



## نظرية تحوّل العقد وأثرها في الحد من البطلان

### - دراسة في ضوء قانون الالتزامات والعقود الموريتاني -

الدكتور : محفوظ احمد سيد عبد الله

- حاصل على دكتوراه في القانون الخاص -

#### الملخص:

تتناول هذه الدراسة نظرية تحوّل العقد بوصفها آلية قانونية تهدف إلى الحد من آثار البطلان في إطار قانون الالتزامات والعقود الموريتاني. وتقوم هذه النظرية على فكرة إعادة تكييف العقد الباطل في صورة عقد آخر صحيح، متى توافرت عناصره الجوهرية داخله، بما يسمح بالحفاظ على الغاية الاقتصادية للتصرف بدل إهداره كلياً. وقد بيّن البحث أن مجال تطبيقها ينحصر أساساً في العقود الباطلة، مع خلاف فقهي حول امتدادها إلى العقود القابلة للإبطال، خاصة قبل تقرير الإبطال. كما استعرض شروط إعمالها، وفي مقدمتها توافر عناصر العقد البديل داخل العقد الأصلي، وانصراف الإرادة المحتملة للمتعاقدين إليه. وخلصت الدراسة إلى أن فعالية هذه النظرية تظل رهينة بضبط شروطها تشريعياً وتوحيد تطبيقها قضائياً، بما يحقق التوازن بين استقرار المعاملات واحترام القواعد القانونية.

#### The Theory of Contract Conversion and Its Effect on Mitigating Nullity

#### — A Study in Light of the Mauritanian Code of Obligations and Contracts —

Dr. Mahfoudh Ahmed SIDI ABDELLAHI

#### Summary :

This study examines the theory of contract transformation as a legal mechanism aimed at mitigating the effects of nullity within the framework of the Mauritanian Code of Obligations and Contracts. The theory is based on the idea of recharacterizing a void contract into another valid contract, provided that its essential elements are contained within it, thereby preserving the economic purpose of the transaction rather than nullifying it entirely. The research demonstrates that the scope of its application primarily concerns void contracts, while a doctrinal debate persists regarding its extension to voidable contracts, particularly prior to a formal declaration of annulment. It also analyzes the conditions required for its application, notably the presence of the essential elements of the alternative contract within the original one, and the presumed intention of the parties to adopt this substitute contract. The study concludes that the effectiveness of this theory depends on clear legislative regulation and consistent judicial application, ensuring a balance between transactional stability and compliance with legal rules.

#### المقدمة:

شهدت المعاملات العقدية الحديثة تحولات عميقة، أفرزت أنماطاً جديدة من التعاقد، فلم يعد العقد مجرد وسيلة تقليدية للمعاوضة، بل أضحت أداة أساسية للتبادل الاقتصادي وآلية لتنظيم العلاقات داخل المجتمع. وقد أسهم هذا التحول في تكريس مكانة العقد باعتباره من أهم المؤسسات القانونية، ومحوراً رئيسياً للمنازعات القضائية، بالنظر إلى ارتباطه الوثيق بالحياة الاقتصادية.



ويعزى هذا التطور إلى جملة من العوامل المتداخلة، في مقدمتها تسارع وتيرة العولمة الاقتصادية، وتنامي المبادلات التجارية عبر الحدود، إلى جانب الثورة الرقمية التي أفرزت أنماطاً حديثة من التعاقد، كالعقود الإلكترونية وعقود الاستهلاك عن بُعد. كما أدى تعقّد المعاملات وتداخل المصالح الاقتصادية إلى بروز صيغ تعاقدية مركبة، تتجاوز القوالب التقليدية للعقود المسماة، وهو ما دفع الفقه والقضاء إلى تطوير أدوات تحليلية وقواعد تفسيرية جديدة لاستيعاب هذه التحولات.

ولم يعد العقد، في هذا السياق، مجرد تعبير عن سلطان الإرادة في صورته الكلاسيكية، بل أصبح يخضع لاعتبارات تتجاوز الإرادة الفردية، من قبيل تحقيق التوازن العقدي، وحماية الطرف الضعيف، وضمان استقرار المعاملات. وهو ما تجلّى في تنامي التدخل التشريعي لإعادة ضبط العلاقة التعاقدية، سواء من خلال فرض قواعد أمر، أو إقرار آليات قانونية تُمكن القاضي من تعديل آثار العقد أو إعادة تكييفه بما يحقق العدالة.

فالعقد، وإن كان يُعرّف تقليدياً بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني (50)، فإنه في حقيقته يُجسد توازناً بين مصالح اقتصادية متعارضة، يتحقق من خلالها نوع من التوافق، ومن ثم، فهو أداة للتداول الاقتصادي، ووسيلة لتجسيد السياسات الاقتصادية والمالية، خاصة في ظل التدخل التشريعي المتزايد لضبط التوازن داخل العلاقة التعاقدية، في إطار جدلية مستمرة بين الحرية التعاقدية ومتطلبات العدالة.

ولكي ينتج العقد آثاره القانونية، يتعين أن يستوفي كافة أركانه التي قررها القانون (51)، إذ إن العقد الصحيح هو الذي يقوم سليماً في أصله ووصفه. أما إذا اختل أحد أركانه، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو البطلان، بما يؤدي إلى انعدام آثاره القانونية.

ويُقصد بالبطلان (52) زوال الوجود القانوني للتصرف، بحيث يُعد كأن لم يكن، بأثر رجعي يشمل الماضي والمستقبل، وهو ما يجعله من أخطر الجزاءات المدنية، نظراً لما ينطوي عليه من مساس بمبدأ استقرار المعاملات. ذلك أن العقد المعيب قد يُنتج آثاره فعلياً قبل الحكم ببطلانه، مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح الأطراف والغير على حد سواء، وهو ما دفع الفقه إلى التحذير من صرامة هذا النظام.

غير أن التطبيق الجامد لنظرية البطلان قد يتعارض مع مقتضيات العدالة والواقع العملي، خاصة عندما يكون العقد الباطل قد أفرز مراكز قانونية مستقرة، أو رتب مصالح جديرة بالحماية. ففي مثل هذه الحالات، قد تكون حماية هذه المصالح أولى من أعمال جزاء البطلان (53)، لاسيما في ظل ضرورة حماية الغير حسن النية، وصون الاستقرار الاقتصادي للعلاقات التعاقدية.

