها وكانه قرار صحيح منذ البداية لان هذه الحالة تعد من حالات التصحيح التي سنعرض لها فيما بعد,

---

[136] د.سامي جمال الدين,مصدر سابق ,ص 210.
[137] د.عبد الحي حجازي ,مصدر سابق,ص245.

و الارادة المفترضة لدى جهة الادارة نحو القرار الاداري الجديد ,لايكفي لاجراء تحول القرار الاداري المعيب ان يتحوى على عناصر قرار اخر صحيح بل يجب ان تنصرف نية الادارة و ارادتها الى هذا القرار فالتحول لا يتم الا اذا كان له اساس من نية الادارة ذاتها فهو ليس امرا متروكا لسلطة القاضي التحكمية بل يجب ان يقوم الدليل من ظروف ووقائع الدعوى و ملابساتها على ان نية الادارة كانت تنصرف الى اصدار القرار الجديد لو انها علمت ببطلان القرار الاصلي وقت اصداره فالادارة عندما اصدرت قرارها استهدفت غاية عملية معينة فسلكت طريقا قانونيا معينا تمثل في قرارها الاصلي الذي اصدرته فاذا ثبت بطلان هذا القرار و كان هناك طريق اخر قرار اخر يوصل الى هذا الغاية ذاتها وثبت للقاضي ان الادارة كانت ستتخذ هذا القرار الجديد بوصفة الطريق القانوني الصحيح الذي يفضي الى هذه الغاية فانه سوف يطبق التحول حالا138.

3-2-2 اثار التحول في القانون الاداري

اولا_دور القاضي الاداري بصفة عامة.

لعب القضاء في روما دورا لايمكن انكاره في خلق و تكوين القاعدة القانونية خاصة خلال العصر العلمي وذلك بما كان له من حريه واسعة في التقدير هذا بالاضافه الى ان الاحكام المتواتره التي يقرها العرف تصبح بمثابه قاعدة قانونية يلتزم بها القضاء في صوره تقترب كثيرا من السوابق القضائية وقد ساعد على قيام القاضي بهذا الدور المبرز ماعرف عن الشارع في روما من تراخ عن ملاحقة التطور الاجتماعي و الاقتصادي للمجتمع فكان الجو ممهدا لقيام القاضي بهذه المهمه في صناعة القاعدة القانونية نيابة عنه.

ولما كان قد سبق لنا عرض فكرة التحول في القانون الروماني ودور القضاء في عبارات موجزه يصف لنا الفقه(ديزو)كيف يختلف دور القاضي الاداري في صناعة القانون الاداري عن دور قاضي القانون الخاص الذي تقيده النصوص واذا كان التشريع يستند الى نص مكتوب فان المبادئ العامة للقانون انما يستخلصها القضاء الاداري من خلال ضمير الجتماعه و الافكار السياسيه و الاقتصاديه و الاجتماعيه المقبوله لديها وتكون اسسا يقوم عليها المجتمع و تصبح هذه المبادئ في قوه القانون المكتوب و تلتزم الاجهزة المختلفةومنها الادارة باحترامها وتصبح قراراتها المخالفه لها عرضه للالغاء لعدم المشروعية, ويرى جانب من الفقة

---

138 د.احمد سلامة احمد بدر,مصدر سابق,ص 247.

الفرنسي ومعه بعض الفقة المصري انه اذا كان القضاء الاداري هو الذي يرجع له دور تقرير و تحديد المبادئ العامة للقانون الا ان القاضي الاداري ليس هو نفسه المصدر الحقيقي لقوتها الالزاميه وانما مصدرها الحقيقي هو روح التشريع او الاتجاهات العامة للمشروع بالاضافه الى ضمير الجماعه فدور القاضي الاداري ليس هو خلق هذه المبادئ بل ينحسر دوره في مجرد الكشف عنها و استخلاصها من الاتجاهات العامة للتشريع فالقاضي يستلهم اراده المشرع الضمنيه التي تظهر من مجموع النصوص العامة او التشريعات و على ذلك فان قوة الزام المبادئ العامة انما تستند الى التشريع وان كان ذلك بصورة غير مباشرة الا ان الباحث لا يؤيد هذا الجانب من الفقة بل يرى مع الرأى الغالب ان دور القاضي الاداري يختلف عن دور قاضي القانون الخاص وانه يتمتع بمكنه انشاء نظريات و قواعد القانون وانها انما تكتسب قوتها الملزمه نتيجة تطبيقه لها وانها تظل ذات قيمه ادبيه قبل ان تمتد اليها يد القاضي بالتطبيق في المجال الذي نحن بصدده حيث لاتشريع وقد يلجا القاضي الاداري الى قواعد العداله ملتمسا القاعده او النص وربما ولى شطر القانون الطبيعي او المبادئ القانونية العامة وفي كلتا الحالتين يضظلع هو بوضع القاعده التي تحكم النزاع ومايضعه القاضي الاداري لا يكتسب قوه ملزمه الا من خلال الاضطراد على تطبيقه ما دامت الظروف التي استدعت ذلك قائمه وحتى تتغير فالقانون كائن اجتماعي يولد ويكبر في ظروف اجتماعيه معينه ينتقل يعدها الى ذاكره التاريخ اذا وجدت ظروف تختلف عن تلك التي استدعت وجوده فاذا كان القانون يواجه بعض موافق الفرد الا ان القانون لا يواجهها الا في الحدود التي يكون فيها لتلك الوافق تاثير اجتماعي فالقانون لا يشغل بالفرد الا من خلال الجتماعه التي ينتمي اليها اذا يقف عتبه الحياة الفرديه للانسان ولا يمد تدخله الا الى حياته الاجتماعيه ذلك انه مهما كان مدلول ما هو اجتماعي وهو ما يرتكز عليه تصور النظام القانوني موغلا في الاتساع تنتهي عند سياج لا معدى له ويتميز دور القاضي الاداري في تفسير بحريه اوسع من دور القاضي في القانون الخاص 139.

ولكن تبدو الحرية في اوسع مظاهرها ويبرز الدور الخطير للقاضي الاداري عندما يخلو المجال من التشريع و يتحتم في نفس الوقت على القضاء حسم النزاع المطروح ففي هذه الحاله يتصدي القاضي للموضوع ويبتدع القاعدة القانونية الملائمه ويسجله في حكمه الذي يطلق عليه في الاصطلاح الفرنسية (احكام المبأدئ) وهذه القاعده تطبق فيما بعد على المنازعات المماثلة التي تجد في المستقبل فالنظريات الاساسية في القانون الاداري جميعها من عمل القضاء توصل اليها بالخلق و الابتكار او عن طريق التفسير الجرئ الموسع للنصوص ان

---

139 د.احمد سلامة احمد بدر,مصدر سابق .ص289.

وجدت كما حدث بالنسبه للنصوص الخاصه بنزع الملكيه في فرنسا اذ صاغ القضاء منها نظرية عامه نتجة التوسع في التفسير ويرجع الفضل الاكبر في بناء القانون الاداري لقضاء مجلس الدوله الفرنسى وللمحاكم التي اقتفت اثره بعد ذلك في الدول الاخرى140.

وصناعة القاضي الاداري للقاعده القانونية فرضت عليه وهو يتحرى العداله ان تحقق القاعده التي استقر على تطبيقها نوعا من المواءمه بين مطالب الادرة وحريات الافراد وهما دائما طرفي نقيض فالقضاء الاداري يتميز عن القضاء المدني في انه ليس قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مفننه مقدما بل هو على الاغلب قضاء انشائي لا مندوحه له من خلق الحل المناسب .

