وزارة التعليـــم العالـــي والبحـــث العلمـــي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم :القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

إنحلال العقد بالفسخ

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القضائي

من إعداد الطالبة :

لتيقي فيروز

تحت إشراف الدكتور :

زواتين خالد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة	بنور سعاد	رئيسا
الدكتور	خالد زواتين	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن عوالي علي	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم:. 2021/07/04

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى :

" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"أمي "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي "

أطال الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى روح جدتي الغالية و جدي و خالتي و إبنة خالتي رحمهم الله و أسكنهم فسيح جناته

و رحم الله جميع الموتى

إلى أستاذ **" زواتين خالد"** و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذي الفاضلة

" زواتين خالد"

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

يعتبر العقد من التصرفات القانونية المهمة في ميدان المعاملات و هو مصدر من مصادر الالتزام و أكثر المصادر الإدارية أهمية و في إنشاء الالتزامات أو نقل أو تعديل أو إنهاء الحقوق الشخصية و لقد شرعت العقود في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد و تحقيق رغباتهم باعتبارها الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق بها بعض مصالحة الاقتصادية و الاجتماعية مادامت مصلحة مع النظام العام و الآداب العامة [1].

فإذا نشأ العقد صحيحا بين المتعاقدين وفقا للأركان و الشروط التي يحددها القانون خاصة إذا كنا بصدد عقد ملزم فإنه يلزم كل متعاقد بتنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته و همو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كاحترام القانون ، و يترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن أو يتحلل منه و لا يمكنه تعديله ما لم يسمح به القانون أو الاتفاق.

و إذا كان القانون قد أعطى أهمية كبرى لمرحلة تكوين العقد فإن عنايته لا تنقل عن عنايته بتكوينه ، لأن المتعاقد الذي يلتزم في مواجهة غيره يهدف من وراءه دخوله في العلاقة التعاقدية إلى الحصول على مقابل ما إلتزم به، الأمر الذي يقتضي سعي الطرفين المتعاقدين إلى إدخال العقد حيز التنفيذ لأن الأجل في إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها.

و عليه فإذا كان الأثر القانوني في المترتب على صحة انعقاد العقد هو تنفيذ بما يتفق و قصد المتعاقدين ، غير أنه يحول دون ما يمنح تنفيذه كأن يحل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، أو إستحال عليه ذلك نتيجة تدخل سبب أجنبي.

1- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص05.

ففي هذه الحالة فأن المتعاقد الآخر يكون يدعو إلى القلق و عدم الارتياح إن يجد نفسه ملتزما نحو الطرف الآخر الناحية القانونية لأنه في العقد ، و العقد لا يزال قائما ، و يجد نفسه أيضا من الناحية العملية لا يستطيع الحصول على الأداء الذي التزم من أجله ، إما لأنه قد صار مستحيلا أو لأن الطرف الآخر لا يريد القيام بتنفيذ التزامه.

ففي هذه الحالة لا يبقى أمام الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ إلا حل الرابطة التعاقدية التي تربطه بالمدين المخل التزامه ليتخلص بدوره من الإلتزمات الملقاة على عائقه الأمر الذي يجعل الدائن في مركز أقوى لأن القانون قد منحه حقا للمطالبة بفسخ العقد و يكون له هذا الحق إنشاء إلى الأحكام الخالصة بالفسخ المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

إذا كان القانون يخول للدائن الحق في التحلل من العقد عند عدم تنفيذ الطرف الآخر الالتزامه المقابل، ذلك حماية له من المخاطر والأضرار التي قد تصيبه من جراء عدم التنفيذ، فانه وضع ضوابط قانونية تمنع طالب الفسخ من التعسف في استعمال حقه. لان تعسف الدائن في طلب الفسخ من شانه أن يقضي على استقرار المعاملات بين الأطراف المتعاقدة، الأمر الذي جعل القانون يحمي العلاقات العقدية عن طريق تخويل القضاء صلاحية التدخل مما يحد من حق الدائن في الفسخ.

* فما هي أحكام فسخ العقد في ضوء القانون المدني الجزائري؟

* فيما تتمثل سلطة القاضي في حل الرابطة التعاقدية؟

تقسيمات الدراسة :

لقد قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين بعد مقدمة عامة حيث سنستعرض في الفصل الأول حل الرابطة التعاقدية والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين ، فيتضمن المبحث

الأول ماهية الفسخ وانواعه، أما المبحث الثاني فيتضمن خيارات الدائن في حل الرابطة التعاقدية .

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لسلطة القاضي التقديرية في حل الرابطة التعاقدية والذي يتضمن مبحثين حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا قضائيا و في المبحث الثاني سلطة القاضي في إقرار الفسخ الإتفاقي.

الفصل الأول
حل الرابطة التعاقدية

تمهيد :

المبدأ العام أن العقد يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ له في كل ما يحتويه من بنود لأنه يعد بمثابة قانون لهم بحيث لا يستطيع أحدهما تعديله إلا بوجود نص قانوني أو اتفاق يقضي بذلك. إذ يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، شرف التعامل ونزاهة العقد[1].

ولكن قد يحول دون تحقيق هدف المتعاقدين أمرا عارض يؤدي إلى حل الرابطة التعاقدية و زوال كل أثر لها و قد يرجع ذلك لسبب أجنبي كما قد يكون نتيجة عدم رغبة المدين في تنفيذ التزاماته. وهنا يترتب الفسخ كجزء لذلك[2].

وعدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية يعطي للدائن إمكانية حل الرابطة العقدية وذلك باستعمال حق طلب الفسخ ليتخلص هو الآخر من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد.

1- المادة 106 من القانون المدني الجزائري.
2- ابراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر1995. ص 131

المبحث الأول:: ماهية الفسخ

في حالة امتناع المدين عن القيام بما رتبه العقد في ذمته من التزامات يلجأ الدائن إلى طلب التحلل من الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين و على هذا الأساس أصبح الفسخ نظاما قانونيا يحمي مصالح الدائنين و له عدة أسس قانونية.

المطلب الأول: مفهوم الفسخ و أساسه القانوني

إن أول سؤال يتبادر إلى الأذهان عند دراسة موضوع الفسخ هو ماذا نعني بالفسخ لذا يجب تعريفه أولا ثم دراسته.

الفرع الأول: تعريف الفسخ و تمييزه عن الأنظمة المشابهة

أولا: تعريف الفسخ:

فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية بناءا على طلب أحد طرفي العقد إذا ما أخل الطرف الآخر بالتزاماته فالفسخ جراء إخلال العاقد بالتزاماته ليتحرر العاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها العقد، وهو بذلك يعتبر أحد طرق انحلال العقدا. [1]

وهو نظاما قانونيا يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، وهو يتمثل في الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته و معناه حق كل متعاقد في العقود اللازمة للجانبين في أن يطلب إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته حل الرابطة العقدية كي يتخلص هو الآخر من الالتزام الملقى على عاتقه ويكون ذلك بأثر رجعي بسبب عدم التنفيذ. [2]

1- توفيق حسن فرج مصادر وأحكام الالتزام، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2009. ص 328.
2- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 300.

ثانيا: تمييز الفسخ عن الأنظمة المشابهة:

توجد إلى جانب الفسخ أنظمة قانونية أخرى تهدف و بطرق مختلفة إلى تحقيق نفس الغاية التي يحققها الفسخ و هي حماية القوة الملزمة للعقد.

ولما كان الفسخ ليس السبيل الوحيد لحل الرابطة التعاقدية لأنه يوجد أنظمة أخرى يؤدي تطبيقها إلى انحلال العقد، لذلك رأينا أنه من الضروري استعراض بعض الأنظمة في المجالات الذي يختلف فيه الفسخ عنها و ذلك على النحو التالي:

أ- تمييز الفسخ عن البطلان:

إن العقد إما أن يكون صحيحا و إما باطلا بطلان مطلق أو قابل للإبطال أو موفقا ولكي يكون العقد صحيحا لابد أن تكون جميع أركانه متوفرة، وسلمت من خلل الذي قد يجعلها معيبة و على هذا نص المشرع الجزائري في المواد من 59 إلى 98 من القانون المدني على القواعد و الشروط اللازمة لاعتبار العقد صحيحا، ثم نص على الجزاء المترتبعند عدم احترام هذه القواعد في المواد 99 إلى 105 من القانون المدني وتضمنت هذه المواد نظرية البطلان الذي يؤدي إلى انعدام الأثر القانوني لكل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط الصحة جزاء البطلان يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف نوع القاعدة القانونية التي أوجبها المشرع و لم تراع في العقد[1]. بحيث إذا تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف فيه شرط من شروط صحته أو إذا نص القانون على ذلك كان الجزاء هو البطلان و لكن إذا توفرت جميع أركانه لكن أحد المتعاقدين ناقص الأهلية مثلا: كان الجزاء أقل صرامة و هو قابلية العقد للإبطال[2]. و يختلف البطلان عن نظام الفسخ من عدة نواح و هي:

1- عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1991، ص84.
2- محمد جبار، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه جامع الجزائر، ص 71.

1 – من حيث السبب:

سبب الفسخ يرجع إلى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، أما سبب البطلان فإنه يرجع إلى تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته أو في حالة وجود نص بذلك في حالة البطلان المطلق النسبي فان السبب يرجع إلى أن إرادة أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو فيه عيب من عيوب الإرادة و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري. [1]

2 – من حيث الوصف:

* يترتب الفسخ على العقد بعد أن ينشأ صحيحا و ينتج آثاره القانونية منذ تكوينه. [2]

* أما البطلان المطلق فيترتب على العقود التي لم تتكون تكوينا سليما منذ إبرامها[3].

* إذن الفسخ يكون لاحق لإبرام العقد أما البطلان يكون معاصرا لتكوينها من حيث وجوده[4] .

3 –من حيث النطاق:

نظرية البطلان أوسع من نظرية النسخ، فالفسخ يكون العقد صحيحا و لكن توجد واقعة بعد نشوءه هي التي أجازت طلب فسخه و هي عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أما البطلان لا يكون لعدم التنفيذ كما أن البطلان يكون في العقود الملزمة لجانب واحد أو جانبين.

1- المواد من 119-120-121 المتعلقة بالفسخ، و المواد 81 إلى 97 المتعلقة بالبطلان، من القانون المدني الجزائري.
2- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على الماجيستر في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1986، ص 84.
3- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 101
4 - GILLES CARNOY, la mullité ou la révolution du contrat p2 .

ثالثا: الفسخ و المسؤولية العقدية:

يقصد بالمسؤولية العقدية الجزاء الذي يرتبه القانون نتيجة عدم قيام المدين بالتزاماته، و لما كان الفسخ نفسه هو عبارة عن جزاء يرتبة القانون على المدين المقصر في تنفيذ التزامه فهو يلتقي بالمسؤولية العقدية إذ يعتبران جزاءين يرتبها القانون في الحالتين.

و لكي تقوم المسؤولية العقدية لابد من وجود عقد صحيح و لم يقم المدين بتنفيذه، والمقصود من التنفيذ الذي يترتب على تخلف المسؤولية العقدية هو التنفيذ العيني كقاعدة عامة غير أن التنفيذ العيني قد يتعذر سواء بسبب تعنت المدين أو استحالة التنفيذ وحينئذ تقوم المسؤولية العقدية، فيمكن للدائن المطالبة بالتعويض كجزاء عن عدم التنفيذ.