ومن هنا، برزت الحاجة إلى آليات قانونية مرنة تُخفف من حدة البطلان، ومن أهمها نظرية تحوّل العقد، التي تقوم على إعادة تكييف العقد الباطل في صورة عقد آخر صحيح، متى توافرت أركانه، بما

50 - هذا هو التعريف الفقهي الشائع للعقد

51 - نظم المشرع أركان العقد في الفصل 23 من ق ل ع، محددًا إياها في الأهلية، والرضى، والمحل، والسبب، باعتبارها شروطاً جوهرية لقيامه تناولتها المادة 59 من نفس القانون. كما قد تضاف إلى هذه الأركان عناصر خاصة في بعض العقود، كالشكلية (م 500 ق ل ع) أو التسليم مثلا (م 729 من ذات القانون). ويترب على تخلف أي من هذه الأركان، سواء العامة أو الخاصة، بطلان العقد، وفقاً للمواد من 319 إلى 331 من نفس القانون

52 - البطلان هو: «الجزء القانوني على عدم اجتماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها»، انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، 1964، ص: 486

53 - عالي كاظم الشيباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، ط 1، منشورات حلي القانونية، لبنان، 2015، ص: 3 وما بعدها

يسمح بالحفاظ على بعض آثاره القانونية بدل إهدارها كلياً. وقد كرس المشرع هذه الفكرة ضمن مقتضيات قانون الالتزامات والعقود (54)، خاصة في المادة 322.

ولأ تُعد هذه النظرية وليدة التقنيات الحديثة، بل تمتد جذورها إلى الشرائع القديمة والفقهاء الإسلامي، قبل أن تتبلور في إطار قانوني معاصر (55). يعكس توجهاً نحو ترجيح منطق استقرار المعاملات على حساب الصرامة الشكلية.

وتزداد أهمية هذه النظرية بالنظر إلى دورها في الحد من إهدار التصرفات القانونية، وإتاحة إمكانية تصحيحها ضمن إطار قانوني بديل، بما يحقق التوازن بين احترام القواعد القانونية وحماية المصالح المشروعة للأطراف.

في أي حد تُسهم نظرية تحوّل العقد في التخفيف من آثار البطلان، وفي أي إطار يمكن إعمالها في ضوء قانون الالتزامات والعقود؟

وللإحاطة بهذه الإشكالية، سنعتمد المنهج التحليلي لبيان المفاهيم القانونية المؤطرة لنظرية تحوّل العقد وأسسها، كما سنستعين بالمنهج النقدي لتقييم مدى فعالية هذه النظرية في الحد من آثار البطلان، وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: مفهوم نظرية تحوّل العقد

الفقرة الثانية: ضوابط إعمال نظرية تحوّل العقد

### الفقرة الأولى: مفهوم نظرية تحوّل العقد

ينص الفصل 322 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "إذا بطل الالتزام في ذاته، وكان يتضمن من الشروط ما يصلح لقيام التزام آخر، انصرفت إليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير". ويُستفاد من هذا المقتضى أن المشرع قد أرسى دعامة صريحة لنظرية تحوّل العقد، من خلال إقراره بإمكانية إعادة إحياء التصرف الباطل ضمن قالب قانوني آخر صحيح، متى استجمع عناصره الجوهرية.

غير أن المشرع، رغم إقراره لهذه الآلية، لم يتصدّ لتعريفها أو لتحديد معالمها الدقيقة، ومن ثمّ، فإن مقارنة هذه النظرية تقتضي، في مرحلة أولى، الوقوف على تعريفها (أولاً)، قبل الانتقال إلى تمييزها عن غيرها من النظم القانونية المتقاربة معها في الغاية أو المتداخلة معها في الأساس (ثانياً).

### أولاً: تعريف نظرية تحوّل

يقض منا التعريف الوقوف على المعنى اللغوي (1)، والاصطلاحي (2).

### 1: التحوّل في اللغة

يتخذ مفهوم التحوّل في اللغة العربية دلالات متعدّدة، غير أنّها تلتقي جميعاً عند معنى جامع قوامه التغيّر والانتقال. ويمكن بيان أبرز هذه الدلالات على النحو الآتي:

- في دلالة التغيّر والتنقل:

54- الأمر القانوني رقم 126/89 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989، المتضمن لقانون الالتزامات والعقود الموريتاني، والمنشور في الجريدة الرسمية لسنة 31 في العدد 739 بتاريخ 25

أكتوبر 1989، والمعدل بالقانون رقم 31/2001 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001، والمنشور بالجريدة الرسمية لسنة 43، في العدد 995 المؤرخ ب 30 مارس 2001

55- عبد الحميد محمود البعلي، تحوّل العقود وإعادة تكييفها، مجلة الكويت العالمية، ع 155، 2015، ص: 162



التحول في اللغة مصدر تحول، ومعناه: التنقل من موضع إلى آخر (56)، من هنا يفهم التحول بوصفه انتقالاً من حال إلى حال، أو من وضع إلى آخر، سواء تعلّق ذلك بذات الشيء أو بوصفه أو بحكمه. فيقال: تحوّل الشيء إذا تبدّل وتغيّر، وحال لونه إذا انتقل من صفة إلى أخرى، كما يُقال: حال العهد إذا تقادم وتبدّل. ويمتدّ هذا المعنى ليشمل الانتقال المكاني، فيقال: تحوّل من مكانه أي غادره وانتقل عنه، وحولته تحويلاً إذا نقلته من موضع إلى آخر. كما يُستعمل في معنى القصد، فيقال: حاول الشيء أي ابتغاه وسعى إليه. والحائل هو كل ما يقبل الحركة أو النقل من موضعه (57)، ويُقال أيضاً: حولت الشيء إذا نقلته إلى مكان آخر (58).

#### ● في دلالة الزوال والانصراف:

كما يُستعمل التحوّل للدلالة على مفارقة الشيء والعدول عنه، فيقال: تحوّل عن الشيء إذا انصرف عنه وانتقل إلى غيره (59)، ويُقال: حال الرجل يحول إذا انتقل من موضع إلى آخر (60). وقد تجلّى هذا المعنى في الاستعمال القرآني، من ذلك قوله تعالى: ﴿لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَالًا﴾ (61)، أي لا يطلبون عنها انتقالاً، وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَحْوِيلًا﴾ (62)، أي لا تبديل ولا تغيير. وعليه، فإنّ التحوّل في الدلالة اللغوية يُعدّ أثراً للتحويل ومطاوفاً له، وتدور معانيه في مجموعها حول التغيّر والتبدّل والانتقال.

#### 2: التحول العقدي في الاصطلاح القانوني

تُعدّ نظرية تحوّل العقد من الأفكار التي نشأت في إطار الفقه الألماني خلال القرن التاسع عشر، حيث ظهرت بوصفها معالجة قانونية لمشكلة البطلان (63)، ثم ما لبثت أن انتقلت إلى أغلب التشريعات الحديثة، ومن بينها التشريع الموريتاني.

وفي هذا السياق، انصرف الفقه إلى محاولة ضبط مفهوم تحوّل العقد، غير أن هذا الضبط لم يكن موحداً، بل تعددت صوره تبعاً لتعدد زوايا التحليل ووظيفة النظرية في التصور الفقهي (64).