وبهذا ارسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها وايجاد مركز التوازن و المواءمه بين ذلك وبين المصالح الفرديه فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذاالشأن وسبق بها القانون الخاص سواء في علاقة الحكومه بالموظف او في المرافق العامة وضرورة استدامتها وحسن سيرها او في العقود الاداري او في المسئولية او في غير ذلك من مجالات القانون العام ,كما تفرض عليه تلك المهمة ان يراعي قابلية هذه القاعدة للتغير و التطور الذي يعتبر صدى لتطور الظروف السائده في المجتمع كل تلك الامور يفرضها الواقع على القاضي ولا يمكنه التخلى عن نظركما تفرض عليه تلك المهمة ان يراعي قابلية هذه القاعدة للتغير و التطور الذي يعتبر صدى لتطور الظروف السائده في المجتمع كل تلك الامور يفرضها الواقع على القاضي ولا يمكنه التخلى عن نظر المنازعات التي تعرض عليه زاعما لته تخلى حيث لانص فالتخلى معناه انكار العدالة وهذه جريمه يعاقب عليها القانون.141.

كما تفرض عليه تلك المهمة ان يراعي قابلية هذه القاعدة للتغير و التطور الذي يعتبر صدى لتطور الظروف السائده في المجتمع كل تلك الامور يفرضها الواقع على القاضي ولا يمكنه التخلى عن نظر المنازعات التي تعرض عليه زاعما لته تخلى حيث لانص فالتخلى معناه انكار العدالة وهذه جريمه يعاقب عليها القانون.142.

وربما ثار التساؤل عن سبب سكوت المشرع عن مسلك القضاء الاداري وعن الحرية التي منحها لنفسه في ابيداع الحلول وارساء القواعد و النظريات ويرى الباحث ان الاجابه لاتخرج عن واحد من الاسباب الاتيه

---

[140] د.سامي جمال الدين,مصدر سابق ,ص 218.

[141] د.رافت دسوقي محمود. دارالفكر الجامعي _الاسكندرية (الفكرة التحول في القرارات الادارية)2004.ص322.

[142] د.رافت دسوقي محمود.مصدر سابق ,ص325.

ا_ربما كان اقتناع المشرع نفسه بان يقوم القاضي بهذا الدور نيابه عنه ةتلك انابه في مسئوليه جسيمه و ميراث ثقيل.

ب_وقد يكون هذا الوضع مستندا لاسباب تاريخيه تتعلق بوضع مجلس الدولة الفرنسي الذي نشأ باعتباره رئيسا اعلى للاداره اكثر من كونه قاضيها وهذا اتاح له الفرصه للمشاركه في التشريع او بمعنى ادق الاعتداء على سلطه التشريع.

ج_ويمكن ان يعزي ذلك الى قدره القضاء على مواجهه المشاكل الادارية الجديده الدائمة التنوع و كفاءته في معالجتها بما يفوق قدره المشرع .

ء_وليس مستبعدا ان يكون ميل القضاء الطبيعي الى توسيع اختصاصتهم على حساب دور المشرع.

د_واخيرا و الباحث الى هذا الراي اميل حيث يراه السبب الرئيسي للوضع المتميز القاضي الاداري و الذي قد يمثل نوعا من الاعتداء على سلطه التشريع انما يبرره حداثه القانون الاداري وقله المصادر التي يمكن للقاضي الرجوع اليها فعمر القانون الاداري بالنسبه الخاص يجعل المقارنه جائره وسوف يلعب مرور الزمن ونجاح محاولات التقنين التي بدأت منذ فترة وجيزة دورا في تماثل دور القاضي الاداري مع نظيره قاضي القانون الخاص.

ومع ان النظام القانوني المصري لا يعرف مبدأ السوابق القضائية فان المادة 2/44 من قانون اجراءات النقض تنص على انه (لا يجوز لمحكمة الموضوع في جميع الحالات ان تحكم بعكس ما قررته الهيئه العامة للمواد الجزائية بمحكمه النقض)

ومن الجدير بالذكر اننا وجدنا من الفقه المصري تفهما عميقا للدور الخلاق للقاضي الاداري الذي كثيرا ما يجد نفسه مضطرا الى صياغه مبادئ قانونية لا تستند من قريب او بعيد الى نص تشريعي وهو في محالته للبحث عن نقطه التوازن بين المصلحة العامة و مصالح الافراد الخاصة فالقضاء الاداري يعتبر اهم مصادر القانون الاداري ويشغل بين هذه المصادر المركز الممتاز الذي يشغله التشريع بالنسبه للقانون المدني انه قانون قضائي في جوهره تقرر ت مبادئه ومعظم احكامه عن طريق القضاء لا التشريع و الامر هنا يتعلق بالواقع حيث يجد القاضي نفسه امام تشريعات اداريه قليله خالية في معظم الاحيان من النص على المبادئ العامة للقانون الاداري و لا تتضمن سوى جزء ضئيل من قواعد هذا القانون و احكامه وهو في الغالب لا يجد

في هذه التشريعات النص الذي ينطبق على النزاع المعروض عليه فيتولى بنفسه انشاء المبادئ العامة للقانون الاداري كما يتولى استنباط الحكم القانوني الواجب التطبيق على النزاع المعروض143.

وتتفاوت درجه اصاله نظريات القانون الاداري فيما بينها فمنها ما لا مقابل له في القانون الخاص كليه كنظرية القرارات الادارية الضبط الاداري التنفيذ المباشر ومنها ما يقوم بينه و بين نظريات القانون الخاص شبه كبير ومن النوع الاخير نظرية العقد الاداري فاذا كانت الاحكام التي تقوم عليها العقود الادارية تتضمن كثيرا من القواعد التي تنبو عن منطق القانون الخاص فانه من المهم جذا ان نذكر من الان ان كثيرا من الاحكام الضابطه للعقود الخاصة في المجموعة المدنية تسري بذاتها على العقود الادارية ذلك ان بعض القواعد الوارده في المجموعة المدنية ليست الا تقنينا لمبادئ تمليها طبيعه الامور او مقتضيات العدالة المجرد مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص و بالتالي فلا حرج على القاضي الاداري في ان يستهدي بتلك القواعد في حسم المنازعات التي تنشأ بين الارادة و الافراد بصدد عقد اداري وليس في هذا اي مساس باستقلال القضاء الاداري او كما يقول مفوض الدولة(ريفد) في مذكرته المتقدمه في قضية (ئوليفر)مخاطبا مستشاري مجلس الدولة الفرنسي انكم احرار في قضائكم وانتم الذين تخلقون القواعد التي تطبقونها ولا تستبقون من القواعد الوارده في المجموعه المدنيه الا ما يتفق تطبيقه و ضرورات الحياة الجتماعية , وتمثل قواعد الاختصاص وسير الدعوى امام القضاء و الحكم فيها و الطعن في الاحكام و تنفيذها الجانب الاجرائي من الدعوى الادارية والاصل ان الاجراءات الواردة في قانون المرافعات تسرى امام القضاء الاداري فيما لم يرد فيه نص خاص في قانون مجلس الدولة و بالقدر الذي لا يتعارض اساسا مع نظام المجلس.