وبذلك يتقرر الجزاء الذي نص عليه القانون لفائدة الدائن ضد المدين في مجال العقود سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو الفسخ و هذا ما يربط النظامين، غير أن هناك اختلاف بينهما وتكمن هذه الفوارق من حيث الجزاء، الضرر، الأثر القانوني في أساس التعويض.

أ- من حيث الجزاء:

إن الفسخ و المسؤولية العقدية كلاهما جزاء يرتبة القانون على المدين لعدم التنفيذ للالتزامات التعاقدية، ويستوي أن يكون سبب الانحلال لدى الدائن يرجع إلى المدين نفسه أو لسبب أجنبي فحقه لا يسقط في الحالتين. [1]

1 - fabrik netu << L'inexécution contractuelle et faute délictuelle >>RRJ, DROIT PROSPECTIF, PRESSE UNIVERSITAIRE D'AIX-MARSEILLE, PUAM,2005,P108-136 CF P 109.

أما لو استعمل الدائن حقه عن طريق المسؤولية العقدية يختلف الأمر بين عدم التنفيذ الذي يرجع إلى المدين و عدم التنفيذ الراجع إلى سبب أجنبي الذي لابد للمدين فيه أن تقوم المسؤولية العقدية في الحالة الأولى تنتفي في الحالة الثانية في حيث أن الفسخ يبقى دائما قائما. المادة 176 ق م.

ب- من حيث الضرر:

يعتبر الضرر شرط لقيام المسؤولية العقدية فإذا تخلف الضرر فلا تقوم المسؤولية العقدية و لو لم ينفذ المدين التزامه، بينما يكفي عدم التنفيذ لقيام حق الفسخ ولو لم يلحق الدائن ضرر جراء عدم التنفيذ. لأن الفسخ لم ينشأ من أجل جبر الضرر، وغنما لحل رابطة تعاقدية إذا أخل أحد الطرفين فيها بالتزاماته بغض النظر عن وقوع الضرر من عدمها. [1]

غير أن القول لا يعني أن الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي هي سبب الفسخ لا ترتب ضررا للدائن في جميع الحالات، يتحقق الضرر ورغم ذلك فإن الفسخ الذي يلجأ إليه الدائن لا يكو سببه الضرر، وإنما عدم التنفيذ في حد ذاته، وهو ما يمكن استخلاصه من المادتين 119 و 120 من القانون المدني.

ج- من حيث الأثر القانوني:

يختلف نظام الفسخ عن المسؤولية العقدية من حيث الآثار القانونية التي يترتب عنه ذلك أن تحقق المسؤولية العقدية لا تعتبر حلا للعقد بل العكس تنفيذا له عن طريق التعويض، وغاية ما في الأمر أنه تم استبدال التنفيذ العيني وهو الأصل بالتنفيذ عن طريق التعويض. في حين أنه إذا تحقق الفسخ بصورتيه القضائي و الإتفاقي فإن العقد يصبح منحلا تزول تبعا لذلك كل آثاره بأثر رجعي، فيعاد كل من الطرفين إلى الحالة

1 - PHILIPE LE TOURNAU, DROIT DE LA RESPENSABILITE ET DES CONTRAS, DALLOZ, PARIS, 2EME ED, 2006, P260.

التي كان عليها قبل التعاقد مما يدل دلالة قاطعة على أن ذلك لا يعتبر تنفيذا له كما هو الشأن في المسؤولية العقدية.

رابعا: الفسخ وعدم النفاذ

لا يعتبر نظام الفسخ النظام الوحيد الذي جاء به القانون المدني لحماية الدائن ضد المدين بل إلى جانب ذلك نجد المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن، فقد يحدث أن يبرم التعاقدان عقدا معينا وفقا للقانون فيكون العقد صحيحا منتجا لأثاره القانونية، لكن المدين يتعمد قبل أن ينفذ العقد إلى بيع أمواله الظاهرة ليخفي ثمنها عن الدائنة. [1]

وعلى هذا الأساس قررت القوانين المدنية العربية منها والغربية أن تصرفات المدين في هذه الحالة لا تسري في مواجهة الدائن، وقد نظم المشرع الجزائري عدم النفاذ في كثير من المجالات في القانون المدني، ففي مجال العقود الصحيحة المادة 119 من القانون المدني يجيز للدائن الذي له حق مستحق الأداء، يطلب عدم نفاذ تصرفات مدنية إلي تضر بحقه إذا كان قد قام بهذا التصرف بقصد الإضرار به فالقانون أجاز للدائن اللجوء إلى استعمال الدعوى البوليصة إذا توفرت شروطها، فهي تحقق له عدم في حقه مع بقاء العقد منتجا لآثاره فيما بين عاقديه[2].

أ- من حيث الأثر القانوني:

يختلف الفسخ عن عدم النفاذ أن هذا الأخير لا يؤثر بأي حال من الأحوال على العقد بل يبقى صحيحا منتجا لآثاره القانونية أما الفسخ فإنه يمحو العقد و كل ما يترتب عليه من التزامات تعاقدية بأثر رجعي.

1- عبدالكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986، ص 139.

2- عبدالكريم فوده، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص140.

ب- من حيث صاحب الحق:

في الفسخ يقتصر الحق بالتمسك به على طرفي العقد في حين لا يتمسك بعدم النفاذ إلا من لم يكن طرفا في العقد الذي يراد عدم نفاذه تجاهه، فهو يعد من الغير بالنسبة للتصرف الذي قام به المدين مع شخص ثالث[1].

ج- من حيث الاستفادة:

إذا تقرر الفسخ فإن الذي يستفيد منه مباشرة هو المتعاقد الذي طلبه وليس للدائنين الآخرين أن يتحللوا من التزاماتهم الناشئة عن ذات العقد المفسوخ لأن العقد لازال قائما بالنسبة لهم. [2] بينما عدم النفاذ فإن أثره يشمل جميع الدائنين، ولا يجوز قصره على من طلبه دون بقية الدائنين.

خامسا: الفسخ و الدفع بعدم التنفيذ:

يقصد بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، أن يكون لكل متعاقد إذا ما طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إلى أن يقوم الآخر بما عليه من تعهد، وقد شرع هذا النظام باعتبار أن العقود الملزمة للجانبين تبني على أساس التوازن بين الالتزامات المتبادلة، إذ يخشى أن ينفذ أحدهما ما رتبه العقد من التزامات ويمنع الطرف الآخر من الأداء المترتب على عاتقه فينحل العقد نتيجة ذلك.

أ- من حيث الأثر القانوني:

1 - jean carbonnier, droit civil, les obligations, P.V.F. pari, p 330.
2 - la résolution du contrat, p2,.www.oboulo.com.

في الفسخ إذا تحقق فإنه ينحل العقد نهائيا و يعود المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل إبرامه، فأثره يشمل الماضي و المستقبل، بينما الدفع بعدم التنفيذ هو إجراء تأجيلي يترتب عنه توقف الالتزامات[1]، دون أن تزول ما لم ينتقل صاحبه من موقفه السلبي إلى مرحلة تالية اله و هي فسخ العقد.

ب- من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

القاعدة العامة التي يعمل بها في مجال الفسخ أن الأمر فيه يعرض على القاضي وهو الذي يقدر الفسخ من عدمه، بينما الوضع على غير ذلك في مجال الدفع بعدم التنفيذ، فالذي يقدره هو المتعاقد و ليس القاضي و من ثم فلا حاجة لرفع دعوى في هذا الشأن و إذا عارض المتعاقد الآخر في استعماله، اقتصر دور القاضي على التحقق من شروطه، ثم يقوم بعد ذلك بإقراره و عدم إقراره.

ج- من حيث التعويض:

يجوز للمتعاقد الذي يتم الاستجابة إلى طلب الفسخ أن يطلب فضلا عن ذلك الحصول على نتيجة عدم التنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، في حين لو اكتفى المتعاقد على الدفع بعدم التنفيذ و أصابه ضرر بعد ذلك فإنه لا يستطيع الحصول على تعويض لعدم توافر المسؤولية العقدية ولا حتى التقصيرية. [2]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظام الفسخ

يعود إنشاء نظرية الفسخ إلى رجال الكنيسة باعتبارها امتداد لنظرية الدفع بعدم التنفيذ واستندوا في تبرير الفسخ إلى مبدأ هو أنه لا يراعى عهد من لا يراع عهده و اتخذ الفسخ طابعا قضائيا، فكان يجوز للدائن في حالة التزام لم ينفذ، أن يطلب من

1- عبد الكريم بلعور ، المرجع السابق، ص 125.

2 - philippe le tourneau, résponsabilité civil profitionnelle.DALOZ, PARIS, 2EME ED 2005, P 14.

القاضي الحكم بالفسخ بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، و لو لم يكن قد اشترط في العقد صراحة إمكان الفسيخ بسبب التنفيذ.

وفي قانون نابليون أخذ بنظرية الفسخ و أقامها على أساس الشرط الفاسخ الضمني، فوضع المادة 1184 المتعلقة بالفسخ بعد النص الذي يعرف الشرط الفاسخ بالقول بأن الشرط الفاسخ يكون دائما مضمرا في العقود الملزمة للجانبين وهكذا أصبح الفسخ نظاما معترف به ونصت عليه جميع التشريعات العالمية ومنها القانون المدني الجزائري في المواد 119 إلى 122 من القانون المدني.

وقد تضاربت الآراء وتباينت بشأن الأساس القانوني للفسخ، فهناك من يرى أن الشرط الفاسخ الصريح هو الأساس الذي يقوم عليه الفسيخ، ومقتضى ذلك أنه لكي يكون هناك محل للفسخ، يجب أن يتضمن العقد بندا صريحا على أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد الذي يربطه به. أما الحالات الأخرى التي لا يوضع فيها شرط صريح لفسخ العقد فليس فيها محل للفسخ.

فطبقا لأصحاب هذا الرأي فإن الشرط الفاسخ الصريح ينشئ سلطة الفسخ لمصلحة أحد المتعاقدين يستعملها وفقا لتقديره، وبإرادته المنفردة. [1]

وقد انتقدت فكرة الشرط الفاسخ الصريح لتكون كأساس لفسخ العقد على أساس أنه إذا سلمنا بأن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الصريح، فمعنى ذلك أن مجرد تحققه يفسخ العقد بقوة القانون، في حين أن القانون الحديث، يقتضي بشأن فسخ العقد، صدور حكم قضائي، كقاعدة عامة، وللقاضي سلطة تقديرية في فسخ العقد أو عدم فسخه.

إن تأسيس الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الصريح يعني أن العقود التي لا تتضمن بندا صريحا به لا يجوز فسخها إذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه، في

1- محمد حسين منصور، الشرط الفاسخ الصريح، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص 15.

حين أننا نجد القانون الحديث بصفة عامة والقانون المدني الجزائري بصفة خاصة يقضي بجواز فسخ العقد ولو لم يكن في العقود شرط فاسخ صريح. وبناءا على ذلك لا يمكن الاعتماد على هذه الفكرة كأساس للفسخ لأن مفهومة يتجاوز ذلك ليشمل العقود التي لا تتضمن شرطا صريحا للفسخ.

وبذلك ظهرت فكرة الشرط الفاسخ الضمني ووفقا لهذه الفكرة فإن العقود الملزمة للجانبين بجميع أنواعها يجوز فسخها عندما يتخلف أحد المتعاقدين فيها عن تنفيذ إلتزامه، لا على أساس أن المتعاقدين قد ضمنا العقد شرطا صريحا يقضي بذلك، كما هو الشأن بالنسبة إلى الشرط الفاسخ الصريح، بل على أساس افتراض أن المتعاقدين قد قد ضمنا اتفاقهما شرطا يقضي بفسخ العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته.