فمن جهة، انطلق اتجاه فقهي من الوظيفة العملية للنظرية، والمتمثلة في تفادي الأثر النهائي للبطلان والحفاظ على القيمة القانونية للعقد. ووفقاً لهذا التصور، يعرف الفقيه المغربي أحمد شكري السباعي تحوّل العقد بأنه "حالة تبين أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتضمّن عناصر صالحة وكافية لإقامة عقد جديد، أو يستجيب للهدف الاقتصادي الذي تسعى الأطراف إلى تحقيقه، تعين الأخذ بهذا العقد

56 - عبد الحميد محمود بعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون، دراسة مقارنة وموازنة، دار الشؤون الإسلامية والعمل الغيري، الامارات العربية المتحدة، 2009، ص: 10

57 - أبي عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي، ج3، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي وابراهيم السامرائي، د د ن، د ب ن، د ت ط، ص: 278

58 - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، تاج العروس، ج7، ددن، دب ن، د ت ط، ص: 4

59 - أحمد بن محمد ابن أبي بكر ابن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، ددن، بيروت، د ت ط، ص: 143

60 - محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج2، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد سب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار الحديث، مصر، د ت ط، ص: 190

61 - سورة الكهف الآية 108

62 - سورة فاطر الآية 43

63 - أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، ط2، منشورات عكاظ، الرباط، المغرب، ص: 379.

64 - ناريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة - الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017 ص: 9



الجديد، أي أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتحول إلى عقد آخر صحيح" (65). ويلاحظ أن هذا الاتجاه يلتقي مع ما ذهب إليه أنوار سلطان (66) وأحمد حشمت أبو ستيت (67)، من حيث اعتبار العقد الباطل قابلاً لإنتاج عقد صحيح متى توفرت عناصره الجوهرية.

ومن جهة أخرى، اتجه بعض الفقه إلى تعريف التحول من زاوية شكلية، باعتباره تغييراً في وصف العقد بما يسمح بإضفاء آثاره القانونية رغم البطلان الذي شاب صورته الأصلية (68)، في حين يرى اتجاه آخر أنه يقوم على إعادة تكييف العقد من جديد بما يحقق الغاية المقصودة منه، بحيث يُعاد إنتاجه في صورة عقد آخر مختلف في تكوينه القانوني (69).

أما الفقيه عبد الرزاق السهوري، فقد قدم تصوراً جامعاً، حيث عرف النظرية بأنها: "نظرية تتلخص في أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل، إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج آثاره قانونياً (70) غير أن هذه الآثار لا تُنسب إلى العقد الباطل في ذاته، وإنما تُعد آثاراً للعقد الجديد الذي نشأ نتيجة إعمال نظرية التحول، باعتباره كياناً قانونياً مستقلاً عن العقد الأصلي.

وبشكل أدق تحول العقد هو "عملية ذهنية لإعادة الاعتبار للعقود تتمثل في إخراج التصرف القانوني الصحيح من التصرف القانوني الباطل" (71).

ومن ثم، تُعد هذه النظرية استثناءً على القاعدة العامة في البطلان التي تقضي باعتبار العقد الباطل كأن لم يكن، إذ تسمح بتحول العقد إلى كيان قانوني صحيح متى كانت عناصره قابلة لذلك، بما يؤدي إلى الانتقال من حالة الانعدام القانوني إلى حالة الإنتاج القانوني.

ويستفاد من ذلك أن مختلف التعريفات، رغم تنوع صيغها، تلتقي عند فكرة مركزية مفادها أن العقد الجديد لا يُنشأ ابتداءً من الخارج، وإنما يتولد من داخل العقد الأصلي الباطل، عندما تعجز الإرادة عن إتمام صورته القانونية الصحيحة، فتسقط بنيته الأصلية مع بقاء عناصره قابلة لإعادة التكوين.

ويعكس هذا التوجه منطقاً قانونياً يقوم على تغليب استبقاء الأثر التعاقدية بدل إهداره، بما ينسجم مع القاعدة الفقهية القائلة: "ما لا يُدرِكُ كُلُّهُ، لا يُتَرَكُ جُلُّهُ" (72)، حيث يُعاد توظيف ما يمكن حفظه من عناصر العقد الباطل في صورة عقد جديد صحيح، بدل إلغاء النتائج الممكنة كلياً.

ثانياً: تمييز نظرية تحول العقد عن غيرها من المفاهيم القريبة منها

65 - الحبيب الدفاق، التصرفات القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، - أكادال، جامعة محمد الخامس، المملكة المغربية، السنة الجامعية 1991-1992، ص: 39

66 - أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1998، ص: 198

67 - أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، د ط، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1932، ص: 2

68 - محمد الزين النظرية العامة للالتزام، العقد، ط 2، د د ن، تونس، 1997، ص: 3

69 - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلزام، العقد، الإرادة المنفردة العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، 2009، ص: 98

70 - عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998 ص 634

71 - أمل سليم، تحول العقود في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الماستر في العقود والاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، السنة الجامعية: 2005-2006، ص: 1

72 - للتعلم في فهم هذه القاعدة انظر: عبد اللطيف بن السعود الصرامي، قاعدة "ما لا يدرك كله، لا يترك جله" تأصيلاً وتطبيقاً، مقال منشور في مجلة جامعة الإمام، العدد السادس، محرم 1429 هـ، ص 166 وما يليها



بقصد تشكيل رؤية متكاملة حول نظرية العقد، وبالقدر الذي يسعنا في تأسيس فهم وإفهام لنظرية تحول العقد، لا بد من تمييز نظرية تحول العقد عما يشبهها ويشترك في الجذر المنتج لها، ولئن الفقه قد اختلف حول الآثار العرضية التي ينتجها البطلان، مع الثابت المشترك بين الفقه والمتمثل في نظرية تحول العقد كأثر عرضي للبطلان، لذا سيكون التمييز في البداية بين نظرية تحول العقد ونظرية انتقاصه، لنعرج بعد ذلك لتمييز بين نظرية تحول العقد، ونظرية الخطأ في تكوين العقد.

### 1: التمييز بين نظرية تحول العقد ونظرية انتقاصه

يثير موضوع التمييز بين نظرية تحول العقد ونظرية انتقاصه إشكالاتاً فقهيةً دقيقةً، لاسيما في ظل اختلاف التوجهات الفقهية بشأن تكييف الآثار المترتبة عن البطلان. فبينما يذهب اتجاه إلى اعتبار انتقاص العقد من الآثار العرضية للبطلان، يتبنى اتجاه آخر موقفاً مغايراً يجعله ضمن الآثار الأصلية له (73)، ومع ذلك، فإن هذا الاختلاف لا ينال من ضرورة الفصل المفاهيمي بين النظريتين (74)، نظراً لما قد يترتب عن تقاربهما النصي من التباس في الفهم والتطبيق.