وتمثل قواعد الاختصاص وسير الدعوى امام القضاء و الحكم فيها و الطعن في الاحكام و تنفيذها الجانب الاجرائي من الدعوى الادارية والاصل ان الاجراءات الواردة في قانون المرافعات تسرى امام القضاء الاداري فيما لم يرد فيه نص خاص في قانون مجلس الدولة و بالقدر الذي لا يتعارض اساسا مع نظام المجلس, ولقد عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الاتجاه منذ صدور حكمة في قضية(ديسريميكس) في 13 مارس 1925 اذا اكتفى المجلس الى حد كبير بتشريعاته المتعلقه بالاجراءات بما لا يحول دون الاستعانة بقانون المرافعات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص و بالقدر الذي لا يتعارض مع نظام المجلس واوضاعه,فالقاعدة اذن هي تطبيق الاجراءات الواردة بتشريعات مجلس الدولة سواء في ذلك الفرنسي او المصري ويتمثل الاستثناء من هذه القاعدة في تطبيق احكام قانون المرافعات الا ان الوضع جد مختلف في فرنسا عنه في مصر

---

143 د.محمد فؤاد مهنا,القانون الاداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاون ,1963,المجلد الاول ص90.الاسكندرية.

اذ صدرت التشريعات المتعاقبه لتقنين هذه الاجراءات وتم تعديلها اكثر من مره حتى تضمنها الفصل الثاني من الباب الثالث من المرسوم رقم 63_766 الصادر في 30 يوليو 1963.

والقاضي الاداري حينما يلجا الى تطبيق نصوص قانون المرافعات فانه لا يطبقها باعتبارها كذلك ولا باعتباره ملتزما بذلك بل بفعل ذلك باعتبارها قواعد عامة يلتمس فيها حلا للنزاع يحقق العدالة.

وقد كان لمجلس الدولة الفرنسي موقفا رافضا لتطبيق القواعد المدنية في مجال مسئولية الادارة في اعمالها غير التعاقدية وكان السبب الحقيقي في عزوفه عن هذه القواعد هو سياسته التي تجري على عدم التقيد بقواعد عامة مقدما واستنباط هذه القواعد او التوجيهات من مقتضيات الحياة الادارية ولهذا كان يردد باستمرار ان قواعد الموسئولية الادارية تتنوع وفقا لحاجات المرافق و ضروره التوفيق بين حقوق الدولة و الحقوق الخاصة فهذا التنوع في المعاملة و البحث عن نقطه التوازن بين المصالح المتعارضة و التوفيق بينها هو سر طابع مجلس الدولة وسر قوته و حيويته هذا وقد كان موقف مجلس الدولة الفرنسية الرافض لتطبيق قواعد المسئولية المدنية على اقضيه الادارة مرتبطا بنشأته وبحداثه تقرير المسئولية الادارية و دليلنا على هذا ذلك التغير الواضح في مسلكه فاذا كان يرى ان هذه المسئولية المدنية قد وضعت لتنظيم مسئولية الافراد وكانت الدولة وقتها غير مسئولة عن اعمالها فكيف يتسنى لهذه القواعد ان تقوم على تنظيم اوضاع غير مقرره الا انه ولما كانت مسئولية الادارة قد استقرت فان المجلس لم يرد استبعاد قواعد المسؤلية المدنية من التطبيق عليها حيث ان القواعد الادارية و المدنية في المسئوليه قد تلاقت في كثير من المواضع بحيث اصبح الفارق بينهما محدودا[144].

ثانيا_دور القاضي الاداري في اعمال التحول.

لاجراء التحول يتعين ان نكون بصدد قرار اداري باطل مطلون عليه ولايزال قائما لم يقض ببطلانه بعد ولم يلغ ولم يسحب بواسطة جهة الاداري يتوافق مع عناصر قرار اداري صحيح يتحول اليه يستوى في ذلك ان يكون من نفس نوع القرار الصحيح مع اختلاف المضمون او من نوع اخر اي ان يكون بينهما اختلاف ما بحيث لا يكون القرار الصحيح هو نفس القرار الباطل ولايكفي هذا لاعمال التحول بل يجب ان تتحقق الارادة التي يقوم عليها القرار الصحيح وهي ارادة افتراضية يفترضها المشرع ويكونها القاضي من واقعة القرار الباطل اي من العناصر التي تقوم امامه في الدعوى وتبرر هذا الافتراض وتؤدى اليه و العبرة هنا بالارادة

---

[144] د.رافت دسوقي محمود..ص325.

التي كان يمكن ان تقوم لدى الادارة وقت اصدار القرار الباطل لو كانت قد علمت بهذا البطلان فاذا كان البطلان معلوما للادارة امتنع التحول145.

ونحنفي هذه الدراسة لانسعى لان نجعل من التحول مبررا لانقاذ ارادة الادارة من البطلان طالما كان البطلان قائما وكانت نية الادارة لم تنصرف الا لاصدار هذا القرار الباطل فليس من دور القاضي ان يبحث عن مبرر او وسيلة لبقاء القرار الباطل دون ان تكون باقي شروط التحول متوافرة وفي هذا الصدد تقول المحكمة الادارية العليا فلا يمكن و الحالة هذه حمل التعيين على تلك الوظيفة والا كان القرار معدوما فانه لا يصادف عندئذ محلا وانما كل ما هو مقدور قانونا للابقاء على القرار ان يحمل التعيين على الوظيفة الموجودة فعلا وقتذاك بالميزانية وان كنا لا نوافق على مايحمله هذا التعبير في طياته من اضافة دور للقاضي الاداري لايتصور ان يقوم به اذ ليس من سلطة القاضي ان يبحث عن وسيلة او مبرر لبقاء القرار الباطل الا أن العبارة قد اوردت تعبيرا يفيد ان البحث يدور حول المبرر القانوني للابقاء على القرار بما يعنى ان التحول انما يقوم على عناصر قانونية وانه من الخطأ تصور التحول على انه عمل قضائي فدور القاضي يقتصر على الفصل في توافر شروط التحول استنادا الى واجبه القانوني ودور الادارة انتهي باتجاهما الى القرار الباطل أما التحول فيستند الى نص القانون وصحة القرار الجديد ايضا يقررها القانون بعيدأ عن أية ارادة سوى تلك الارادة التصورية التي تكون للادارة وقت اصدارها القرار الاصلي الباطل وباكتمال عناصر التحول ينتج لنا تصرف جديد صحيح لايستند الى اراده لاحقه لجهه الادارة او الافراد ولا حتى للقاضي المنوط به ايقاع التحول فالتحول يقع اذن بقوة القانون اذ بمجرد اكتمال عناصر التحول تنفصم العلاقة بين اراده الاراده او الافراد و التصرف الجديد146.

ولا يكون هناك مجال للاعتداد سوى بالاراده المفترضه التي كانت للارادة لحظه نشوء القرار الباطل او للافراد بالنسبة للقرارات التي يتوقف صدورها على طلبهم ان مجرد التجاء القاضي الاداري الى نصوص القانون الخاص ونقل فكرة التحول الى مجال الاداري وتطبيقها على مايعرض عليه من منازعات يعتبر في حد ذاته دليلا على حريه هذا القضاء في التفسير باعتبار النص الخاص التحول في القانون المدني هو اقرب النصوص لحل النزاع و اكثرها تحقيقا لمبادئ العدالة فعمل القاضي الاداري يقوم اساسا على الخلق و الابتكار مثل ابتداعه نظريات العقود الاداريه و الوظيفه العامة على سبيل المثال واما عن طريق التفسير الجرئ للنصوص التي يرى انها اكثر مناسبه لتطبيقها على النزاع المعروض ونرى انه من الضرورى ان نشير الى

---

145 د.حسام الدين كامل الاهواني,مصدر سابق,ص230.
146 د.مصطفى ابو زيد فهمي,مصدر سابق,ص 453.