وانطلاقا من ذلك يحق للدائن أن يطالب بفسخ العقد عند عدم التنفيذ من المتعاقد الآخر، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بالفسخ. [1]

غير أن فكرة الشرط الفاسخ الضمني وجهت لها انتقادات تجعلها لا تصلح لتأسيس الفسخ عليها نذكر منها:

أنه لو سلمنا بها كأساس للفسخ فمعنى ذلك أن تحقق هذا الشرط كاف لإيقاع الفسخ دون تدخل من القاضي، وإذا تدخل فإن تدخله يكون للتأكد من أن العقد يتضمن مثل هذا الشرط فقط. في حين أن القوانين الحديثة بصفة عامة والقانون المدني الجزائري بصفة خاصة تعطي للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو رفضه وتتسع هذه السلطة أو تضيق حسب نوع الفسخ المعروض عليه.

كما أن تأسيس الفسخ على هذا الشرط يعني حرمان الدائن من العدول عن طلب الفسخ بعد تحقق الشرط الفاسخ الضمني ذلك أن العقد في هذه الحالة يكون قد انحل،

1- توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 51.

والعدول لا يكون ولا فائدة منه إلا في حالة وجوده في حين أن الوضع في القانون الحديث يقضي بغير ذلك، فليس هناك ما يمنع الدائن من العدول عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ مادام الحكم القضائي لم يصر نهائيا. [1]

وأمام هذه العيوب والانتقادات، هجر الفقه الحديث تأسيس الفسخ على الشرط سواء كان صريحا أو ضمنيا، وبذلك ظهرت نظرية السبب والتي مفادها: أن السبب في العقود الملزمة للجانبين، أن التزام كل متعاقد سبب الالتزام المتعاقد الآخر، ففي مجال عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع، هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام هذا الأخير بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع، وما قيل بشان عقد البيع يصح بالنسبة إلى جميع العقود الملزمة للجانبين.

لذلك فإن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته يجعل الطرف الآخر ملتزما دون سبب، الأمر الذي يخول له أن يطالب بالتحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق فسخ العقد.

غير أن تأسيس نظرية النسخ على فكرة السبب فكرة منتقدة من عدة جوانب قانونية ذلك أن المنطق القانوني يقضي عند تخلف السبب، بأن يكون الجزاء الذي يترتب على ذلك، هو بطلان العقد وليس فسخه، ومن ثم فليس للقاضي سلطة تقديرية، بحيث لا يجوز له رفض طلب البطلان، في حين أن القانون المدني الجزائري في المادة 119 تعطي اللقاضي سلطة تصل إلى درجة الرفض إذا ما قدم طلب فسخ عقد من العقود.

1 - PIERRE GUIHO, GERGE PETRARD, DROIT CIVIL... OP P 261.

إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بفكرة السبب أساسا للفسخ، يضيق من تطبيق نظرية الفسخ ذاتها في بعض الحالات، ذلك أن عقودا لا يكون فيها دائما سبب التزام أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الآخر.

وقد أدى ذلك إلى الاستغناء عن فكرة السبب كأساس للفسخ، واستبدالها بفكرة ارتباط الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين[1]، ذلك أن طبيعة العقود الملزمة للجانبين تتفق مع فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ أكثر من غيرها ذلك أنها بمجرد نشوئها سليمة وصحيحة، تتولد عنها التزامات في كلا الجانبين ومن ثم لا يمكن الحديث عنها بالنسبة إلى متعاقد دون آخر، وعليه فإذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته وكان ذلك بإرادته، أو استحال عليه التنفيذ لسبب أجنبي، فإن الارتباط الذي يربطه بالمتعاقد الآخر يصبح من جانب واحد، مما يصح معه القول بأن من حقه أن يطالب بفسخ العقد لأن القانون يحمي المتعاقد الذي نفذ التزامه أو استحال عليه التنفيذ. [2]

وهكذا فإننا نذهب إلى ما ذهب إليه جانب الفريق الذي نادى بفكرة الارتباط، إنها خير أساس يمكن أن يقوم عليه فسخ العقد.

المطلب الثاني: أنواع الفسخ

إن القانون المدني الجزائري، عند تقريره لمبدأ الفسخ ووضع له طرق ووسائل يتحقق بها، تضمنتها نصوص قانونية تحدد كل واحدة منها الوسيلة التي يفسخ بها العقد الملزم للجانبين، فنصت المادة 119 منه على أنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم

1 - FRANCOIS CHABAS, HENRI ; LEON , JEAN(MAZAUDE), LECON DE DROIT CIVIL, OBLIGATION- THEORIE GENARAL, DELTA, LIBAN, 9 EME ED 2000, P 1140.

2 - THOMAS GENICON, LA RESOLETION DU CONTRA POUR INEXETION P1.

يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.

ونصت المادة 120 على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين.

ونصت المادة 121 على أنه: في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ بحكم القانون.

وبناء على هذه النصوص فان فسخ العقد قد يكون أمام القضاء وهذا هو الفسخ القضائي كما قد يكون بالاتفاق أو بحكم القانون.

ولما كان الفسخ يتحقق بعدة طرق مختلفة أولها وفقا للنصوص القانونية، الفسخ القضائي ثم الاتفاقي، وأخيرا الفسخ بحكم القانون، لذلك اخترنا البدء بدراسة هذه الأنواع وفقا للترتيب الوارد في القانون، مخصصين لكل نوع مبحث مستقل.

الفرع الأول: الفسخ القضائي

في ضوء أحكام المادة 119 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه، يظهر أن الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، غير أن هذا الجزاء الا يقع تلقائيا و إنما لابد من اللجوء إلى القضاء و استصدار حكم بذلك. [1]

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 397.

لذلك سنتطرق في هذا المبحث التعريف الفسخ القضائي، ونبين الشروط الواجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بالفسخ، وكذا الإجراءات الواجب إتباعها.

كما ندرس سلطة كل من القاضي والأطراف في إيقاع هذا النوع من الفسخ فيما يلي:

أولا: تعريف الفسخ القضائي

يعرف الفسخ القضائي بأنه ضرورة اللجوء إلى القضاء المختص من طرف الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ للمطالبة بحل العلاقة التعاقدية، لكي يحق له بعد ذلك التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذي لم يقم بتنفيذ ما رتبه العقد من التزامات على عاتقه.

وعلى ذلك فإن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه كقاعدة عامة، نظرا الخطورة هذا الإجراء على استصدار حكم بذلك حتى وإن كانت المادة 119 من القانون المدني الجزائري، لم تستلزم تدخل القضاء للحكم بالفسخ، غير أننا إذا نظرنا إلى مضمون النص وعبارته نجدها تفيد الفسخ القضائي، فعبارة« يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه » المطالبة تكون أمام القضاء، ثم إن عبارة « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ » لا تدع مجالا للشك بأن حل الرابطة التعاقدية في العقود الملزمة للجانبين يكون بحكم القاضي. ثانيا: شروطه

يخضع حق المتعاقد في طلب فسخ العقد إلى ثلاثة شروط نفصلها فيما يلي:

أ-العقد محل الفسخ ملزم للجانبين:

أن يكون العقد ملزما للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع الفسخ[1]، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون، ذلك أن الفسخ بأنواعه الثلاثة

1 - LAPOYADE DESCHAMPS, DROIT DES OBLIGATION paris1998,P 113.

مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة، إذا لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد بل العكس تقتضي مصلحته إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه أما مصلحته في العقد الملزم للجانبين فقد تقتضي فسخ العقد لأنه دائن ومدين في نفس الوقت، وطالما بقيت العلاقة العقدية قائمة فهو مطالب بتنفيذ ما تحمل من التزامات ما لم ينفذ المتعاقد الأخر ما التزم به.

أ. عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه:

لقد أشارت المادة 119 قانون مدني جزائري، صراحة إلى هذا الشرط حيث ورد فيها«... إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته ...»

فالفسخ جزاء يتقرر لصالح الدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه، وبالتالي لا يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد، إلا إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزامه، و المقصود بعدم التنفيذ: هو الانعدام الكلي لتنفيذ الالتزام، وكذلك التنفيذ الجزئي، أو التأخير في التنفيذ، وكذا التنفيذ النسبي، كما يكون المتعاقد كذلك قد أخل بالتزامه، حتى و لو تعلق الأمر بالتزامات تبعية أو ثانوية.

ج- أن يكون الدائن طالب الفسخ لتنفيذ التزامه:

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119 من القانون المدني، غير أن من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد[1]، بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات . فيجب إذن أن لا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه، و هذا يقتضي أن يكون قد وفي بما تعهد به، أو أن يكون على الأقل مستعدا للوفاء به.

1- عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار احياء التراث العربي، بيروت ص 204.

فإذا كان قد تسلم شيئا بمقتضى العقد، و باعه لآخر، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه[1].

و يترتب على ذلك أن المتعاقد في هذه الحالة لا يستطيع إعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، مما يؤدي إلى فقدان حقه منذ البداية، في المطالبة بفسخ العقد لتخلف هذا الشرط، ولا يبقى أمامه إلا المطالبة بالتنفيذ.

و بناء على ما تقدم بيانه فإن الفسخ القضائي لا يكون صحيحا إلا بتوافر الشروط الموضوعية السالفة الذكر ، و مع ذلك فإن تحققها لا يؤدي في حد ذاته إلى فسخ العقد، وإنما تؤدي إلى إعطاء المتعاقد الحق في طلب الفسخ من القضاء، و لكي يستطيع استعمال هذا الحق لا بد من إتباع إجراءات قانونية نستعرضها فيما يأتي:

ثالثا : إجراءاته

أ- الإعذار : قضت الفقرة الأولى من المادة 119 ، بأن الدائن حتى يطالب بفسخ العقد، يعذر المدين مطالبا إياه بالتنفيذ . فمجرد حلول الأجل لا يعد إعذار للمدين بل على الدائن قبل أن يرفع دعوى لطلب فسخ العقد دون أن يقوم بإعذار المتعاقد الآخر[2].

ففائدة الإعذار تظهر في أمرين:

- أن القاضي يكون أسرع في إجابة الدائن لطلبه بالفسخ .

- أن القاضي بالإضافة إلى الحكم بالفسخ يكون أقرب إلى الحكم بالتعويض على المدين

1- عبدالكريم فوده، المرجع السابق، ص 117.
2- عبدالكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 173 .

و إذا كان الاعذار على النحو السابق ، إجراءا ضروريا في مجال فسخ العقد، فهو أيضا مطلوب حين لا يكون الأمر متعلقا بالفسخ ، بل يتعلق بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، وهو ما قضت به المادة 179 التي تنص على أنه: « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك ». غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا الإجراء، أن الدعوى يرفعها الدائن لفسخ العقد ، دون أن يكون قد سبقها إعذار مرفوضة لأن الدعوى في حد ذاتها تعتبر إعذار للمدين بوجوب تنفيذ التزامه.