ويزداد هذا الإشكال حدةً بالنظر إلى أن المشرع قد تناول كلتا النظريتين ضمن مقتضيات متقاربة. فقد نظمت المادة 322 من قانون الالتزامات والعقود نظرية تحول العقد، حيث تقضي بأنه "إذا بطل الالتزام في ذاته، وكان يتضمن من الشروط ما يصلح لقيام التزام آخر، انصرفت إليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير". في المقابل، كرست المادة 321 من القانون ذاته نظرية انتقاص العقد، إذ نصت على أن "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه إلا إذا أمكن شرعاً لهذا الالتزام أن يبقى قائماً بدون الجزء الذي لحقه البطلان. وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً باعتباره عقداً متميزاً عن العقد الأصلي".

هذا التقارب التشريعي قد يُفضي إلى نوع من الخلط بين النظامين، وهو ما يبرز الحاجة إلى ضبط دقيق لمجال كل نظرية على حدة، بغض النظر عن الموقف الفقهي من طبيعة آثار البطلان.

ومقتضى هذه النظرية أنه إذا انصبَّ البطلان على جزء من العقد دون غيره، أمكن الإبقاء على الأجزاء السليمة متى كانت قابلة للانفصال وغير متوقفة على الجزء الباطل، وهو ما يُعرف بالبطلان الجزئي (75)، ويستند هذا التوجه إلى قاعدة فقهية مفادها: "ما لا يُدرِك كُله لا يُتْرَك جُله" بما يعكس إرادة المشرع في الحفاظ على ما يمكن إنقاذه من العقد بدل إهداره كلياً.

غير أن هذا الإعمال ليس مطلقاً، إذ إذا ثبت أن العقد غير قابل للتجزئة، أو أن الجزء الباطل لا يمكن فصله عن باقي عناصره، امتد البطلان إلى العقد برمته. ومن الأمثلة على ذلك أن يرد البيع على عدة أشياء، ويكون أحدها غير مشروع أو مملوكاً للغير، فيبقى العقد صحيحاً في حدود الأجزاء الأخرى، ما لم يتبين أن الصفة وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة، حيث يمتد البطلان حينئذ إلى العقد كله (76).

73 - يرى الأستاذ عبد القادر العراري، أن نظرية انتقاص العقد تندرج ضمن الآثار العرضية للبطلان، على عكس الأستاذ أحمد شكري السباعي، الذي أخرجها من دائرة الآثار العرضية، حيث يرى أنها من الآثار الأصلية للبطلان.

74 - للتعقق أكثر بشأن نظرية انتقاص العقد انظر: محمد حبيبي، نظرية انتقاص التصرف القانوني في التشريع المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية، 2019/2018 ص 7

75 - نزهة الخلدي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ط 2، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، العقد. الإرادة المنفردة. الإثراء بلا سبب، مطبعة تطوان، المغرب، 2015، ص: 123

76 - نزهة الخلدي، م س د، ص: 123



وعليه، يتضح أن نطاق نظرية انتقاص العقد يرتبط أساساً بمحل الالتزام، ولا يمتد إلى باقي عناصر العقد أو بنيته القانونية. فهي تفترض قابلية المحل للانقسام، وتقتصر آثارها على استبعاد الجزء المعيب دون المساس بالتكييف القانوني للعقد، الذي يظل قائماً في صورته الأصلية.

أما نظرية تحوّل العقد، فتتسم بطبيعة مختلفة من حيث الأساس والوظيفة، إذ لا ترتبط بعنصر محدد من عناصر العقد، وإنما تنصرف إلى إعادة تكييفه القانوني. فتمتد بطل العقد في صورته الأصلية لعدم استيفائه شروطه الجوهرية، وتوافرت في الوقت ذاته مقومات عقد آخر صحيح، أمكن تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر.

وبهذا المعنى، لا تقتصر وظيفة نظرية تحوّل العقد على الحفاظ على جزء من العقد، بل تتجاوز ذلك إلى إعادة صياغته القانونية برمّته، عبر نقله من وصف قانوني غير صحيح إلى وصف آخر مستوفٍ لشروط الصحة. فهي بذلك لا تعمل على مجرد إنقاذ العقد، بل على إحيائه في قالب قانوني جديد، يختلف عن بنيته الأصلية، وهو ما يميزها جوهرياً عن نظرية انتقاص العقد التي تظل محصورة في نطاق الاستبعاد الجزئي دون المساس بطبيعة العقد.

## 2: التمييز بين نظرية تحول العقد ونظرية الخطأ في تكوين العقد

ترجع الأصول النظرية لما يُعرف بنظرية الخطأ في تكوين العقد إلى الفقيه الألماني (إبرنج)، الذي قرر مبدأ قوامه أنّ كل متعاقد يُسهم، ولو بحسن نية، في إيجاد مظهر خادع لعقد يتبين بطلانه، على نحو يحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد بصحته، يلتزم—بمقتضى هذا السلوك—بتعويض ذلك المتعاقد عمّا لحقه من ضرر نتيجة اطمئنانه إلى العقد، وذلك بإعادته إلى الحالة التي كان سيؤول إليها لو لم يبرم هذا التصرف أصلاً (77)، وقد اصطلح جانب من الفقه على تسمية هذه النظرية بـ"التعويض الناشئ عن بطلان العقد أو إبطاله" (78).

وتتجلى أهمية هذه النظرية في الفرضيات التي يُفرضي فيها العقد الباطل، أو العقد الذي قُضي بإبطاله (في نطاق البطلان النسبي)، إلى إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين دون أن يكون له أي دور في نشأة سبب البطلان. ففي مثل هذه الحالات، يُقرّ للمضرور بحق الرجوع على المتعاقد الآخر بطلب التعويض جبراً للضرر اللاحق به، ويُعد هذا التعويض من قبيل الأثار العرضية التي قد تترتب عن البطلان أو الإبطال (79)، وقد كرس المشرّع هذا الاتجاه من خلال الربط بين تقرير البطلان أو الإبطال واستحقاق التعويض في نصوص متعددة.

ففي نطاق البطلان، تنصّ المادة 80 من قانون الالتزامات والعقود على أنّ: "المتعاقد الذي كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم عند إبرام العقد، استحالة محل الالتزام، يكون ملزماً بالتعويض تجاه الطرف الآخر"، وهو نص يؤسس لمسؤولية قائمة على الخطأ في مرحلة تكوين العقد. أما في مجال الإبطال، فقد نصّ المادة 496 من القانون ذاته، في سياق تنظيم بيع ملك الغير، على أنه: "إذا رفض المالك إجازة

77 - عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998، ص: 624

78 - يرى الأستاذ عبد القادر العرعري أن نظرية الخطأ في تكوين العقد تُفهم باعتبارها تعويضاً ناشئاً عن بطلان العقد أو إبطاله، بينما يسميها الأستاذ أحمد شكري السباعي بنظرية الخطأ في تكوين العقد. ومع اختلاف التسمية، فإن جوهر الفكرة واحد، إذ يقوم التعويض على الخطأ الواقع أثناء تكوين العقد باعتباره السبب المباشر للمسؤولية. وقد اختلف الفقه حول أساس هذا التعويض، فذهب اتجاه إلى أنه يستند إلى المسؤولية التقصيرية لكون الخطأ غير مرتبط بعقد صحيح، بينما اعتبر اتجاه آخر أنه يقوم على المسؤولية العقدية بالنظر إلى وجود علاقة تعاقدية بين الأطراف رغم ما شابهها من بطلان أو إبطال.