ان القاضي الاداري لايملكحيال القرار الاداري الصحيح شيئا ففكره التحول تقوم اساسا وتدور حول قرار باطل تتوافر فيه اركان قرار اخر صحيح و القرار الباطل من وجهه نظر التحول كما انتهينا هو القرار الباطل بكل صوره وربما اكتسب القرار الباطل الحصانه بمضى المدة المقرره قانونا دون الطعن عليه بالالغاء ويتشح عندها بوشاح الشرعيه ويأخذ حكم القرار الصحيح عندها تكف يد القاضي حيق تنغلق ابواب التحول ونصبح ازاء قرار اداري صحيح وذلك على عكس القرار المنعدم الذي تتسع حياله سلطه القاضي الاداري الزمنيه ويمكنه البحث في تحوله دونما تقيد بالمدة التي انقضت على تاريخ صدوره ما لم تقم الادارة بسحبه ولا يستطيع القاضي عند اعمال التحول ان يبحث عن اركان القرار الادراي الحصيح بعيدا عن القرار الباطل ولايجوز له اضافه عنصر جديد الى ما تبقى صحيحا من عناصر القرار الباطل وذلك بالاضافة الى وجود الدليل على اتجاه النية الافتراضية الى هذا التصرف الجديد وقت اصدار هذا القرار لو علمت جهة الادارة ببطلانه و النية التي تدور مع وجودها امكانية التحول وجودا و عدما ليست ارادة الشخص الطبيعى الذي يمثل جهة الادارة او ينوب عنها فردا كان او مجموعة من الافراد جمعتهم هيئه او مجلس فاذا ما ظهرت هذه الارادة للوجود فانها تنفصم عن الاشخاص الطبيعيين الذين يقومون على تمثيل الارادة وتعتبر ارادة جهة الادارة متى صدرت وتظل قائمة حتى لو تغير هؤلاء الاشخاص بسبب الموت او ما عداه147. كما لا ينصب القاضي نفسه بدلا من الادارة ليبدلها قرارا صحيحا خيرا من قرارها الباطل كما لايقتصر دورء على تفسير اراده الادارة و الا انتقل بنا الى نطاق فكرة بعيده عن فكرة التحول فهو لايبحث في اراده حقيقيه او احتياطيه بل تهمة تلك النية التي كانت لمصدر القرار لحظه اصدار القرار الباطل وما يمكن ان تنصرف اليه لو علم ببطلان وهذا مايوضحه لذا تعليق مندوب الحكومة في مذكره المشروع التمهيدى.

وكما لا ينصب القاضي نفسه بدلا من الادارة ليبدلها قرارا صحيحا خيرا من قرارها الباطل كما لايقتصر دورء على تفسير اراده الادارة و الا انتقل بنا الى نطاق فكرة بعيده عن فكرة التحول فهو لايبحث في اراده حقيقيه او احتياطيه بل تهمة تلك النية التي كانت لمصدر القرار لحظه اصدار القرار الباطل وما يمكن ان تنصرف اليه لو علم ببطلان وهذا مايوضحه لذا تعليق مندوب الحكومة في مذكره المشروع التمهيدى للمادة 144 من قانون المدني المصري عندما تناول بالبحث دور القاضي وانتهى الى انه لايلزم بالبحث عن نية المتعاقدين ولكنه مطالب باستخلاص ما كانت تنصرف اليه نية المتعاقدين عند ابرام العقد واذا كان معيار التحول هو الاراده الافتراضية فان معيار الكشف عن هذه الادارة لايمكن ان يكون معيارا موضوعيا محضا

---

147 د.عبدالفتاح حسن,القضاء الاداري .طبعة الاولى,دار النشر القانونية,لبنان _بيروت,1998,ص 198.

كما لايمكن ان يكون معيارا ذاتيا خالصا فالمعيار الموضوعي ربما يقيد الفكرة ويحد من سلطه القاضي حيث ان يكون له من دور ابعد من الوقوف على مدى توافر شروط اعمال التحول وما اذا كان الغرض من القرار الاول متحققا ولو بصوره جزئيه في القرار الذي يتحول اليه القرار الباطل كل ذلك في الوقت الذي يعتبر البحث في النية الافتراضية امرا ذاتيا لايمكن تجاهله148.

واذا كان القرار الاداري يقصد الى احداث مركز قانوني انشاء او تعديلا او الغاء وسواء في ذلك ما اذا كان قد صدر عن ارادة الارادة وحدها او كان القانون يشترط موافقة ذي المصلحة لصدوره فانه لا يعتبر غرضا في حد ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غرض تسعى الادارة و الافراد احيانا لتحقيقه و غالبا مايكون هذا الغرض عمليا او اقتصاديا ويكون احيانا غرضا قانونيا ويقوم القاضي الاداري بالتاكيد من غرض القرار الباطل حتى يتكمن من الوقوف على ان انتيجة العملية المستهدفة بهذا القرار يمكن تحقيقها بالقرار الصحيح لو على وجه مشابه وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا الغرض العلمي هو الدليل المرشد في كشف الارادة الافتراضية وعلى ذلك فان الغرض القانوني لايمكن ان يكون غرضا في حد ذاته اذ لايعدو ان يكون وسيله لغرض عملي اخر ومع ذلك فلا يمكن تجاهلة في مجال القرارت الادارية باعتباره تعبيرا عن اراده الادارة باعتبارها سلطه عامة تصاحبه دائما قرينه الصحة نتيجه هذا الحشد من الضمانات التي يزورده بها المشرع ليضمن ان تكون اداه التعبير عن اراده الارادة سليمه من العيوب صحيحه من العوار فاذا تاكد للقاضي ان القرار الذي تحول اليه القرار الباطل يحقق الغرض العلمي و الاقتصادي الذي مانت تسعى جهة الادارة الى حقيقة بقرارها الباطل امكنه بلا موابه اعتبار ان هذا القرار الجديد هو ماكان يمكن ان تنصرف اليه الادارة الافتراضية لمصدر القرار اذا كان قد علم ببطلان قراره الاصلي149.

وذلك مالم يقم الدليل العكسي يرى الباحث ان المعيار الموضوعي لايكفي وحده للبحث في الارادة الذاتية للاداره التي تعتبر في حقيقتها الارادة الذاتية عند اصدار القرار ولا يمكن ان نستهدي به في كل الحالات للوقوف على الاراده الافتراضية فالقرار الاداري على عكس تصرفات الافراد قد يسعى لتحقيق اغراض اخرى الى جانب الغرض الاقتصادي يحتمها دور الدولة التدخلي في بعض الاحيان وتحتمها طبيعة المصلحة التي يقوم القرار الاداري على اشباعها فالدولة قد تتدخل بقراراتها الادارية لاشباع حاجات اجتماعية عامه وربما فعلت ذلك لاشباع حاجات مثالية,ان الغرض العلمي وحده لايكون كافيا للكشف عن الارادة الافتراضية

---

148 د.حسني درويش عبد الحميد,المسبوط في القانون الاداري ,دار النهضة العربية,طبعة الثانية,لبنان 2000,ص921.
149 د.رافت دسوقي محمود,مصدر سابق ص325.