2- رفع دعوى الفسخ:

إن توجيه الإعذار من الدائن إلى المدين لا يعد كافيا لوحده لفسخ العقد ، فعلى الدائن أن يقوم إلى جانب ذلك برفع دعوى يطلب فيها فسخ العقد و السبب في ذلك أن الأعذار الذي يقوم به الدائن عند حلول الأجل ، قد يعقبه تسامح مع مدينه في عدم التنفيذ أو التأخير فيه، فمن حقه أن يبقى متمسكا بالتنفيذ ، رغم عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام بعد إعذاره [1].

و دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها ، فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، و يكون ذلك عادة عند الإعذار الذي يوجه من الدائن إلى المدين .

3 -صدور حكم بالفسخ:

إن تحقق الشروط و الاجراءات السالفة الذكر لا يؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجوة ، و هي فسخ العقد و بالتالي تحلل الدائن تبعا لذلك من التزاماته نحو المدين، ذلك أنه قد يحدث بعد رفع دعوى الفسخ أن يقوم المدين بالتنفيذ، فلا يكون هناك فسخ، و قد لا يستجيب القاضي الى طلب الفسخ بما له من سلطة تقديرية غي إيقاع الفسخ

1- حسين تونسي، انحلال العقد. ، دراسة تحليلية وتطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، الجزائر،2007 ص 43.

القضائي من عدمه لذلك لا بد من صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد و يكون الحكم الصادر بهذا الصدد منشأ له .

الفرع الثاني: الفسخ الإتفاقي

إن القاعدة العامة الواردة بشأن للفسخ القضائي ليست من النظام العام، ويجوز مخالفتها وفسخ العقد دون اللجوء إلى القاضي في جميع الحالات التي يتضمن فيها العقد اتفاقا يقضي بفسخ العقد بإرادة أحد المتعاقدين، حين لا يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية (أولا) غير أن فسخ العقد بالاتفاق يستدعي إتباع إجراءات قانونية الاستعمال هذا الحق (ثانيا).

أولا: حق الأطراف المتعاقدة في الاتفاق مسبقا على فسخ العقد

يجوز للطرفين المتعاقدين في مجال العقود الملزمة للجانبين أن يقفا عند إبرام العقد على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة من هذا العقد دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم في شأنه. [1]

إن الحكمة من إعطاء المتعاقدين حق الاتفاق على الفسخ مستمدة من القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية النسخ وهي ضرورة أن يكون فسخ العقد قضائيا. لكن طريقة الفسخ القضائي تسم بالبطء في إجراءاتها و تحمل المدعي مصاريف رفع الدعوى إلى جانب كل الاحتمالات التي تترتب عن استعمال القاضي سلطته التقديرية التي قد لا تتوافق إرادة المتعاقدين و خصوصا الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ. [2]

1- عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.717

2 - RAFAEL ENCINAS DE MUNAGURRI , ANTOIN LYON, L'ACTE UNILATERAL DANS LES RAPORTS CONTRACTUELS, L.G.D.J.PARIS. P 137.

– لذلك فإن معظم التشريعات الحديثة وخاصة منها التشريعات العربية أخذت كاستثناء من الأصل العام طريقا آخر يمكن بواسطته الرابطة التعاقدية دون تدخل من القاضي ما لم يكن هناك نزاع تدعو الضرورة إلى عرضه على القاضي، ورغم ذلك يكون تدخله لتقرير الفسخ. [1]

– فلكي يتفادى المتعاقد الدائن إجراءات الفسخ القضائي، يضع في العقد شرطا يتضمن فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بالتالي يكون فسخ العقد حتى ولو كان المدين سيء النية ولكي يكون الشرط الفاسخ أثره القانوني ينبغي أن يستبد اللجوء إلى القضاء. وكما يشترط أن يكون سبب الاتفاق على فسخ العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين الالتزاماته[2].

ثانيا: ضرورة وجود اتفاق على الفسخ

وضع القانون المدني مبدأ عاما للفسخ الاتفاقي على غرار الفسخ القضائي فنصت المادة 120 في هذا الصدد "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي هذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين". وبذلك يكون للمتعاقد الحق في أن يعتبر العقد مفسوخا دون أن يستصدر حكما بالفسخ أي يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات ثلاث:

–**الحالة الأولى:** إذا كان إخلال المدين بالتزامه باتا ونهائيا بحيث يترتب عليه تخلف الغرض المفقود من العقد ويصبح من غير الممكن إزالة أثر هذا الإخلال كما لو كان المدين قد تعمد بالقيام بعمل في خلال مدة ومضت هذه المدة دون أن ينجز ما تعهد به

1- توفيق فرج، المرجع السابق ص 61.

2 - RESOLUTION EN DROIT CIVIL FRANÇAIS.

كالمقاول الذي يتعهد ببناء منعه لاستعمالها في الاحتفال بعيد عام فيمضي العيد والمقاول لم يبين المنصة.

-**الحالة الثانية:** إذا كان انتظار صدور الحكم بالفسخ يؤدي إلى الإضرار بالدائن ضررا بالغا فإخلال المدين قد يخلق خطرا محدقا بمصالح الدائن في حالة ضرورة تبرر له أن يعتبر العقد مفسوخا وأن يكيف مركزه على هذا الأساس لتفادي ما قد يصيبه من أخطار[1].

-**الحالة الثالثة:** إذا كان المتعاقد قد أخل بالتزاماته بوجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد.

استبعاد الفسخ القضائي في مضمون الاتفاق:

يتمتع المتعاقد بحرية تامة في تحديد صياغة الاتفاق، غير أنه لابد من مراعاة بعض الشروط بإضافة إلى وجود اتفاق صريح من المتعاقدين يقضي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته. يجب أن تتصرف إرادتهما إلى استبعاد الفسخ القضائي أن تجنب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره على معاينة مدى توفر الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقق الفسخ وتثبت ذلك، فيفسخ العقد بمجرد تحقق الشروط وهذا عكس ما يحصل في الفسخ القضائي. إذ يبقى العقد قائما إلى حين صدور الحكم بالفسخ وهكذا فإن الحكم الذي يثبت فيه الفسخ الاتفاقي يعتبر حكما كاشفا لها. [2]

أولا: واقعة عدم التنفيذ كسبب للتمسك بالفسخ:

تعتبر واقعة عدم التنفيذ شركا ضروريا لكي يستطيع المتعاقد الدائن أن يستعمل حقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة اللجوء الى القضاء . و من ثم فإنه من

1- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مجلة القانون واقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة ،1988، ص 25.

2- عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ، مطبعة جامعة عين شمس، 1959، ص 14.

حق الدائن الا يستعمل حقه في التمسك بالفسخ . و أن يطالب بالتنفيذ رغم تحقق عدم التنفيذ[1].

و يترتب على ذلك أن عدم التنفيذ أي الالتزام سواء كان جوهريا أو غير جوهري ، يجيز للمتعاقد الدائن كقاعدة عامة أن يفسخ العقد نتيجة عدم تنفيذه ، و على الرغم من أن القانون المدني الجزائري لم يقيد من حرية المتعاقدين في هذا المجال فإن ذلك لا يعني أن عدم التنفيذ يجبر الفسخ الاتفاقي مهما كان ناقصا لأن ذلك يعد تعسفا في استعمال الحق [2].

فان كان الاتفاق الذي يقع بين المتعاقدين مخالف للقواعد العامة كأن يشمل الاتفاق على شرط عدم التنفيذ وهو ما يتعارض مع مبادئ حسن النسبة في تنفيذ العقود ، فإنه يعتبر باطلا و بالتالي يصبح العقد خاليا من الاتفاق، و من ثم على المتعاقد الدائن إن أراد التحلل من التزاماته نحو التعاقد الآخر أن يلجأ إلى القاضي لإيقاع الفسخ ، و بذلك نطبق المادة 119 بدلا من المادة 120 من القانون المدني.

ثانيا : الإجراءات اللازمة لفسخ العقد بالإتفاق

إن مجرد توافر شروط الفسخ الإتفاقي لا يجعل العقد مفسوخا , بل يجعل فقط للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ الحق في طلب فسخ العقد بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى المتعاقد الدائن بعد تحقق الشروط الموضوعية إن أصر على فسخ العقد . أن يتخذ إجراءات قانونية الحل الرابطة التعاقدية التي تتمثل في إعذار و إعلان الدائن عن تمسكه بفسخ العقد.

الإعذار:

1- المرجع السابق ، ص 15.
2- عبدالكريم المرجع السابق، ص 212.

تتفق جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ على أن الإعذار مسألة ضرورية يجب أن يقوم بها الدائن نحو مدينه . سواء كان بصدد الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي و هو ما يتجه إليه الفقه بالإجماع و يجري به العمل في القضاء[1]. غير أن القانون المدني الجزائري في مادته 120 المنظمة للفسخ الاتفاقي قد خالف القوانين الأخرى حول مسألة جواز الاتفاق على الإعفاء من الأعذار الذي أخذت به القوانين العربية صراحة. لذلك لا يجوز وفقا للقانون الجزائري الإعفاء من الأعذار حتى الاتفاق بين الدائن والمدين في حالة الاتفاق مسبقا على الفسخ . و هو أمر يدعو إلى القول بأن فيه حدا من حرية المتعاقدين دون أي فائدة و لا منطق قانوني يقضي بأنه إذا كان للمتعاقدين الحق في الاتفاق على الفسخ مسبقا فإنه يجوز لهما تبعا لذلك و بحريتهما المطلقة أن يتفقا على الإعفاء من الأعذار في حالة عدم قيام احدهما بالتنفيذ . و مما لا شك فيه أن جواز ذلك يجعل كل متعاقد حريص على تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتقه لأنه يعلم مسبقا بان الطرف الآخر له الحق في فسخ العقد بمجرد وقوع الإخلال من جانبه دون أن يقوم باعذاره[2].

1- إعلان الدائن عن تمسكه بفسخ العقد إن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد تم فيه الاتفاق على الفسخ بإرادة واحدة يجيز للدائن أن يبدأ باختيار الفسخ كما يجيز له إن كان قد بدأ باختيار التنفيذ المتأخر أن يعدل عن ذلك و يتمسك بالفسخ . و يكون ذلك بتعبير بعلنه الدائن لإلى الطرف الآخر يخطره فيه أنه يتمسك بالفسخ. [3]

ذلك لأن فسخ العقد لا يحصل من تلقاء نفسه لمجرد عدم التنفيذ بناء على اشتراط الفسخ . بل يحصل ذلك عندما يستعمل الدائن حقه الإداري عن طريق التعبير الذي يعلن فيه تمسكه بالفسخ لإلى الطرف الآخر إي أن الفسخ لا يحصل إلا بالاجتماع

1- عبدالكريم بلعيور ، المرجع السابق، ص 213
2- عبدالكريم بلعور. المرجع السابق، ص 56 .
3 - Résilation des contrats, p 1 voir http.