للمزيد حول هذا الموضوع انظر: أحمد شكري السباعي، نظرية البطلان في العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي، ط2، منشورات عكاظ، المغرب، 1987، ص: 389

79 - نفس المرجع، ص: 389 وما بعدها



البيع، جاز للمشتري طلب الفسخ، ويكون البائع ملزمًا بالتعويض إذا كان المشتري يجهل عند التعاقد أن الشيء مملوك للغير"

ومن خلال ما تقدم أعلاه، يتبين أن نظرية الخطأ في تكوين العقد، بوصفها أثرًا عرضيًا للبطلان، تقوم على فكرة التعويض بوصفه جزاءً لجبر الضرر، لا على فكرة إنقاذ العقد أو الإبقاء عليه. فهي لا تروم الحفاظ على العقد كما هو الشأن في نظرية انتقاصه، ولا تسعى إلى إعادة تكييفه القانوني كما تقضي بذلك نظرية تحوُّله، وإنما تنحصر وظيفتها في ترتيب أثر مالي يتمثل في تعويض المتعاقد المتضرر. وبناءً عليه، فإن العقد في إطار هذه النظرية لا يستمر في الوجود القانوني، بل ينقضي أثره بالبطلان أو بالإبطال، دون أن يكون ثمة مجال لإحيائه أو تحويله.

وعلى هذا الأساس، يبرز الاختلاف الجوهرى بين نظرية تحوُّل العقد ونظرية الخطأ في تكوينه، وهو اختلاف مؤسس على الغاية التي تستهدفها كل منهما. فبينما تنصرف نظرية تحوُّل العقد إلى استبدال التكييف القانوني للعقد الذي لم يستجمع عناصر قيامه بتكييف آخر صحيح تتوافر أركانه في ذات التصرف، فإن نظرية الخطأ في تكوين العقد تظل قاصرة على تحقيق غاية تعويضية بحتة، تتمثل في جبر الضرر اللاحق بالمتعاقد حسن النية، دون أن تمتد إلى الإبقاء على العقد أو إعادة بنائه في صورة قانونية جديدة.

#### الفقرة الثانية: ضوابط أعمال نظرية تحوُّل العقد

لا تكتسب نظرية تحوُّل العقد فعاليتها إلا من خلال تفعيلها في الواقع العملي، حيث تنتقل من إطارها النظري المجرد إلى مجال التطبيق، بما يتيح اختبار مدى قدرتها على التفاعل مع الواقع القانوني وتوجهات إرادة الأفراد. ويقتضي هذا التفعيل أن يخضع لمجموعة من الضوابط والشروط التي تمثل الإطار المنهجي لإبرازها في المجال العملي، إذ لا يمكن لهذه النظرية أن تغادر مستواها النظري إلا عبر هذه القنوات المحددة.

وإذا كان العقد يُعد وسيلة لتنظيم التعايش الإنساني وضبط العلاقات بين الأفراد، فإن نظرية تحوُّل العقد تأتي في بعدها التطبيقي كآلية للحفاظ على هذا التعايش داخل إطار قانوني مُعاد تكييفه، بحيث ينتقل العقد الأصلي من حالة البطلان إلى عقد جديد يتأسس على عناصره الممكنة الكامنة فيه.

غير أن هذا التحول لا يُطبق على جميع العقود، بل يقتصر على العقود التي يهددها البطلان نتيجة عدم استيفاء أركانها، أو القابلية للإبطال بسبب اختلال شروط صحة التراضي، وهو ما يحدد نطاق أعمال نظرية تحوُّل العقد، تمهيدًا لتحديد الشروط التي يتوقف عليها أعمالها.

#### أولاً: نطاق أعمال نظرية تحوُّل العقد

يتحدد نطاق أعمال نظرية تحوُّل العقد في الحالات التي تسمح بتفعيلها عمليًا، بما يؤدي إلى نشوء عقد جديد مستمد من عقد أصلي شابه البطلان. وبما أن هذه الحالات قد حددها القانون، فإن البحث فيها يقتضي الالتزام بالإطار التشريعي الذي وردت ضمنه، مع الوقوف على مدى دقة القانون الموريتاني في تنظيمه لهذه النظرية وتنصيبه عليها.

وفي هذا السياق، يتبين أن صور أعمال نظرية تحوُّل العقد تنحصر أساسًا في حالتين رئيسيتين، تتمثلان في بطلان العقد (1) أو قابليته للإبطال (2)، وهما الإطاران اللذان تتحرك ضمنهما هذه النظرية لتحقيق أثرها القانوني.

## 1: بطلان العقد كـمجال لإعمال نظرية تحوّل العقد

يُشكّل بطلان العقد المجال الأصيل لتطبيق نظرية تحوّل العقد، إذ يقوم هذا الأخير على فكرة إعادة بناء العلاقة التعاقدية انطلاقاً من عقد أصلي معيب. فالبطلان لا يُعد نهاية مطلقة للعقد، بل قد يُفضي—إذا توافرت شروط معينة—إلى ميلاد عقد جديد يستمد مقوماته من العناصر السليمة الكامنة في العقد الأصلي. وقد كرّس المشرّع هذا التوجّه في المادة 322 من قانون الالتزامات والعقود، التي نصت على أنه: «إذا بطل الالتزام باعتباره ذاته، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير»، وهو ما يفيد أن مجال التحوّل يظل محصوراً في العقود الباطلة القابلة لإعادة التكييف.

وفي مقابل ذلك، يظل العقد الصحيح بمنأى عن تطبيق هذه النظرية، إذ متى استجمع أركانه واستوفي شروط صحته، فإنه ينتج آثاره القانونية بصورة عادية ولا يكون محلاً لأي تحويل، بغض النظر عن تكييفه أو طبيعته.