فثمة اغراض مثاليه يتعين مراعاتها وبهذا يتضح ان كل الطرق لتطبيق التحول تظل ناقصة اذا ابتعدت عن نطاق المصلحة مصلحة الادارة و الافراد150.

ولما كان منطق التحول يؤكد على استبقاء التصرف الصحيح باعتباره ماكانت تتجه اليه الارادة الافتراضية لو كانت الادارة تعلم بطلان قرارها الاصلى فاننا نستلم بانه لا مناص من قيام القاضي باعمال التحول اذا توافرت شروطه دون أن يتوقف ذلك على طلب مصدر القرار فالنصوص تشير الى اعتبار التصرف الجديد هو التصرف الصحيح وتؤكد على استبقائه باعتباره ما كانت تتجه اليها الاراده لو كان البطلان الذي اصاب القرار الاصلي قد علمه مصدر القرار وقد اثار التساؤل عن دور ارادة التي اصدرت القرار الباطل في اختيار التصرف الجديد ودورها في طلب اعمال التحول وما يملكه مصدر القرار الباطل بعد ذلك وللاجابة على هذا التساؤل تجدر الاضارة الى انه لما كان التحول يستند الى نص تشريعي فان اراده مصدر القرار الباطل تقف عند حد اصدار هذا القرار و تصبح لا وزن لها ولا اعتبار بالنسبة

للتصرف الجديد اذ هي اراده افتراضية تقوم على تصور على تصور انها كانت لديه عند اصدار قراره الباطل حتى ولو لم يكن قد فكر قيها لانه من المقرر في التطبيق الصحيح للتحول ان البطلان الذي اصاب القرار الاصلي غير معلوم لمصدره وقت اصداره اي ان التحول يقع ولو على غير اراده مصدر القرار الباطل ودون توقف على طلبه,ليس هذا فقط بل يقع التحول دون توقف على اراده القاضي الذي قرر توافر شروطه حيث لايملك اكثر من الوقوف على الاراده الافتراضية بناء على معيار مختلط يجمع بين المعيار الموضوعي و المعيار الذاتي 151.

4-2-2 رجعية اثر التحول

تقوم فكرة التحول على اساس بطلان القرار الاداري الاصلي الذي صدر بأثر مباشر و بدأ ولايته من يوم نفاذه وذلك على خلاف القرار الصحيح الذي تحول اليه القرار الباطل فانه يسري باثر رجعي ويحمل تاريخ ميلاد القرار الاصلي ويتحدد اثر فكرة التحول في نشوء قرار اداري جديد يختلف عن القرار الباطل ويحدث اثره من تاريخ صدور القرار الاصلي لا من تاريخ رفع الدعوى ولا من تاريخ صدور الحكم بل يحل محله في الزمن و التاريخ اذ أن اعمال التحول انما يستند الى وقت صدور القرار الباطل 152.

---

150 د.رافت دسوقي محمود, مصدر سابق ص345.
151 د.حسني درويش عبد الحميد,,مصدر سابق ص927.
152 د.احمد يسري.المرجع السابق ,ص210.

ويجب ليحل القرار الصحيح محل القرار الباطل ويحتل موقعه الزمني وان اختلف معه اثرا ومضمونا الا يحتاج الى عمل جديد من جانب الجهة الادارية او من جانب الافراد بالنسبة لبعض القرارات لان القرار الصحيح يقوم على عناصر موجودة فعلا في واقعة القرار الباطل بما في ذلك الادارة الافتراضية التي يقوم على تكوينها القاضي الاداري وقت صدور القرار الاصلي153.

لاشك في ان منطق البطلان يقوم على ترتيب اثره بالنسبة للماضي فالقرار الباطل يجب ان يمحى من الوجود القانوني منذ تاريخ اصداره باعتباره كأن لم يكن اي أن البطلان و الرجعية متلازمان و التحول لا يثار الا بوجود قرار باطل154.

يؤكد القضاء الاداري المصرعلى الاثر الرجعي للتحول حيث قضت محكمة القضاء الاداري بأنه(لما كانت الادارة قد سامت بخطئها و قامت بتصحيح وضع المدعي فان قرارها الجديد لايعدو أن يكون تصحيحا او تحويلا للقرار المعيب الى القرار اخر صحيح ومن المقرر ان تحول القرار ليس له صفة انشائية بل صفة مقررة فحسب تنسحب الى الوقت الذي صدر فيه القرار الاول القابل للابطال وهذا ما يعرف بالاثر الرجعي للتحول وأساسه ان التحول يتضمن ابطالا ضمنيا وغير مباشر و الابطال له اثر رجعي ينسحب الى اللحظة التي نشأ فيها القرار اخر محل القرار الذي أعلنت الادارة بطلانه منذ اللحظة التي نشأ فيها القرار المعيب)155, فالقرار الصادر بتعيين المدعي في وظيفة براد سويتش ببلدية القاهرة قرار منعدم رغم ثبوت صلاحيته للعمل بهذه الوظيفة حيث انعدم محل هذا القرار لعدم وجود هذه الوظيفة في ميزانية بلدية القاهرة,

الا انه رغم انعدام القرار الاصلي الذي انصرافت فيه النية الحقيقية الى تعيين المدعي في الوظيفة براد سويتش فانه يوافق عناصر قرار اخر صحيح يمكن ان يتحول اليه هذا القرار المنعدم دون اضافة ايه عناصر من خارج القرار الباطل وذلك بتعيين المدعي في وظيفة عامل تليفون منذ صدور قرار تعيينه في الوظيفة التي سبق اختياره لشغلها)156.

ويؤسس بعض الفقة الى هذا الاثر الرجعي على أن التحول يتضمن ابطالا ضمنيا وغير مباشر في جميع الاحوال و الابطال له اثر رجعي ينسحب الى اللحظة التي نشأ فيها القرار فاذا تحول القرار المعيب الى اخر صحيح فأنه بذلك يكون قد حل قرار اخر محل القرار الذي أعلنت الادارة بطلانه منذ اللحظة التي نشأ فيها

---

153 د.رافت دسوقي ,المرجع السابق,ص337.
154 د.رافت دسوقي ,المرجع السابق,ص337
155 محمكمة القضاء الاداري المصر قرار رقم(24/القضاء الاداري/1969)في 1969/12/15.
156 محكمة الادارية العليا في مصر قرار رقم(921/الاداري/1959) 1959/3/21.

القرار المعيب ولا يمكن أن تمر فترة زمنية بين انتاج اثار القرار الاول و قرار التحول لأن القرار الصحيح مبنى على القرار المعيب و التحويل يبطل هذا الأخير ضمنيا فاذا لم تلحق أثار القرار الصحيح المتحول باللحظة التي انسحب اليها الابطال لانهارت جميع أثار القرار المعيب ولم ينفذها القرار الجديد(2).