واقعتين تقع إحداهما بعد الأخرى عدم التنفيذ و التمسك بالفسخ عن طريق التعبير لذلك فإن الإجراء الآخر الذي يجب على المتعاقد الدائن في الفسخ الإتفاقي القيام به هو الاعلان عن رغبته في حل الرابطة العقدية لأن إرادته في هذا المجال هي التي تأخذ بالعين الاعتبار بعد حلول الأجل و ليس الاتفاق الذي تم بينه و بين المتعاقد الآخر من قبل على الفسخ العقد و إلا أصبح الأمر بيد المدين إن أراد الفسخ أمتنع عن التنفيذ فيفسخ العقد و هو ما ترفضه قواعد نظرية الفسخ. [1]

فقد يتحقق عدم التنفيذ في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا و مع ذلك يبقى العقد دائما من الناحية القانونية ما دام المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ لم يعلن عن رغبته في الفسخ العقد ذلك أن عدم التنفيذ يقتصر دوره و لو كان الفسخ إتفاقيا على نشوء الحق في طلب الفسخ ومن ثم فإذا أعلن الدائن عن تمسكه به انحلت الرابطة التعاقدية كنتيجة حتمية الاستعماله لهذا الحق. [2]

لما كان لهذا الإعلان أهميته بالنسبة إلى الدائن ولما كان يتضمن في ذات الوقت خطورة بالنسبة إلى المدين، فإنه يجب أن يكون قاطعا في دلالته على فسخ العقد ومن ثم لا يجوز استنتاجه واستنباطه من مضمون العبارات التي تصدر من المتعاقد الدائن كما يجب أيضا أن يكون الإعلان قد اتصل يعلم المدين تطبيقا للنفي المادة 61 من القانون المدني وإلا فلا أثر له بالنسبة إلى العقد المراد فسخه.

فإذا أقام المتعاقد الدائن بهذا الإعلان على النحو المطلوب قانونيا فلا يهمه بعد ذلك موافقة المدين أو عدم موافقته على فسخ العقد. لأن الهدف من الإعلان ليس طلب

1- عبد الحي حجازي ، المرجع سابق ، ص 129.

2- ولقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بان« تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي الى انفساخ العقد مادام من وضع الشروط لمصلحته لم يطلب الفسخ. فليس لمجرد الاعذار وورود الشرط الصريح بهذه الصيغة ان ينفسخ العقد تلقائيا ويعود الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بل يتطلب الأمر تمسك الدائن بطلب الفسخ اذ قد يستفاد من سكوت الدائن بعد الاعذار تنازله ضمنا عن التمسك بفسخ العقد بقبول استمراره رغم الإخلال بتنفيذ الالتزام. نقلا عن د. عبد الحي حجازي مرجع سابق ص 130.

الموافقة وإنما إبلاغ الدائن مدينه بفسخ العقد وبالتالي التحلل من الالتزامات التي كانت على عاتقه في مواجهته. [1]

ذلك لأن التمسك بالفسخ من قبل الدائن ضروري لتحقق الفسخ لأن عدم التنفيذ ينشأ به اللدائن الحق في الفسخ أما التمسك بالفسخ فيحقق به الفسخ، ومن ثم يتميز الحق في طلب الفسخ عن الفسخ فالعقد وبذلك لا يجوز للمدين أن يتمسك بالفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ وقبل تمسك الدائن بالفسخ. لأن قبل تعبير الدائن بالفسخ العقد لا يزال قائما[2].

خلاصة القول أن للدائن حق في طلب التحلل من العلاقة التي تربطه بالمدين بمجرد إخلال هذا الأخير بالتزامه ويعتبر الفسخ أمرا اختياريا بالنسبة للطرف الدائن في العفو، فله أن يطلب التنفيذ العيني للالتزام أو فسخ العقد.

المبحث الثاني: خيارات الدائن في حل الرابطة التعاقدية

إن طلب الفسخ اختياري بالنسبة للدائن، فله أن يختار بين طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا إذا لم يكن مستحيلا أو بمقابل، أو فسخ العقد[3]، ويعد الفسخ نظاما أقره القانون حماية للدائن، وهو حق ثابت له ولا يقع إلا بناءا على طلب من شرع لمصلحته، فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ إذا لم يطلب ذلك منه المتعاقد الذي توافرت شروط النسخ في جانبه[4].

فمن المقرر أن للدائن عند إخلال المدين بالتزامه الحق في طلب التنفيذ العيني للالتزام باعتباره الأصل في إبرام العقود، أو أن يختار الفسخ إذا كانت مصلحته

1- عبدالحكيم فودة..، المرجع السابق ص 99.
2- عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ص 131.
3 - FRQNCOIS CHABAS, HENRI ET LEON, JEAN(MAZEAUD) LECONS DE DROIT... OP CIT P1132.
4- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 408.

تقتضي ذلك فطلب الفسخ أمر جوازي للدائن فله أن يبدأ بطلب التنفيذ أو يتحلل من الرابطة التعاقدية ويكون له الخيار سواءا في الفسخ القضائي أو الإتفاقي.

المطلب الأول: خيار الدائن في الفسخ القضائي

إن الأطراف المتعاقدة تسعى دائما إلى تنفيذ العقد باعتبار أن التنفيذ هو المغزى من العقدة[1]، حيث أن الغرض من العلاقة التعاقدية هو الوصول إلى تحقيق الهدف المرجو من العقد، غير أنه قد يقصر المدين في تنفيذ التزامه مما يؤدي بالدائن إلى الرغبة في التمسك بالفسخ، إلا أنه للدائن الخيار في إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام، ولا تعتبر المطالبة بالتنفيذ نزولا من الدائن عن حقه في المطالبة بالفسخ بل له أن يعدل عن التنفيذ ويتمسك بفسخ العلاقة العقدية.

الفرع الأول: حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام

من خلال نص المادة 119/ف1 من ق.م.ج تبين أن للدائن عند عدم تنفيذ المدين الإلزامه التعاقدي ، أن يطالب بالتنفيذ العيني للالتزام ، إذا كان التنفيذ ممكنا و أفضل له، و بتالي ليس من الضروري تحلل الدائن من الرابطة العقدية بمجرد عدم التنفيذ ، بل له الخيار في ذلك .

1- نفس المرجع ،ص 409.

فإذا اختار الدائن دعوى التنفيذ فإنه يكون بذلك يسعى إلى الإفادة من العقد والوصول إلى تحقيق الغرض الذي استهدفه من التعاقد ، و يعتبر ذلك الأصل الطبيعي الجميع العقود ، فهو أفضل وسيلة تضمن استقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع[1].

فإذا طلبه الدائن فلا يجوز للمدين أن يعدل عنه إلى التعويض ، و إذا عرضه المدين فليس للدائن أن يرفضه.

و إن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يتم عينيا ، لأن الهدف من تعاقد أي شخص هو الحصول على تعاقد عليه ، لذلك يجب على المدين بالإلزام أن يؤدي التزامه بالشكل و الشروط المتفق عليها في العقد[2].

أولا: شروط التنفيذ العيني للالتزام

يشترط للمطالبة بالتنفيذ العيني بالالتزام أن يكون التنفيذ ممكنا ، أن يقوم الدائن بإعذار المدين لتنفيد التزامه و أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم للمدين به من تلقاء نفسه.

أن يكون التنفيذ العيني ممكنا:

يقصد بهذا الشرط أن لا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير مجد إما بسبب أجنبي أو خطأ المدين[3]، ومثال ذلك أن يتولى البائع بيع ذات الشيء إلى مشتري ثاني وتنتقل الملكية على المشتري الثاني وبذلك فإن التنفيذ العيني بنقل الملكية للمشتري الأول صار مستحيلا فيجب لأجل ذلك التعويض، كما يصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا أيضا في الحالة التي يكون فيها تدخل المدين في تنفيذ الالتزام ضروريا، كأداء

1- حسنية حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستار في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، مولود معمري، تيزي وزو، 2011 ص 41.
2- نفس المرجع السابق ، ص 41.
3 - VINCENT FORRAY, LE CONSENSUEL DANS. OP CIT P 560.

دور في مسرحية ويمتنع عن ذلك، فعندما يكون التنفيذ العيني ممكنا وذي فائدة، فإن للدائن الحق في ممارسته وإلا يستطيع أن يطلب التنفيذ من جراء عدم تنفيذ المدين لاتزامه[1].

لذلك فإن القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق محالف للمادة 119 من القانون المدني الجزائري التي تعطي الحق للدائن في طلب تنفيذ الالتزام العقدي.

هذا وتجب الإشارة أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يتصور استحالة تنفيذه في أي وقت من الأوقات، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالالتزام بإعطاء شيء مثلي بصفة عامة أما غير ذلك من الالتزامات فيتصور استحالة تنفيذها، فلالتزام بنقل حق عيني على شيء قيمي قد يستحيل تنفيذه عينا، والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه عينا مستحيلا دائما بالنسبة للماضي، والالتزام بعمل قد يصبح هو الآخر مستحيلا كما في التزام أمين النقل بتسليم البضاعة في مكان الوصول إذا ما هلكت هذه البضاعة.

أ- أن يقوم الدائن بإعذار المدين لتنفيذ التزامه:

بحيث على الدائن أن يقوم بإشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه، من حل أجل الوفاء أو التنفيذ وهذا حتى لا يفهم المدين مكن عدم المطالبة بعد حلول الأجل أن الدائن يتسامح في التأخر في تنفيذ الالتزام، فمتى تم الإعذار ووجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور و إلا اعتبر مقصرا[2] ومع ذلك لا حاجة للإعذار حسب نص المادة 181 من القانون المدني في الحالات التالية:

- إذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير مجد بفعل.

1 - PHILIPPE LETOURENEAU, RESPENSABILITE CIVILE PROFESSIONNELLE..... OP CIT P 38.

2- عبدالرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة، المجلد الأول، 2004، ص 9، 10 .

– إذا كان محل الالتزام عبارة عن تعويض ترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية، سبب ذلك أن على كل شخص الالتزام بعدم الإضرار بالغير وإحداث ذلك يعني الإخلال بذلك الالتزام مما يعني استحالة تنفيذه.

– إذا كان محل التزام المدين هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو غير مستحق.

– حالة إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

ج– أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم المدين من تلقاء نفسه بالتنفيذ:

إذا طلب الدائن التنفيذ العيني و كان ممكنا، يجبر المدين على هذا التنفيذ دون أن يكون له التقدم بتعويض ومن جهة أخرى إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني، لا يكون للدائن أن يرفضه، ومع ذلك فإنه يصح الاتفاق صراحة أو ضمنا بين الدائن و المدين على التعويض بدل من التنفيذ العيني[1].

د– يجب أن يكون التنفيذ العيني غير مرهق للمدين:

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ولكن يكون في هذا التنفيذ إرهاقا للمدين، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يقتصر على دفع تعويض نقدي بدل من فسخ العقد، لأن كون التنفيذ مرهقا من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة فادحة، كما لو كانت نفقاته باهظة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر جزاء التنفيذ العيني.[2]

1 - ADDEL ABDERRAHIM ABDELLAH FATHI, « l'éxécution en nature... », opcit, p 33.

2- عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، ص 60.

ومثال ذلك إذا كان المدين ملتزما ببناء عمارة وقام ببنائها على مساحة أقل قليلا من المذكورة في العقد فإن ما يصيب المدين من ضرر في التزامه بهدم العمارة يفوق في جسامته كثيرا ما يضايق الدائن من بقائها على حالها[1].

هـ –عدم التعسف في طلب التنفيذ العيني:

يجوز للقاضي أن يعدل عن الحكم بالتنفيذ العيني إلى الحكم بالتعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين، ولم يكن للدائن يلحقه ضرر جسيم من جراء اعتماد التعويض بدل من التنفيذ العيني[2].