وفي ضوء هذا الإطار، يمكن ضبط أهم الشروط المرتبطة بإعمال نظرية تحوّل العقد كما يلي:

- يُعد تحقق البطلان وقت إبرام العقد معياراً حاسماً لإعمال النظرية، بحيث ينبغي أن يكون العقد باطلاً منذ نشأته (80)، لا أن يطرأ عليه سبب لاحق يفقده آثاره، إذ إن الحالات اللاحقة لا تُبرر اللجوء إلى التحوّل (81)
- كما أن مجال التحوّل ينعقد في حالة غياب عقد قائم، كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات غير المكتملة أو المنعدمة، حيث لا يرتب القانون عليها أي أثر (82)، وبالتالي تنتفي إمكانية تحويلها لغياب الإرادة التعاقدية التي تُعد أساساً لذلك (83)، وينسحب الحكم ذاته على التصرفات الصادرة عن عديمي الأهلية أو من لا يملكون صلاحية التعاقد (84)
- ويشترط كذلك أن يكون البطلان شاملاً للعقد بأكمله (85)، فإذا اقتصر على جزء منه وكان هذا الجزء قابلاً للانفصال، فإن المجال يكون لإعمال نظرية انتقاص العقد وفقاً للمادة 321 من قانون الالتزامات والعقود، حيث يُستبعد الجزء الباطل ويُبقى على الجزء الصحيح، أما إذا كان الجزء غير قابل للانفصال، فإن البطلان يمتد إلى العقد كله، مما يفتح المجال لتطبيق نظرية التحوّل (86)
- ولا يُتصور تطبيق التحوّل على عقد صحيح، إذ لا يجوز تحويل عقد مستوفٍ لشروط صحته إلى عقد آخر، حتى ولو توافرت فيه عناصر هذا الأخير (87)

80 - لجيبب الدقاق، م س د، ص: 157

81 - لأن كان ذلك هو الرأي الفقهي الراجح، إلا أن هناك رأي يرى عكس ذلك يقول بإمكانية إجراء التحوّل حتى مع الاستحالة تنفيذ العقد فجأة

82 - أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة على ضوء المادة 133 من القانون المدني المصري، أطروحة لنيل الدكتوراه بجامعة روبرتو كارولا هيدلج بألمانيا، 1955، ص: 107 وما بعدها

83 - الحبيب الدقاق، م س د، ص: 155

84 - نفس المرجع ونفس الصفحة

85 - محمد مومن، مقارنة بين بطلان العقود وإبطالها في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مجلة الأملاك، ع9، المغرب، 2011، ص: 20

86 - أحمد شكري السباعي، م س د، ص: 383

87 - رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، د ط، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2005، ص: 55

• وأخيراً، فإن حالات البطلان التي تُعد مجالاً لإعمال التحول تظل محصورة فيما نص عليه القانون، حيث تقرر المادة 319 من قانون الالتزامات والعقود أن العقد يكون باطلاً إذا تخلف أحد أركانه أو إذا نص القانون صراحة على بطلانه، وهو ما يشمل كذلك الأركان المحددة في المادة 23، إضافة إلى بعض الحالات الخاصة التي يقرر فيها المشرع البطلان، كالتصرف في تركة شخص على قيد الحياة (م81)، واشتراط الفائدة بين الأشخاص الطبيعيين (م814)، والتصرفات المرتبطة بالشعوزة (م711).

وعليه، فإن بطلان العقد، بدل أن يكون مجرد سبب لانعدامه، قد يتحول—في ظل هذه الضوابط— إلى أساس لإعادة تشكيله في صورة قانونية صحيحة.

## 2: إبطال العقد كمجال لإعمال نظرية تحول العقد

يثير هذا الطور إشكالية دقيقة تتعلق بمدى صلاحية العقد القابل للإبطال لأن يكون محلاً لنظرية التحول قبل صدور الحكم بالإبطال، وقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين رئيسيين:

• **الاتجاه الأول (الرافض للتحول):** يرى أن العقد القابل للإبطال، قبل تقرير إبطاله، يعد عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية (88)، شأنه شأن العقد الصحيح تماماً، مع فارق وحيد يتمثل في وجود عيب يهدد بقاء القانوني. وبناءً على ذلك، فإن التحول لا يمكن أن يرد إلا على العقود الباطلة، باعتبار أن العقد الصحيح—ولو كان قابلاً للإبطال— لا يجوز المساس بكيانه القانوني قبل زواله، ومن ثم لا محل لإعمال نظرية التحول عليه. (89)

• **الاتجاه الثاني (المؤيد للتحول):** يذهب إلى أن العقد القابل للإبطال صالح للتحول حتى قبل تقرير إبطاله، على أساس أن العيب الذي يشوبه قائم منذ نشأته، ومن ثم يجوز إعمال التحول ابتداءً من هذه اللحظة. كما يؤكد أن التمييز بين تعيب الأركان وتعيب شروط الصحة لا يغير من طبيعة الأثر، فكلاهما ينتهي إلى جزاء البطلان، مما يبرر إمكانية التحول في الحالتين (90)

ومع ذلك، فإن الرأي الراجح يميل إلى اعتبار العقد القابل للإبطال عقداً صحيحاً من حيث الأصل، وإن كان مهدداً بالزوال بسبب عيب يشوبه، ومن ثم فإنه يُعامل معاملة العقد الصحيح المنتج لآثاره إلى حين تقرير إبطاله من ذي صفة. كما أن نظام تحول العقد يقوم على افتراض وجود عقد باطل يمكن إنفاذ إرادة المتعاقدين فيه عبر إعادة تكييفه في صورة قانونية صحيحة، وهو ما لا يتحقق طالما ظل العقد قائماً وقابلاً للإجازة أو التصديق وفقاً للمواد 330-331 من ق ل ع.

وبذلك، فإن المجال الطبيعي للعقد القابل للإبطال في هذه المرحلة ليس التحول، وإنما الإجازة أو التصديق باعتبارهما الواسيلتين القانونيتين للحفاظ على العقد واستقراره.

## ب: مرحلة ما بعد تقرير إبطال العقد القابل للإبطال

يُعد من المسلم به فقهاً وقضياً أن إبطال العقد يرتب، في الأصل، إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، بما يقتضي محو آثاره القانونية كلياً وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد

88 - أحمد يسري، م س د، ص: 131

89 - نفس المرجع، ص: 165

90 - رأفت دسوقي، م س د، ص: 76



(91)، ويترتب على ذلك أن العقد القابل للإبطال، متى صدر حكم بإبطاله، يُعامل كأنه لم يوجد منذ البداية، إذ ينقلب إلى وضعية البطلان بأثر رجعي، فيزول كيانه القانوني ويُفقد كل آثاره ابتداءً من تاريخ نشأته، شأنه في ذلك شأن العقد الباطل ابتداءً.

ومن ثم، فإن هذا الأثر الرجعي للإبطال يُفضي إلى مساواة العقد المقرر إبطاله بالعقد الباطل من حيث النتيجة القانونية، وهو ما يفتح المجال أمام إعادة تكييفه في إطار نظرية تحول العقد. فمتى انعدم العقد قانوناً بأثر رجعي، أمكن النظر إليه بوصفه واقعة قانونية مجردة من أثرها الأصلي، تتضمن في ذاتها - في بعض الحالات - عناصر تصرف قانوني آخر صحيح يمكن استخلاصه وإعادة بنائه في صورة عقد جديد مستوفٍ لشروطه.