ويرى البعض أن الأثر الرجعي للتحول في مجال القرارات الادارية يستند في وجوده على حماية المشروعية من جهة و تحقيق المصلحة العامة من جهة اخرى الأمر الذي يتطلب الرجوع بالتحول الى الماضي حيث تاريخ صدور القرار الاداري الباطل ونحن من جانبنا نؤيد فكرة الأثر الرجعي لاعمال التحول بشأن القرار الاداري الباطل شريطة مراعاة المراكز القانونية و الحقوق المكتسبة من وراء هذه القرارات المعيبة ولاشك أن حماية الغير من قرار اداري معيب قد يتولد عنه بعض المنافع للاخرين يؤكد على ضرورة تغيير اجراء التحول في القرارات الادارية الباطلة بموعد زمني على النحو الى اشرنا اليه سلفا الواضح أن القضاء الاداري في اتجاهاته الحديثة قيد ايضا فكرة سحب القرار الاداري بموعد زمني محدد حفاظا على أثار هذا القرار بالنسبة للغير حسن النية مثل الغاء قرارات الترقية فيما تضمنته من تخطى الطاعن كذلك قرارات التعيين على سبيل المثال وليس الحصر, ويترتب على اعمال الأثر الرجعي للتحول أ، الادارة تملك اصدار قرارات جديد تعالج من خلالها الأضاع القانونية و المادية التي ترتبت على القرار الباطل وذلك حماية للحقوق و المراكز الناتجة عن مثل هذا القرار ويعد ذلك استثناء من مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية157.ويشير الفقة الى الاستثناء من مبدأ عدم رجعية القرارت الادارية جائز اما بنص القانون او تنفيذا لحكم القضاء خاصة الاحكام الصادرة بالالغاء بالاضافة الى أن هناك طائفة من القرارات الادارية تتضمن أثار رجعية نظرا لأنها محاطة بظروف خاصة تحيط بها مثل القرارات المؤكد و المسفرة و الرجعية في حالة سحب القرار الادارياو في حالة تصحيح القرارات الادارية المعيبة.

5-2-2 ميلاد قرار اداري جديد صحيح

يترتب على اعمال فكرة التحول القرار الاداري الباطل نشؤ قرار اداري جديد توافرت عناصره بالكامل في القرار الباطل واتجهت نية الادارة الى اصداره ويحدث هذا القرار اثره باثر رجعي على النحو السالف ذكره158.

---

157 د.سليمان الطماوي (القضاء الاداري),الطبعة الثاني,دار النشر القانونية.مصر_القاهرة,1985,ص 535.

158 محكمة الادارية العليا في المصرقرار رقم(47/الاداري/1960) 1960/2/11.

بميزان القانون وله اما ان يلغيه او يحصنه من الالغاء فأذا تقرر الغاؤه كان حكم الالغاء حجة على الكافة159. ومن جانبنا لا نشاطر الرأي الاخير فيما ذهب اليه و ذلك الاسباب الاتية.

1_أن تحول القرار الاداري الباطل قد يتم عن طريق الادارة ومن ثم يكون الغاء القرار الاداري الاصلي قد حدث ضمنيا بتصرف الادارة ولم يتقرر بحكم قضائي ومن ثم لايجوز اسباغ حجية الاحكام على ما عداها من أعمال أخرى .

2_يجب التفرقة بين القرارات الادارية الفردية و القرارت التنظيمية فالذي يعد حجة على الكافة هي القرارات الاخير وليست الاولى لانها تخص المخاطبين بها فقط.

3_على فرض الأخذ بحجية القرار الجديد فأن هذه الحجية لايصح أن تقيد حق المخاطبين بهذا القرار او المتضررين منه من الطعن فيه بالالغاء .

4_ان تحول القرار الاداري الباطل الى قرار اداري اخر لايجزم بأن القرار الاداري الجديد هو صحيح خالي من عيوب عدم المشروعية وذلك لأن قرينة الصحة هي قرينة ملازمة للقرار الأصلي و القرار الجديد حتى يتقرر عكسها,160 .

ونخلص مما سبق الى أن القرار الاداري الجديد يمكن أن يتمتع بالحجية المطلقة كما ذهب اليه الرأي السالف ذكره وذلك عند اجراء التحول بمعرفة القاضي الاداري لأنه يشير صراحة او ضمنيا في حيثيات حكمة بالتحول الى بطلان القرار الأصلي ومن ثم الغاؤه و احلال القرار الجديد محله.

---

[159] محكمة القضاء الاداري في لبنان قرار رقم(248/القضاء الاداري/1956)1956/3/13.
[160] محكمة القضاء الاداري في لبنان قرار رقم(260/القضاء الاداري/1960) 1960/6/20.

الخاتمة

توصلنا بعد الأنتهاء من كتابة هذا البحث الى جملة من النتائج و التوصيات نجملها على التحو الاتي.

اولا- النتائج و الإستنتاجات:

1_حرضت التشريعات على انقاذ العقود من البطلان و الحفاظ على الأوضاع التي تنتجها قدر المستطاع وذلك من اجل تفادي النتائج التي تترتب على بطلان العقد او العمل على التقليل منها قدر المستطاع. 2_نرى ان المشرع في اي دولة يعمل جاهدا على وضع الحلول التي يمكن من خلالها معالجة حالات البطلان المتزايدة مع اتساع حركة المعاملات و العلاقات الاقتصادية في المجتمعات وذلك من خلال العديد من الوسائل التي تهدف الى الأبقاء على العقد بعد زوال البطلان عنه ومن ثم استقراره في التعامل كأي عقد اخر صحيح .

3_ان المشرع أوجد عدة أنظمة تعمل على تحقيق انقاذ(العقود من البطلان) كنظام التصحيح (تصحيح العقد), و بالرغم من فاعلية نظام التصحيح في التقليل من حالات البطلان الا أن دوره يقتصر على معالجة الحالات التي لايكون فيها العقد باطلا بشكل تام حيث يقتصر دوره على حالة البطلان الجزئي للعقد الأمر الذي دفع بالمشرع الى وضع نظام اخر يمكن من خلاله معالجة حالات البطلان التام للعقد و التي يتعذر فيها تصحيح العقد لذا نراه قد اعتمد نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح من اجل معالجة حالة بطلان العقد الكلي بهدف تقليل الاثار السلبية الخطيرة التي تترتب على البطلان .

4_ان نظام تحول العقد الباطل الى عقد صحيح طريقا عمليا مهما في عملية انقاذ العقود من البطلان او الحد منها بالشكل الذي يسهم في عملية استقرار المعاملات و عملية التوازن العقدي.

5_يقصد بتحول العقد (العملية القانونية التي تتم من قبل القضاء و تهدف الى خلق وانشاء عقد جديد صحيح توافرت اركانه و عناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر مستنيرا في ذلك بالأرادة الأفتراضية و الهدف الاقتصادي للمتعاقدين), وعرفت التشريعات نظام التحول وطبقته سواء تلك التي وضعت نصا خاصا بالتحول كالقانون المدني العراقي و القانون المدنى المصري.

6_يوجد عديد أنظمة قانونية قد تتشابه مع نظام تحول العقد في بعض الجوانب القانونية لهذه الأنظمة الا أنه و بالرغم من اوجه الشبه هذه و التي دفعت بعض الفقهاء الى القول بعدم جدوى وضع نص خاص يعالج نظام التحول فانه يمكن تمييز نظام التحول عنها بشكل واضح ومن اهم الأنظمة التي تشتبه بالتحول هي تفسير العقد و تكييفه وكذلك نظام الأنتقاص,ان نظام التحول هو نظام موجود و قائم فعلا وله اهمية العملية التي تبرر وجوده ويتجلى هذا الأمر في الحالات التي تجسد هذا النظام في الواقع العلمي و التي يمكن من خلالها مواجهة

حالات البطلان التي تعجز الأنظمة القانونية الأخرى على مواجهتها من أجل انقاذ العقود من البطلان وما قد يرافقها من اثار سلبية خطيرة .

7_ان حالات التحول تمثل واقعا عمليا يعزز الواقع النظري لهذا النظام وتبين كيفية و طريقة اعماله و النتائج المترتبة عليه ودوره الكبير في استقرار العلاقات العقدية.