ذلك أنه في مثل هذه الحالة التي يكون فيها التنفيذ العيني إرهاقا للمدين وفي العدول عنه ضرر بسيط للدائن، تكون مصلحة المدين أولى بالرعاية لذلك لا ينبغي للدائن أن يتعسف في طلب التنفيذ العيني للالتزام، لأن التعسف في استعمال الحق يجعل استعمال هذا الحق غير مشروع كلما كان المقصود به تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر من جراء هذا الاستعمال. [3]

طريقة التنفيذ العيني:

تختلف طريقة التنفيذ العيني باختلاف نوع الالتزام، ويمكن التمييز بين الالتزام بنقل حق عيني، والالتزام بعمل والالتزام بامتناع عن عمل. [4]

الالتزام بنقل حق عيني:

1- عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ص 439.
2- المادة 176 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.
3- توفيق حسن فرج مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 667.
4- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2004 ص 137.

الالتزام بنقل حق عيني قد يرد على منقول وقد يرد على عقار، فإذا كان الالتزام بنقل الحق العيني واردا على منقول وكان المنقول معينا بذاته و مملوكا للمدين، فإن الالتزام المذكور ينفذ تلقائيا بمجرد نشوئه، فبائع المنقول المعين بذاته يلتزم بنقل ملكيته إلى المشتري، وهذه الملكية تنتقل إلى المشتري بمجد التعاقد دون حاجة إلى إجراء الأخر[1].

فإذا كان الالتزام بنقل حق عيني واردا على منقول وكان المنقول معينا بنوعه فقط فالحق العيني لا ينتقل إلا بالإضرار، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يحصل على شيء من النوع بذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما إذا تخلف البائع عن تسليم كمية من القمح المبيعة فقام المشتري بشرائها من السوق على نفقة البائع بعد الحصول على ترخيص من القضاء، بل يكون للدائن الحصول على شيء من هذا النوع على نفقة المدين دون استئذان القاضي في حالة الاستعجال [2].

أما إذا كان الالتزام بنقل حق عيني واردا على عقار فالحق لا ينتقل ولا ينشا إلا باتخاذ إجراءات الشهر التي يلزم لتمامها مشاركة المدين، فإذا امتنع المدين عن ذلك كان للدائن أن يستصدر حكما بصحة ونفاذ العقد المنشئ للحق، كما هو الحال إذا امتنع البائع عن القيام بما يتضمنه التزامه بنقل ملكية العقار من تحرير عقد البيع أو التصديق على توقيعه، إذ يقوم حكم القاضي بصحة ونفاذ عقد البيع مقام تنفيذ البائع للالتزام. [3]

الالتزام بعمل:

هو كل نشاط يتعين على المدين أن يقوم به ولا يكون من شانه نقل الملكية أو أي حق عيني آخر، متى كان الالتزام بعمل قابلا للتنفيذ العيني فيكون تنفيذه على نفقة

1- عبدالرزاق دربال، المرجع سابق، ص 11.
2- توفيق فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 668.
3- عبدالحميد الشواربي، المرجع السابق ص 441.

المدين بعد الحصول على إذن من القاضي، فإذا تعهد مقاول بناء منزل ولم ينفذ التزامه كان للدائن أن يستصدر إذن من القضاء في بناء المنزل على نفقة المدين بل ويجوز التنفيذ على نفقة المدين دون إذن من القضاء في حالة الاستعجال.

2 – جواز عدول الدائن عن طلب التنفيذ:

يجوز للدائن الذي بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلبه فيرفع دعوى الفسخ وطلب التحلل من العقد[1]. ذلك أن المطالبة بالتنفيذ لا يجوز اعتبارها نزولا من الدائن عن حقه في الفسخ. لأن الفسخ ذو طابع احتياطي لا يتم اللجوء إليه عندما لا يتمكن الدائن من الحصول على تنفيذ الالتزام كما أن عدم التنفيذ عنصر جوهري للمطالبة بفسخ العقد ومادام المدين لم يقم بالتنفيذ، فإنه لا يجوز أن يفقد الدائن حقه في طلب الفسخ، كما أنه إذا كان طلب التنفيذ أمام المحكمة الابتدائية فيجوز للدائن أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ[2].

لذلك لا يعتبر طلب الفسخ بعد طلب التنفيذ أمام المجلس القضائي طلبا جديدا، ومن ثم يمكن إبداؤه لأول مرة أمامه، ذلك لأن طلب الفسخ وطلب التنفيذ هما وجهان لحق واحد أن أساسهما هو عدم تنفيذ المدعي عليه لالتزامه، كما أن الفسخ ليس إلا طريقا لإصلاح الضرر الناشئ عن خطا ارتكبه المتعاقد الآخر والذي يتمثل في عدم التنفيذ الالتزام العقدي[3].

فإذا لجأ الدائن إلى دعوى التنفيذ بمطالبة المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فإنه يستطيع إلى ما قبل صدور الحكم في الدعوى أن يعدل طلباته إلى طلب فسخ العقد،

1 - STEHANE CHATILLON. LE CONTRAT...OP CIT P 187.

2- عبدالحميد شواربي المرجع السابق، ص 43.

3- نفس المرجع السابق، ص 44.

وبذلك فإن التنفيذ أو الفسخ أمر جوازي للطرف الدائن فله أن يتمسك بطلب التنفيذ، ولا يمنعه ذلك من العدول إن أراد التحلل من العقد، ويكون العدول في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الأمر لا يزال أمام المحكمة الابتدائية:

يجوز للدائن العدول عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ عندما يكون الطلب قائما أمام المحكمة الابتدائية باعتبار أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه، فلا يجب أن يحرم الدائن من فرصة تعديل طلباته، بما يتفق مع ما آلت إليه العلاقة القانونية التي تستند إليها الدعوي[1].

فيجوز للدائن أن يبدي أثناء سريان الدعوى طلبات عارضة تتناول .....ذات الخصومة القائمة من حيث موضوعها أو سببها أو لأطرافها، بشرط أن تكون الطلبات العارضة متعلقة ومرتبطة بالطلب الأصلي[2]. ويعتبر طلب الفسخ مرتبطا بطلب التنفيذ عن طريق وحدة الواقعة التي تستند إليها كل منهما، وهي عدم تنفيذ المدين للعقد[3].

فإذا صدر حكم للدائن بالتنفيذ، فإن هذا لا يمنع الدائن من حقه في طلب الفسخ إذا لم يحصل على التنفيذ، لأن دعوى التنفيذ تختلف عن دعوى الفسخ وذلك لاختلاف الغاية التي تستهدفها كل منهما، فالغاية من دعوى التنفيذ هي حصول الدائن على نفس الأداء الذي له حق فيه بمقتضى العلاقة التعاقدية، أما دعوى الفسخ فتستهدف حل الرابطة التعاقدية ورد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقدة. لهذا لا يترتب على الحكم الصادر بالتنفيذ الذي حاز قوة الشيء المقضي فيه منع الدائن من طلب الفسخ إذا ظل العقد دون تنفيذ، هذا من الناحية الإجرائية. أما الموضوعية فإن الحكم الصادر بالتنفيذ لا يترتب عليه أي تغيير في المركز السابق عليه، فلا تزال العلاقة الناشئة من العقد قائمة بعد صدور الحكم بالتنفيذ.

1 - les résolution du contrat.P1 VOIR : http//WWW.SCRIBD.COM.

2- المادة 343ق 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 83.

كذلك الحق المقابل لهذه العلاقة لا زال قائما لم يطرأ عليه تغيير ، و لا يزال عدم التنفيذ قائما و عدم التنفيذ شرط جوهري في إمكان بالفسخ[1].

ثم إنه عندما يختار الدائن دعوى التنفيذ ، يمكن أن يحصل أحد احتمالين أثناء سير الدعوى ، فإنما أن يصبح الأداء المطلوب من المدين غير ذي فائدة للدائن بعد أن كان مفيدا له و أتلفه المدين. [2]

فلو جاز في هاتين الحالتين أن يترتب على ضرورة الحكم الصادر بالتنفيذ حائزا القوة الشيء المقضي فيه حرمان الدائن من رفع دعوى الفسخ ، لحرمانه من الحماية التي قررها القانون لحقه ، فلقد أراد القانون بالفسخ أن يعطي الدائن وسيلة أخرى للحماية يستعملها عندما يتبين له عدم جدوى الوسيلة الأخرى و هي التنفيذ العيني[3] ، ذلك أن الفسخ و التنفيذ العيني و سيلتان تستهدفان غاية واحدة هي حماية مصلحة الدائن، فإذا قصرت إحداهما في تحقيق الغاية التي يقصد بها تحقيقها ، جاز للدائن أن يعمل على حماية مصلحته عن طريق الوسيلة الأخرى.

و على هذا إذا لم يترتب على الحكم القاضي بالتنفيذ أي أثر بأن يستمر المدين في عدم التنفيذ[4] ، جاز للدائن بدلا من استمرار في طلب التنفيذ أن يطلب الفسخ فما دام عدم التنفيذ مستمرا ، يجب الا يترتب على صدور الحكم بالتنفيذ امتناع المطالبة بفسخ العقد.

الحالة الثانية : انتقال الأمر إلى المجلس القضائي

لا يعتبر طلب الفسخ بعد طلب التنفيذ أمام المحكمة الابتدائية طلبا جديدا ، و من ثم يجوز ابداؤه لأول مرة أمام المجلس ، و بذلك يجوز تقديم طلب الفسخ لأول مرة أما

1- عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ص 481.
2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص121.
3- عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 482.
4- المادة 343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية « لا تعتبر طلبات جديدة الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى ولو كان أساسها القانوني مغايرا »

المجلس ، على الرغم من أن المدعي لم يطلب في أول درجة الا التنفيذة، ذلك أن الطلبين يشتركان في عنصر جوهري هو الغرض الاقتصادي الذي يستهدفه كل منهما، إذ أن دعوى الفسخ ترمي إلى حماية الدائن الذي لم يعد من الممكن حمايته عن طريق دعوى التنفيذ، فإذا لم يعد لدى الدائن ما يدفعه إلى طلب الأداء بسبب أنه لم يعد يفيده الحصول على هذا الأداء، فإن مصلحته الناشئة من العلاقة التعاقدية لم تعد تتجه نحو الأداء، وبالتالي لم تعد تتحقق عن طريق دعوى التنفيذ التي كان قد بدأ برفعها، بل تتحقق فقط عن طريق دعوى الفسخ[1].

غير أنه إذا لم تطبق قاعدة عدم جواز تغيير الطلب أمام المحكمة الابتدائية كذلك ينبغي عدم تطبيقها أمام المجلس القضائي، حيث أن الغرض الذي استهدفه القانون عندما أجاز تغيير الطلب أمام المحكمة الإبتدائية عن طريق الطلبات العارضة، هو أن يحمي مصلحة الدائن حماية سريعة فأولي أن يجوز ذلك أمام المجلس، ذلك لأن امتداد العلاقة التعاقدية التي تربط الدائن بالمدين المقصر، لا يكون من ورائه إلا تهديد مصلحة الدائن بالضرر، الأمر الذي يتحتم معه حماية سريعة لا تتحقق إلا برفع الدائن جديدة يطالب فيها بالفسخ[2].

الفرع الثاني: استعمال الدائن لدعوى الفسخ

إذا حل الأجل وفاء بالالتزام و تخلف المدين عن التنفيذ، فإنه للدائن أن يقيم دعوى بالفسخ وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد و إذا أقام الدائن هذه الدعوى فإنه غير ملزم بالبقاء عليها، بل له أن يعدل طلباته إلى طلب التنفيذ.

أولا: حق الدائن في رفع دعوى الفسخ:

1- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 476.
2- نفس المرجع ص 484.