ولهذا الاتجاه سند فقهي معتبر، إذ يذهب غالب الفقه إلى جواز سريان نظرية تحول العقد على العقود التي تقرر بطلانها أو إبطالها، على اعتبار أن زوالها بأثر رجعي يحقق الشرط الجوهرى لإعمال التحول، والمتمثل في انعدام الأثر القانوني للعقد الأصلي، بما يسمح باستبداله بتكييف قانوني آخر أكثر استقراراً وفعالية (92).

#### ثانياً: شروط إعمال نظرية تحول العقد

يُعدّ البطلان المجال الأصلي لتطبيق نظرية تحول العقد، مع امتدادها في نظر بعض الفقه إلى العقد القابل للإبطال. فهذه النظرية لا يتصور قيامها في فراغ قانوني، وإنما تفترض وجود تصرف قانوني غير صحيح، سواء كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، باعتباره نقطة الانطلاق لإعادة التكييف القانوني نحو صورة جديدة أكثر استقراراً وفعالية.

ومن هذا المنظور، يشكل العقد غير الصحيح الأساس الذي يُبنى عليه التحول من التكييف القانوني الأصلي المعيب إلى تكييف قانوني آخر مستقل، يستمد مقوماته من عناصر العقد الأول. وبناءً عليه، فإن إعمال نظرية تحول العقد يقتضي توافر شرطين متلازمين: أن تتوفر شروط صحة العقد الثاني في العقد الأول (1)، وأن تتجه إرادة المتعاقدين، صراحة أو ضمناً، إلى اعتماد مضمون هذا العقد البديل وقبوله (2).

#### 1: توفر شروط صحة العقد الثاني في العقد الأول

نصت المادة 322 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "إذا بطل الالتزام باعتباره ذاتاً، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير"، وهو ما يفيد أن مجال إعمال نظرية تحول العقد يفترض أن يتضمن التصرف الباطل أو القابل للإبطال مقومات موضوعية كافية لقيام عقد آخر صحيح، بحيث يتم استنباط هذا الأخير من عناصر العقد الأول دون اللجوء إلى عناصر خارجية (93)

ويترتب على ذلك أن التحول يقوم على مبدأ الاكتفاء الذاتي للعقد الباطل أو القابل للإبطال، من حيث اشتماله على العناصر الجوهرية التي يتطلبها العقد البديل. ويتجلى هذا المبدأ بوضوح في حالة الورقة الرسمية التي يشوبها عيب شكلي يؤدي إلى بطلانها، حيث يمكن أن تتحول إلى محرر عرفي متى توافرت

91- جاء في المادة 329 من ق ل ع " يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله..."

92- أحمد شكري السباعي، م س د، ص:435، والحبيب الدقاق، م س د، ص:167

93- عبد القادر العرعري، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة الأمنية. الرباط، المغرب، الطبعة الرابعة 2014. ص:311

شروطه، وفق ما قررته المادة 420 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أن: "الورقة التي لا تصلح لأن تكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محرراً عرفياً، إذا كان موقعاً عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة".

ومن ثم، فإن من المبادئ المستقرة في هذا المجال أنه لا يجوز استكمال العقد الجديد بعناصر أجنبية عن العقد الباطل (94)، إذ يتعين أن تكون عناصر العقد المحوّل إليه كامنة ومندرجة ضمن البنية التكوينية للعقد الأصلي. فالعقد الباطل، رغم انعدامه من حيث الأثر القانوني، قد يشتمل على مقومات عقد آخر صحيح، كما هو الشأن في البيع بثمن تافه الوارد في محرر رسمي، حيث يمكن استخلاص عناصر عقد الهبة، ولا سيما نية التبرع، والأهلية - متى ثبتت - فضلاً عن الشكل الرسمي، وهي العناصر المكونة لهذا العقد. أما إذا خلا العقد الباطل من أحد العناصر الجوهرية للعقد البديل، انتفى مجال التحول ابتداءً (95).

غير أن إدراج العقد القابل للإبطال ضمن نطاق نظرية التحول يثير إشكالاً دقيقاً على مستوى هذا الشرط، ذلك أن أسباب الإبطال غالباً ما تمس الأركان العامة للعقد كما حددتها المادة 23 من قانون الالتزامات والعقود، وعلى وجه الخصوص عنصر الرضى باعتباره الركن الجوهري في البناء التعاقدية، والذي قد يُصاب بعيوب الإرادة المؤثرة في وجوده أو صحته.

وفي هذا السياق، يطرح التساؤل حول مدى إمكانية افتراض قيام عقد بديل صحيح في حين أن الركن الذي يقوم عليه (الرضى) لم يسلم من العيب. ذلك أن الرضى لا يُعد عنصراً قابلاً للاستبدال أو الإهمال في أي بنية تعاقدية، بل يشكل الأساس الذي يقوم عليه الارتباط العقدي، بما يجعل أي خلل فيه مؤثراً في كيان العقد برمته.

وعليه، فإن العقد القابل للإبطال لا يُفترض فيه انعدام الأركان، وإنما وجودها مع اختلال في صحتها، وهو ما يخرجها عن منطلق نظرية التحول التي تفترض وجود عقد منعدم الأثر يمكن استثمار عناصره لتأسيس عقد جديد مستقل. أما في حالة العقد القابل للإبطال، فإن بقاء الأركان قائماً - وإن شابته عيوب - يجعل الإطار القانوني الأنسب هو نظام الإجازة أو الإبطال، لا إعادة التكييف في إطار التحول.

## 2: وجوب انصراف الإرادة المحتملة للمتعاقدين إلى العقد الجديد

لم ينص المشرع الموريتاني صراحة في المادتين 322 و420 من قانون الالتزامات والعقود على شرط انصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد، غير أن هذا الإغفال لا يمكن أن يُفهم على أنه استبعاد له، إذ استقر الفقه على أن إعمال نظرية تحول العقد يفترض، إلى جانب الشروط الموضوعية، قيام عنصر إرادي مفترض يتمثل في انصراف نية المتعاقدين إلى تبني مضمون العقد البديل لو علموا ببطلان العقد الأصلي (96).