8_ان فكرة التحول في التصرفات التي تصدر عن الجهة الادارية بهدف التقليل من حالات البطلان و نظرا لعدم وجود قواعد قانونية مكتوبة تجيز ذلك الا ما ورد بشأنها في القانون المدني فقد قمنا باعمال القياس في محاولة لالقاء الضوء على مدى امكانية تطبيق فكرة التحول للتصرفات الباطلة في القانون الخاص على العقد الاداري و القرارات الادارية وكذلك العقود الادارية كلما أمكن ذلك.

ثانيا- المقترحات:

1_نقترح المشرع العراقي افراد نص خاص في القانون الموجبات و العقود يعالج نظام تصحيح العقد بالشكل الذي يبين طبيعة هذا النظام ويؤسس لمبدأ عام في هذا الخصوص دون الاكتفاء بنص المادة(140)من القانون المدني موجبات و عقود و التي خلطت و التي بين نظامي التأييد و التصحيح .

2_محاولة وضع نصوص تشريعية تعالج فكرة تحول العقد الاداري و القرار الاداري و نظرا لأن القانون الاداري غير مقنن فانه يمكن وضع نص في قانون مجلس الدولة .

3_ضرورة مساهمة فقه القانون العام بكتابات متعددة لمواجهة القصور في المؤلفات المعالجة للفكرة في مجال القانون العام.

4_أن يضع القاضي الاداري نظرية التحول بشروطها و احكامها تفصيلا على شاكلة نظرية الظروف الطارئة و الصعوبات المادية و نظرية فعل الامير و ذلك ليس بغريب على القاضي الاداري لأنه قاضي انشائي وليس تطبيقي.

5_اذا كان لايجوز الطعن في العقد الاداري بالالغاء وان كان يجوز الطعن فيه بالبطلان امام القاضي العادي و الاداري معا كما قرر ذلك فأن اعمال فكرة التحول يمكن اعمالها مع تلك العقود ايضا أسوة بعقود القانون الخاص وان كانت العقود الادارية أولى بالرعاية لارتباطها بالمصلحة العامة الامر الذي يؤكد على جواز اعمال فكرة التحول على العقد الاداري.

قائمة المصادر و المراجع

اولا/الكتب

1_ د.ابراهيم نجيب سعد,القانون القضائي الخاص ,ج1, الاسكندرية,1974.

2_د. انور سلطان, النظرية العامة الالتزام ,طبعة 1985 ميلادي بند(252/و مابعده.2_دعبدالرزاق احمد السنهورى ,نظرية العقد ج2.

3_د.انور سلطان .النظرية العامة للالتزام ,محاضرات في القانون المدني, طبعة 1 ,1985, عمان.

4_د.توفيق حسن فرج,النظرية العامة اللالتزام/ج1 مصادر الالتزام ,الناشر منشورات الحلبي الحقوقية .1978,ديمشق.

5_ د.حسن كيرة احمد (المدخل الى القانون)طبعة الاولى ,دار النشر بيروت,1971,لبنان _بيروت.

6_ د.حسام الدين كامل الاهواني.مصادر الالتزام ,دار النشر القاهرة,1995,طبعة الاولى_القاهرة.

7_ د.حسني درويش عبد الحميد,المسبوط في القانون الاداري ,دار النهضة العربية,طبعة الثانية,لبنان 2000.

8_د.حلمي بهجت بدوي ,اثار التصرفات الباطلة,مجلة التشريع و القضاء,السنة الخامسة ,العدد الثاني (نيسان,ايار,حزيران)2013.

9_د.حلميى بهجت بدوي, اصول الالتزامات , نظرية العقد ,مطبعة نوري _القاهرة,1943.

10_د.خليل جريج . النظرية العامة الالتزم, مطبعة جامعة ديمشق .السنة 1985. ديمشق.

11_ الدكتورة راقية عبد الجبار على سلطة القاضي في تعديل العقد ,دراسة قانونية مقارنة ,منشورات زين الحقوقية ,بيروت 2017.

12_ الاستاذ زهير المارتيني ,الوجيز في النظرية الالتزام ,مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية, الطبعة 1 ,حلب.

13_المحامي سلمان البيات,القضاء المدني العراقي, الجزء الاول , شركة الطبع و النشر الاهلية,ديمشق,1952.

14_ د.سامي جمال الدين(الرقابة على اعمال الادارة) القضاء الاداري.مبدأ المشروعية.2011,دار النشة في لبنان_بيروت.

15_د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي,تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية,مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية,1959.

16_د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي, الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية , ومصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات الارادية , مطبعة البيت العرب_عمان,1984.

17_د. عبدالحميد الشواربي عاطف الشواربي ,عمر و الشواربي, البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي ,المكتب الجامعي الحديث/2010 الاسكندرية.الطبعة الاولى .

18_د.عبدالرزاق احمد السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني ,نظرية الالتزام بوجه عام ,مصادر الالتزام ,الطبعة الثانية دار النهضة العربية,1966.

19_د.على كاظم الشباني,تحول العقد في نطاق القانون المدني,منشورات الحلبي الحقوقية ,الطبعة الاولى لسنة2015,ديمشق.

20_دعصام انور سليم عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية و القانون ,المكتبة القانونية _لبنان _1994.

21_د.عبد الحي حجازي ,النظرية العامة للالتزام ج2 مصادر اللالتزام مطبعة نهضة مصر ,القاهرة ,1954.

22_د.عباس الصراف ,جورج حزبون , المدخل الى علم القانون,مكتبة دار الثقافة للنشرو التوزيع ,عمان,1997,ص82. الدكتور على البارودي ,شرح القانون التجاري الطبعة /1, دار الهدى للمطبوعات.

23_د.عبد المنعم فرج الصدة ,محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في القوانين العربية .طبعة/1 , 1985. بيروت.

24_ د.عبد المنعم فرج الصدة.محاضرات في القانون المدني ,نظرية العقود في قوانين البلاد العربية,1985,عمان

25_د.عبد الحي حجازي,(موجز عن النظرية العامة للالتزام)الجزء الاول ,طبعة 1. 1955,ديمشق.

26_د.عبدالفتاح حسن,القضاء الاداري .طبعة الاولى,دار النشر القانونية,لبنان _بيروت,1998.

27_د.عبد المنعم فرج الصدة.محاضرات في القانون المدني ,نظرية العقود في قوانين البلاد العربية,1985,عمان.

28_د.محمد عبد الظاهر, الدور المنشى للقاضي في اطار الروابط العقدية.القاهرة ,دار النهضة العربية ,2000.

29_د.مصطفى ابراهيم الزلمي , ايضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد, الطبعة الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,ج1 سنة الطبع 2016 ,دار السنهوري لبنان_بيروت.

الاولى,ايران,2014.

30_د.مصطفى احمد الزرقا,عقد بيع,الطبعة الثانية,2012,دار القلم,دمشق.

31_د.مصطفى ابراهيم الزلمي,نظرية اللالتزام برد غير المستحق ,الطبعة الثانية,1998,بغداد.

32_د.محمد كامل مرسي,شرح القانون المدني الجديد,الطبعة الاولى,دار النشر بيروت,1954.

33_د.منذر عبد الحسين الفضل ,التعهد بنقل ملكية عقار ز موقف القضاء العراقي منه الحقوقي ع1_4 س15,مطبعة موسسة الثقافة العالية_بغداد_1983.