اللدائن وسيلة أخرى لضمان حقوقه، إذ له أن يختار بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام أن يطلب من القاضي أن يحكم بالفسخ ، أي حل الرابطة العقدية التي تربط المتعاقدين ، و بذلك فإن البائع الذي لا يحصل على ثمن الشيء المبيع يستطيع بدلا من طلب الحصول على المبلغ النقدي أن يطلب فسخ البيع [1] و هذا الخيار مقرر للدائن استنادا إلى نص المادة 119 من القانون المدني في فقرته الثانية، فهذه المادة تمنح للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ حق المطالبة بحل الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين المتخلف عن أداء التزامه ، و يختار الدائن هذا إذا كان الفسخ أفضل له و يسمح له بالحصول على حقوقه ، ذلك أن الفسخ يمنح للدائن فائدة ذات أهمية لأنه يضمن له حمايي حقوقه [2].

بذلك يكون الخيار الحقيقي للطرف الدائن ، إذا أن الخصومة تبدأ بطلبه هو فإذا اختار الفسخ فإنه لا يعتبر متعسفا بل أن له مصلحة مشروعة جدية تبرر الفسخ إذا أن م، مزايا التمسك بالفسخ بدل طلب التنفيذ أن الفسخ يحقق للدائن مركزا ممتازا خلافا لما إذا طلب التنفيذ العيني ، لأنه عندما يطلب الفسخ يستأثر بعنصر من عناصر مدنية و هو الشيء المعين الذي يكون قد قدمه للمدين تنفيذا للعقد . أما إذا طلب تنفيذ الالتزام فإنه سوف يتساوى مع دائني المدين لاستيفاء حقوقه و يقتسمون ما له قسمة غر ماء[3].

كما يعتبر جحود المدين للعقد إخلال منه بوجوب تنفيذه بطرقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية و يكون للدائن أن يواجه هذا الاتساع عدم التنفيذ بطلب فسخ العقد لأن إخلال المدين بالالتزام بمراعاة حسن النية يعتبر كالإحلال بأي التزام آخر ناشيء عن العقد و بذلك يكون مبررا للفسخ .

1 - FRANCOIS COLLART DUTILLEUL, PHILIPPE DELEBEQUE, CONTRAT CIVIL P 203

2 - CHRISTIAN LAPAYADE DESCHAMPS, DROIT DES OBLIGATION, ELLIPES, PARIS 1998 P113.

3- مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق ص.82

لذلك فبمجرد تخلف المدين عن التزامه التعاقدي، فإن ذلك يعطي الحق للدائن في التحلل من العلاقة العقدية، لأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه بصدد عقد ملزم للجانبين يجعل من التزام الطرف الآخر غير ذي فائدة، باعتبار أن العقد الملزم للجانبين يقوم على فكرة ترابط وتقابل الالتزامات، التي تجعل من تنفيذ كلا الطرفين لالتزامه تحقيق الغرض الذي استهدفه المتعاقدان من هذا التعاقد .

ثانيا: جواز عدول الدائن عن طلب الفسخ:

لكل دائن في العقود الملزمة الجانبين أن يعدل عن دعوى الفسخ إلى طلب التنفيذ، ذلك أن مصلحة المتعاقد بالالتزام الذي لم ينفذ يجب أن يترك تقديرها له وحده، فهو ادري من غيره ومن القضاء، وعليه لا يجوز حرمانه من الوسائل التي لم تقرر إلا لمصلحته، لكن المتعاقد الدائن يستطيع من ناحية أخرى أن يمنع الفسخ وذلك بأن يستبدل بطلبه طلبا آخر بالتنفيذ، خاصة وأن الفسخ القضائي لا يقع إلا بعد صدور حكم قضائي[1]، أما إذا حاز الحكم قوة الشيء المقضي فيه وأصبح نهائيا فإنه لا يجوز للمتعاقد الدائن أن يعدل عن الفسخ إلا طلب التنفيذ لأن الرابطة العقدية لم تعد قائمة في نظر القانون، يستطيع المدين تجنب القضاء بالفسخ إذا قام بالوفاء بالتزامه قبل صدور حكم نهائي به ، وله في سبيل ذلك اللجوء إلى إجراء يتماشى و طبيعة الوفاء بالتزامه ، من دفع مبلغ من النقود ، أو تسليم عقار أو منقول ، و متى تم الوفاء كاملا غير منقوص حسب ما تقتضيه قواعد العقد محل الالتزام بالوفاء ، و كان التأخير في الوفاء

1- عبدالحي حجازي، المرجع السابق ص 473.

عن موعده لم يكن يضر الدائن ، فإن المحكمة لا تجيبه إلى طلب الفسخ ، أما إذا كان يضر به فإناه تقضي بالفسخ. [1]

خلاصة القول أن الدائن له حق الخيار في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه المقابل بين طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، ويكون ذلك برفع دعوى يجبر فيها المدين على القيام بتنفيذ التزامه وبين أن يطلب فسخ العقد والتحلل من الالتزامات الملقاة على عاتقه، كما أن هذا الخيار ليس نهائيا فإن اختار دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنها ويتمسك بالفسخ ، كما له إن بدأ بطلب التنفيذ أن يعدل عنه ويتمسك بدعوى الفسخ.

المطلب الثاني: خيار الدائن في الفسخ الاتفاقي

إذا كان الفسخ القضائي يمنح للدائن حق خيار الفسخ أو المطالبة بالتنفيذ، فان الدائن في حالة وجود اتفاق على فسخ العقد نفس الحق[2] متى أخل المدين بالتزامه المتفق عليه، كان من حق الدائن أن يختار بين التنفيذ العيني ، كما له أن يتمسك بفسخ العقد إذا كانت له مصلحة تقضي ذلك لكن هل يتمتع المدين بحق التنفيذ المتأخر للالتزام في الفسخ الاتفاقي كما هو الحال في الفسخ القضائي؟.

الفرع الأول: حق الدائن في المطالبة بتنفيذ العقد

في حالة وجود اتفاق مسبق على فسخ العقد، فان ذلك لا يقع إلا إذا تمسك الدائن بالفسخ إثر عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، وبذلك يجوز للدائن أن يطالب بتنفيذ

1- أنور طلبة، نفاذ وانحلال عقد البيع، دار الكتاب القانونية، مصر، 2003 ص385 .
2- عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 476.

العقد دون أن يعتبر متنازلا عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، بل يجوز له أن يعدل عن التنفيذ ويتمسك بالفسخ [1].

أولا: بدأ المتعاقد الدائن بطلب التنفيذ

يحق للمتعاقد الدائن قبل المطالبة بفسخ العقد أن يطالب بتنفيذه، ذلك أن المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ يكون له حق أصلي وحيد وهو المطالبة بالتنفيذ، وينشئ له عدم التنفيذ حقا احتياطيا وهو حقه في فسخ العقد، فإذا فضل المطالبة بالتنفيذ وهو الحق الأصلي، بدلا من تمسكه بفسخ العقد، رغم تحقق عدم التنفيذ، فليس في ذلك تعارض مع الاتفاق على الفسخ الذي وجد منذ إبرام العقد، ذلك لأن مصلحة المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ متروكة لتقديره هو لأنه قد يرى أن فسخ العقد لا يجديه في شيء.

وبناء على ذلك فإن مضمون نص المادة 120 المتعلقة بالفسخ الاتفاقي يوحي لنا،بأن المتعاقد الدائن الحق في أن يفضل طلب التنفيذ على فسخ العقد، ولا يوجد ما يمنعه من ذلك من الناحية القانونية، بل أن المنطق القانوني يتفق مع هذا التفسير، وهو ما ذهب إليه الفقه الحديث [2].

وإن تمسك الدائن بطلب التنفيذ العين، لا يعد نزولا منه عن حقه في طلب الفسخ، بل له أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ.

ثانيا: جواز عدول الدائن عن طلب التنفيذ

1- عبدالمجيد الشواربي، المرجع السابق، ص 50.
2- عبدالكريم بلعيور، المرجع السابق، ص. 233.234

يجوز للدائن في الفسخ القضائي إذا بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعود فيرفع دعوي الفسخ، لكن عندما يكون هناك اتفاق صريح على الفسخ عند عدم التنفيذ، فنجد رأيين في هذا الصدد:

فالرأي الأول يذهب إلى أن الدائن في حالة الاتفاق على الفسخ بإرادة منفردة عند عدم التنفيذ يكون صاحب حق إرادي في فسخ العقد، ويكون بالخيار بين أن يستعمله، وألا يستعمله، أي أنه عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته تنفيذا صحيحا، وفي الميعاد المتفق عليه يكون بالخيار بين التنفيذ والفسخ . فإذا اختار التنفيذ انسد في وجهه التمسك بالفسخ بصفة نهائية [1]،لكي يبقي له وفقا للقواعد العامة أن يطلبه من القاضي.

أما الرأي الثاني فهو مناقض للرأي الأول، و يرد عليه بأن البدء في طلب التنفيذ لا يمكن اعتباره حجة على أن الدائن قد تنازل عن حقه في فسخ العقد بمقتضى الاتفاق، ذلك أن الهدف من الاتفاق على الفسخ الذي أجازه القانون في العقود الملزمة للجانبين هو أصلا تقوية المركز الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ، و حماية لحقوقه، و من ثم فليس إلا لأنه اتبع الطريق الأصلي و الطبيعي لتنفيذ العقد، ة لم يحصل على الأداء الواجب على عاتق المدين، فعدل عنه إلى الفسخ لحل الرابطة التعاقدية، و بالتالي التخلص من التزاماته التعاقدية نحو المدين، و هو الاتجاه الذي يتجه نحوه الفقه الحديث، فيرى أنه إذا كانت المطالبة بالتنفيذ في الفسخ القضائي لا يترتب عليها سقوط الحق في فسخ العقد قضائيا فأولى أن يجوز ذلك في حالة الفسخ الاتفاقي.

و إن الحق في الفسخ بإرادة واحدة الناشئة من الاتفاق مقدما على الفسخ عن عدم التنفيذ يمكن كغيره من الحقوق أن ينزل عنه صراحة أو ضمنيا، فإذا ما نزل عنه

1- حسينة حمو ، المرجع السابق ص 58

الدائن فمعنى ذلك أنه لم ينزل الا عن التمسك بالفسخ الوارد في المادة 120 من ق.م.ج و يبقى حقه سليما في الالتجاء إلى الفسخ الوارد في المادة 119 من ق.م.ج. [1]

الفرع الثاني: حق الدائن في التمسك بالفسخ الاتفاقي

من حق الدائن اختيار الطريق الذي يناسبه، فإذا انصب اختياره على التمسك بالفسخ المتفق عليه في العقد دون المطالبة بالتنفيذ، هل يجوز له أن يعدل على ذلك كما هو الحال في الفسخ القضائي ؟

أولا : التعبير عن طلب الفسخ

عند عدم تنفيذ المدين الالتزامات الناشئة من عقد نص فيه على الفسخ بإرادة واحدة، يجوز للدائن أن يتمسك بالفسخ، دون المطالبة بالتنفيذ، فيكون بذلك قد استعمل حفه الاحتياطي المتفق عليه في العقد، بدلا من حقه الأصلي و هو تنفيذ العقد و تحقيق الغاية من إنشائه.

و تمسك الدائن بالفسخ يكون بتعبير يعلنه إلى المدين يخطره فيه أنه يتمسك بالفسخ. و التعبير قد يكون صراحة و قد يكون ضمنيا، مثال ذلك طلب المشتري الحكم له باسترداد ما عجله من ثمن و براءة ذمته السند المحرر بالباقي من هذا الثمن، بسبب وجود عيب خفي بالمبيع [2].