ومقتضى ذلك أن إرادة المتعاقدين تُفهم على مستويين متمايزين: إرادة واقعية اتجهت إلى إبرام العقد الأصلي، وإرادة محتملة أو مفترضة كان من شأنها أن تنصرف إلى العقد الجديد لو تبين للطرفين اختلال

94 - أحمد شكري السباعي، م س د، ص: 384

95 - عبد الرزاق السنهوري، م س د، ص: 636

96 - أحمد شكري السباعي، م س د، ص: 441



العقد الأول. فالمتعاقدان، وإن لم يقصدا ابتداءً العناصر المكوّنة للعقد البديل في مجموعها، إلا أنه يُفترض أنهما كانا سيقبلانه لو علما ببطلان العقد الأصلي، طالما أن عناصره كانت محل قبول منفصل ضمن التعاقد الأول. ومن ثم، يلتزم القاضي بالتحقق من أن المتعاقدين كانا سيُقرّان بالعقد الجديد رغم بطلان العقد الأصلي (97).

وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الإرادة، فذهب اتجاه إلى اعتبارها إرادة محتملة أو مفترضة أو مستنتجة، وذهب آخر إلى وصفها بالإرادة الإضافية أو الاحتياطية، في حين أسس بعض الفقه التحول على فكرة انعدام الإرادة، غير أن التكييف الأرجح يقوم على التمييز بين إرادة حقيقية انصرفت إلى التصرف الباطل، وإرادة مفترضة أو غائية تعكس الهدف الاقتصادي الذي توخّاه الطرفان، وهو الاعتبار الذي تقوم عليه فلسفة نظرية تحول العقد (98).

### الخاتمة:

يُستفاد من مجمل ما سبق أن نظرية تحوّل العقد تُعدّ من أهم الآليات التي سعى من خلالها القانون المدني إلى التخفيف من حدّة البطلان، عبر الانتقال من منطق الإهدار الكلي للتصرف القانوني إلى منطق الإنقاذ الجزئي أو الكلي متى توافرت مقومات ذلك. فهي تعبّر عن توجه حديث يوازن بين الاعتبارات الشكلية الصارمة التي يقوم عليها نظام البطلان، وبين متطلبات العدالة واستقرار المعاملات، من خلال الحفاظ على الغاية الاقتصادية للعقد متى أمكن استخلاصها من عناصره.

غير أن الدراسة أظهرت، في إطار قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، أن هذه النظرية – رغم إقرارها تشريعيًا – لا تزال تعاني من نوع من الغموض على مستوى الضبط المفاهيمي وحدود التطبيق، خاصة فيما يتعلق بتحديد شروطها بدقة، وتبيان نطاق سريانها، ولا سيما في علاقتها بالعقد القابل للإبطال. كما أن الطابع التقديري لبعض عناصرها، وعلى رأسها الإرادة المحتملة، يجعل تطبيقها القضائي عرضة للتباين، بما قد يؤثر على الأمن القانوني.

ومن هذا المنطلق، تبرز الحاجة إلى إعادة قراءة هذه النظرية في ضوء خصوصيات النظام القانوني الموريتاني، وذلك من خلال:

- تدقيق الصياغة التشريعية: عبر مراجعة المادة 322 بما يضمن بياناً أكثر تحديداً لشروط التحول، وخاصة ما يتعلق بمعيار استخلاص العقد الجديد من عناصر العقد الباطل، وحدود الاعتماد على الإرادة المحتملة.
  - حسم نطاق التطبيق: من خلال النص صراحة على موقف المشرع من مدى قابلية العقد القابل للإبطال للتحول، مع ترجيح قصر ذلك – إن أخذ به – على مرحلة ما بعد تقرير الإبطال، اتساقاً مع الأثر الرجعي له.
  - تعزيز الانسجام بين النظم القانونية: من خلال توضيح العلاقة بين نظرية تحوّل العقد ونظريات أخرى كالإجازة وانتقاص العقد، منعاً للتداخل وضماناً لوحدّة البناء القانوني.
- وبناءً عليه، فإن نظرية تحوّل العقد، رغم طابعها الاستثنائي، تمثل أداة فعالة لتدارك آثار البطلان وإعادة توظيف التصرفات القانونية ضمن أطر مشروعة، غير أن فعاليتها تظل رهينة بمدى وضوح تنظيمها التشريعي ودقة توظيفها القضائي، بما يكفل تحقيق التوازن بين حماية الإرادة العقدية وضمان استقرار المعاملات.

97 - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع نفسه، 636، وعبد القادر العرعاري، م س د، ص: 311

98 أحمد شكري السباعي، م س د، ص: 386



## المراجع:

## أولاً: الكتب

- أبو ستيت، أحمد حشمت، *نظرية الالتزام في القانون المدني المصري*، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1932.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، ج2، دار الحديث، مصر، د.ت.
- البعلي، عبد الحميد محمود، *دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون*، دار الشؤون الإسلامية، الإمارات، 2009.
- تناغو، سمير عبد السيد، *مصادر الإلزام*، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- الخلدي، نزهة، *الموجز في النظرية العامة للالتزام*، ط2، مطبعة تطوان، المغرب، 2015.
- دسوقي، رأفت، *تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح*، دار شتات، القاهرة، 2005.
- الرازي، أحمد بن محمد، *مختار الصحاح*، تحقيق محمود خاطر، بيروت، د.ت.
- الزبيدي، محمد بن محمد، *تاج العروس*، ج7، دن، د.ت.
- السباعي، أحمد شكري، *نظرية البطلان في العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي*، ط2، منشورات عكاظ، المغرب، 1987.
- السباعي، أحمد شكري، *نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن*، ط2، منشورات عكاظ، الرباط.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، 1964.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، *نظرية العقد*، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998.
- الشيباني، عالي كاظم، *تحول العقد في نطاق القانون المدني*، ط1، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2015.
- سلطان، أنور، *الوجيز في النظرية العامة للالتزامات*، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- العرعاري، عبد القادر، *مصادر الالتزام: نظرية العقد*، مطبعة الأمنية، الرباط، ط4، 2014.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد، *كتاب العين*، ج3، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دن، د.ت.
- محمد الزين، *النظرية العامة للالتزام: العقد*، ط2، تونس، 1997.

## ثانياً: الرسائل الجامعية

- الدقاق، الحبيب، *التصرفات القانونية*، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1992.
- خمار، ناريمان، *تحول العقد في القانون المدني الجزائري*، رسالة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.
- حبيبي، محمد، *نظرية انتقاص التصرف القانوني في التشريع المغربي*، رسالة ماستر، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2019.



- سليم، أمل، تحول العقود في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة تونس المنار، 2006 .
- يسري، أحمد، تحول التصرف القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة هايدلبرغ، ألمانيا، 1955 .

#### ثالثاً: المقالات

- البعلي، عبد الحميد محمود، تحول العقود وإعادة تكييفها، مجلة الكويت العالمية، ع155، 2015 .
- بن السعود الصرامي، عبد اللطيف، قاعدة "مالا يدرك كله لا يترك جله" تأصيلاً وتطبيقاً، مجلة جامعة الإمام، العدد 6، 1429 هـ .
- مومن، محمد، مقارنة بين بطلان العقود وإبطالها في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مجلة الأملاك، ع9، 2011 .