34_ينظر .ماهر صالح علاوي .تحولات القانون الاداري في ظل العولمة,ط1(عمان_الاردن ,دار وائل للنشر و التوزيع ,2019.

35_د.محمد انس جعفر(القرارات الادارية)الطبعة الثانية سنة 2005 ,دار النهضة العربية ,بيروت.

36_د.محمد فؤاد مهنا,القانون الاداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاون ,1963,المجلد الاول.الاسكندرية.

37_الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,ج1 سنة الطبع 2016 ,دار السنهوري لبنان_بيروت.

38_ الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,ج/1,سند الطبة 2016,دار السنهوري لبنان بيروت.

39_الدكتورة ندى الشجيري ,اثار بطلان العقد دراسة مقارنة ,سنة 2016,دار السنهوري, لبنان_بيروت.

ثانيا /الرسائل و الاطاريح الجامعية.

1_د.احمد يسرى ,تحول التصرف القانوني ,دراسة المقارنة/المادة 144 من القانون المدني المصري,رسالة دكتوراه من جامعة هيدلبرج_المانيا,سنة 2009

2_.احمد سلامة احمد بدر,(تحول تصرفات الادارة الباطلة الى تصرفات قانونية صحيحة _القرار الاداري_العقد الاداري)اطروحة دكتوراه.جامعة قطر.2017.

3_الدكتور حيدر جبار محمود, تحول العقد المالي و اثره في الفقة الاسلامي ,دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه.جامحة اسكندرية_مصر.

4_حبيب ادريس عيسى المزوري,تصرفات المريض مرض الموت_دراسة مقارنة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون_جامعة الموصل.2005.

5_ د.صالح ناصر العتيبي,فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية,دراسة مقارنة,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة عين شمس لسنة 2015.

6_د عصمت عبد المجيد بكر ,النظرية العامة للالتزامات ,الجزء الاول , منشورات جامعة جيهان الخاصة سنة 2010 .

7_دكتور عبد العزيز المرسي حمود ,نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المجني مصري _دراسة تحليلة و تاصيلية مقارن اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة عين شمس لسنة 2014.

8_.عبدالقادر خليل,نظرة سحب القرارات الادارية ,رسالة دكتوراه,حقوق القاهرة ,1964.

9_د.محمد عبد اللة حمود(تحول القرار الاداري)اطروحة دكتوراه,لبنان_بيروت.2001.

ثالثا/البحوث و الدوريات.

1_الدكتور حلمي يهجت بدوي اثار التصرفات الباطلة, القسم الاول, مجلة القانون و الاقتصاد, العدد الثالث . السنة الثالث/1933.

2_د.سليمان مرقص ,نظرية العقد,دار النشر للجامعات المصرية,الطبعة الاولى ,القاهرة,1956.

3_د.مصطفى ابو زيد فهمي(القضاء الاداري و مجلس الدولة) الطبعة الرابعة 1979,عمان.

رابعا/التشريعات.

1_ قانون التسجيل العقاري رقم(43)لسنة 1973.المعدل.

2_ قانون الاثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979.

3_ القانون المدني العراقي رقم(40)لسنة 1951 المعدل..

4_ قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

خامسا/القرارات.

1_محكمة تمييز العراقي رقم قرار 1078/حقوقية /1953 في 1953/3/22.

2_قرار محكمة النقص المصرية,رقم(12/مدنية/محكمة النقص)في 1956/6/12.

3_محكمة القضاء الاداري في لبنان قرار رقم(248/القضاء الاداري/1956)1956/3/13.

4_محكمة الادارية العليا في مصر قرار رقم(921/الاداري/1959) 1959/3/21

5_محكمة تمييز العراقي لقرار رقم (59/حقوقية /1960)في 1960/3/14 .

6 _محكمة الادارية العليا في المصرقرار رقم(47/الاداري/1960) 1960/2/11.

7_ محكمة القضاء الاداري في لبنان قرار رقم(260/القضاء الاداري/1960) 1960/6/20.

8_رقم قرار 651/حقوقية/1969,في 1969/10/19,قضاء محكمة تمييز العراقي,المجلد السادس ,دار الحرية للطباعة ,بغداد/1972.

9_محمكمة القضاء الاداري المصر قرار رقم(24/القضاء الاداري/1969)في 1969/12/15.

10_قرار محكمة استئناف بيروت رقم 157في 1970/2/5 غفيف شمس الدين , المنصف في قضايا الموجبات و العقود و المسوولية ,بيروت ,1992.

11_محكمة تمييز العراقي رقم قرار 111/حقوقية/1970 الصادر في 1970/6/17.

12_قرارمحكمة التمييز العراقي رقم(7/استئنافية/1971 في 1971/5/22).

13_قرار رقم(915/مدنيةثانية/1974) في محكمة تمييز العراقي 1974,المنشور في مجموعة الاحكام العدلية,العدد الثاني,السنة السادس.

14_محكمة تمييز العراقي قرار رقم(333/هئية مدني/1974)في 1974/10/31

15_قرار رقم(312/هيئة عامة اولى/1976)صادر من محمكة تمييز العراق في 1977/3/19.

16_قرار رقم56/هيئة مدنية/1978 صادر محكمة تمييز كويتي في 1978/11/1.

17_محكمة نقض مدني في مصر رقم قرار 502 في 1983/9/24.

18_قرار رقم(37/استئناف/1983) صادر من محكمة استئناف بيروت في 1983/12/22.

19_محكمة تمييز العراقي قرار رقم(14/موسعة اولى/1998) الصادر في 1998/9/9.

20_قرار رقم (22/هيئة مدني/2004)صادر من محكمة استئناف بيروت في 2004/6/18.

21_القاضي كيلان سيد احمد,المبادي القانونية في قضاء محكمة تمييز الاقليم في العراق ,مقررات هيئة الاحوال الشخصية للسنوات 1999_2009, الطبعة الاولى ,اربيل , مطبعة القانوني.

22_سةروةر على جعفر وجمال صدرالدين علي,المختار من المبادءي القانون التمييز في محاكم الاقليم العراق,اعداد,الطبعة زانيار.الاولى ,السليمانية,2005.ص20.

سادسا/المصادر الالكترونية.

1_دريد داود سلمان الجنائي,تعليق على قرار حكم,مجلة التشريع القضاء,السنة الخامسة_العدد الثاني(نيسان,ايار,حزيران/2013)ص1 منشور على موقع الاكتروني .2022/2/27

2_مجلة التشريع القضاء السنة الخامسة ,العدد الثاني (نيسان ,ايار,حزيران/2013) منشور الموقع الالكتروني www.tqmag.net. في 2022/2/27.

3_د.سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي,تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية,مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية ,العدد السادس,2 المجلد الاول ص357,356,منشور على موقع الاكتروني www.tqmag.net 2022/2/27.

تقرير الاستيلال

Medeni ve idari hukukta dönüşüm teorisi Irak mevzuatı ışığında analitik çalışma

ORIGINALITY REPORT

18%	14%	0%	9%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	Submitted to Lebanese University Student Paper	3%
2	krjc.org Internet Source	2%
3	abmmcj.org Internet Source	1%
4	Submitted to Tikrit University Student Paper	1%
5	ia601001.us.archive.org Internet Source	1%
6	docs.neu.edu.tr Internet Source	1%
7	media.kenanaonline.com Internet Source	1%
8	almerja.com Internet Source	1%
9	www.maktabatalfeker.com Internet Source	1%