كما يمكن أن يستخلص التعبير من بعض الوقائع، فيمكن اعتبار التكليف بالحضور أما المحكمة تعبيرا بالفسخ، ولا يتعين أن يأخذ هذا التعبير شكلا معينا، فكما يمكن أن يحصل بالكتابة، يجوز أن يكون شفاهة، ولا يشترط ألفاظ معينة لأداء هذا

1- عبد المجيد الشواربي ، المرجع السابق، ص50
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 408.

التعبير، و إنما ينبغي أن يؤدي التعبير بصورة تتضح منها إرادة الشخص في إنشاء الأثر الفاسخ.

و ليس هناك ميعاد معين على الدائن أن يعبر فيه عن إرادة الفسخ و إلا سقط حقه في التمسك به و فقا للمادة 120 من ق.م.ج إلا إذا حدد في العقد الوقت المطلوب.

و السكوت عن استعمال الفسخ لا يصلح لأن يكون تعبير عن الإرادة إلا في الأحوال الاستثنائية عندما توجد ظروف يمكن أن تعطي للسكوت معني معين[1].

ثانيا: عدول الدائن عن طلب الفسخ

إذا اختار المتعاقد الدائن التمسك بالفسخ المتفق عليه، دون المطالبة بالتنفيذ بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام، ففي هذه الحالة لا يمكنه العدول بعد أن كان قد أعلن موقفه بالتمسك بالفسخ، لأنه بمجرد اتخاذه هذا الموقف لم يعد هناك عقد من الناحية القانونية بالمرة، حتى يمكن القول بجواز طلب التنفيذ، ذلك أن الإعذار الذي يوجهه المتعاقد الدائن إلى المدين، مبررا فيه نيته في فسخ العقد، هو الذي يجعل الرابطة العقدية منحلة. [2]

وهذا هو الفرق الجوهري بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي من ناحية مدى سلطة المتعاقد الدائن بفسخه إلى أن يصير الحكم القضائي نهائيا، ومن ثم فلا مانع فيه من عدول المتعاقد الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، بينما الفسخ الاتفاقي ينحل فيه العقد بغير ذلك كما أوضحنا سابقا. [3]

1- عبدالمجيد الشواربي، المرجع السابق، ص 51-52.

2 -http://www.djelfa.info/vb/showhhead.bhp2t=261238

3- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 237.

يضاف إلى ذلك أن الأخذ بجواز العدول عن الفسخ الاتفاقي إلى التنفيذ يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، ويجعل مصير العقد بالنسبة إلى المدين غير معروف.

غير أن المقصود من عدم جواز عدول الدائن عن تمسكه بالفسخ الاتفاقي إلى طلب التنفيذ، لا يسري مفعوله إذا وقع قبل وصول الإعلان عن الفسخ إلى علم المدين، لأن العقد قبل ذلك لا يزال قائما ومن ثم ليس هناك ما يمنع من عدول المتعاقد الدائن عن تمسكه بالفسخ إلى طلب التنفيذ[1].

ثالثا: حق المدين في التنفيذ المتأخر

إن المنطلق القانوني يقضي أن اشتراط الفسخ صراحة لا يعمل من تلقاء نفسه بمجرد عدم التنفيذ، وإنما يجب كي ينتج الاتفاق آثاره، أن يعقب عدم تنفيذ المدين إعلان من قبل الطرف الذي وضع الاتفاق لمصلحته يتمسك فيه بالفسخ، ولهذا يجوز للمدين إلى ما قبل صدور هذا الإعلان أن يقوم بتنفيذ التزامه وأن يصحح تقصيره، وذلك إلى أن يعلق الطرف الآخر تمسكه بذلك الاتفاق غير أنه لا يجب التوسع في جواز التنفيذ المتأخر من طرف المدين في حالة الفسخ الاتفاقي، وذلك نزولا واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 106 من ق.م.ج والتي تقضي باحترام ما يرد من اتفاقات مفيد بالنسبة للدائن الذي لم يحصل على الأداء في الميعاد المتفق عليه.

1- نفس المرجع ،ص 237.

غير أن سكوت الدائن عن الإفصاح عن إرادته في فسخ العقد يجب أن لا يتجاوز الحد المعقول، وإلا عد ذلك نزولا منه عن حقه في الفسخ، مما يجوز معه للمدين القيام بتنفيذ التزاماته تنفيذا متأخرا [1].

وغني عن البيان أن المتعاقد الدائن الذي فقد حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة نتيجة سكوته غير المعقول، لا يؤثر على حقه في فسخ العقد طبقا للمادة 119 من ق م.ج السالفة الذكر.

وتنتهي بالقول بأن للمدين الحق في تفادي إيقاع الفسخ حتى وإن كنا أمام الفسخ الاتفاقي، إلا أن مجال هذا الحق محدود وليس كما هو الشأن بالنسبة إلى الفسخ القضائي الذي يكون فيه للمدين متسع من الوقت لتفادي الفسخ.

ويلاحظ أن هذا التشديد الذي يتعرض له المدين في النسخ الاتفاقي يعود إلى طبيعة هذا النوع من الفسخ، إذ يتميز كونه استثناء من الأصل العام، ولذا فلا غرابة في أن يكون الجزاء فيه أكثر قسوة على المدين، وفي ذلك حث على تنفيذ العقود والحد من قسوة نظام الفسخ[2] .كما أن في الفسخ الإتفاقي المدين هو الذي واقف على ذلك عند إبرام العقد، فالتشديد هذا ما كان إلا تنفيذا لإرادته التي أحدثت العقد بهذه الإتفاقات و الشروط.

1 -http://www.djelf.info/vb/showhhead.bhp

2- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص24.

خلاصة الفصل الأول:

الفسخ نظام قانوني يخول للمتعاقد الدائن الحق في التحلل من العلاقة العقدية التي تربطه بالمدين الذي امتنع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويمثل بذلك حماية لحقوق الدائن الذي يصبح في مركز أقوى من مركز المدين. ولقد منح القانون للطرف الدائن في العقد الحق في الخيار بين طلب التنفيذ العيني للالتزام وطلب الفسخ سواء تعلق الأمر بالفسخ القضائي أو الإتفاقي، غير أنه إذا كان للدائن الحق في فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته، فإن هذا الحق المعترف به قانونا وقضاء محدود، وذلك حماية لاستقرار المعاملات (الفصل الثاني).

الفصل الثاني
سلطة القاضي التقديرية في حل الرابطة التعاقدية

ولما كان الفسخ يعتبر من أنسب الحلول ضمانة لحماية حق المتعاقد الدائن بالالتزام في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ التزاماته، فإن القانون حرص على ضمان حقوق الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ، إلا أنه قيده بعدم التعسف في استعماله إلى حد يلحق ضررا بالمتعاقد الآخر، أو الغير.

وقد كرس هذه الحماية من خلال تخويل القضاء صلاحية التدخل في حدود تطبيق النصوص القانونية وتجسيد الاتفاق الوارد في العقد، وذلك في حدود ضمان حقوق كلا المتعاقدين.

وإن كان في الظاهر أن وظيفة القاضي تقتصر في الأصل على تفسير العقود وتنفيذها، ولا نشاط له في حل الرابطة العقدية عن طريق الفسيخ، إلا أن واقع القضاء المدني يثبت عكس ذلك، نظرا لخطورة النزاعات بين الأفراد بسبب الفسخ، والتي قد تؤدي إلى هدر حقوق أحد المتعاقدين، لذا بات من الضرورة تدخل القاضي في حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، حتى في الحالات التي يوجد فيها الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، إلا أن حدود ممارسته لهذه السلطة يضيق ويتسع حسب نوع الفسخ، ما إذا كان فسخا قضائيا، أم فسخا إتفاقيا وإن اختلفت سلطته في النوعين، إلا أنها تبقى ذات أهمية لا يمكن الاستغناء عنها، وذلك من أجل استقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع.

المبحث الأول: سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا قضائيا

يقوم الإلتزام العقدي على أساس التوازن بين الإلتزامات المتقابلة بين أطرافه، ويجب على كل طرف الوفاء بما إلتزم به في الحدود التي ارتضاها بإرادته الحرة والواعية دون زيادة أو نقصان، إلا أنه قد يطرأ حال تنفيذه ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد تجعل تنفيذ إلتزامه مرهقا[1].

كما قد يتقاعس المدين عن تنفيذ إلتزامه سواء كان ذلك حسن النية أو سيء النية، ولما كان القانون يرمي إلى حماية حقوق المتعاقدين بات إلزاما أن يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي بمنح المدين أجلا فإذا استحال ذلك كان للقاضي دورا هاما في هدم القوة الملزمة للعقد وذلك بحل العقد بالفسخ القضائي، أو الإمتناع عن الحكم بالفسخ رغم المطالبة من قبل المدين، فالقاضي لا يستجيب دائما للدائن بل له الخيار في الإستجابة أو عدمها رغم أن الدائن يصر على الفسخ، وذلك لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال.

وظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود وتطبيقها، غير أنه توجد حالات تستدعي تدخله خاصة فيما يتعلق بحل العقود، إذ يعتبر طلب من القضاء قاعدة عامة. [2]

فيكون القاضي سلطة في تقدير واقعة الإخلال بالإلتزام ، وكذلك له سلطة في الحكم بالفسخ من عدمه، وإذا ما حكم القاضي بفسخ العقد ترتب على ذلك آثار قانونية يخضع لها المتعاقدين والغير.

1- فؤاد محمد معوض. دور القاضي في تعديل العقد. دراسة تأصيلية وتحليلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي دار الجامعة الجديدة للنشر. مصر، 2008 ص 190.

2- حسينة حمو ، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، 2001 ص 67.

المطلب الأول: نطاق سلطة القاضي في الفسخ القضائي

يجب على القاضي قبل الحكم بالفسخ القضائي من عدمه أن يقف عند واقعة الإخلال بالالتزام وتحديدها ما إذا كانت بفعل المدين أو بسبب أجنبي، تقدير مدبجسامة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي مع النظر إلى مدى احترام كيفية التنفيذ المتفق عليها في العقد.

الفرع الأول: تقدير القاضي لواقعة الإخلال بالإلتزام.

يقصد بإخلال المدين بإلتزامه عدم وفائه بالإلتزام على الشكل المتفق عليه في العقد وفق ما تقتضيه مبادي حسن النية في المعاملات ومبادئ العدالة. [1]

وعليه فأول الشروط الواجب توافرها للقول بالفسخ هو أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين، ويقوم القاضي في هذا الصدد بتقدير هذه الاستحالة ونسبتها إلى خطأ المدين، فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي كان انفساخ العقد بحكم القانون، وليس الفسخ القضائي جزاء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه[2].

بمعنى أن القاضي هو الذي يتولى تقدير أن التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين، أو لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ، كما أن القاضي هو الذي يتولى تقدير أن الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه وبذلك يكون على حق في طلب الفسخ.

ويعتمد القاضي على المعيار الموضوعي في تقديره لواقعة عدم التنفيذ ونسبتها إلى خطأ المدين، أما إذا كانت الإستحالة راجعة إلى سببين أحدها خطأ المدين، والثاني خطأ الغير فالقاضي هنا يتولى تقدير مدى مساهمة خطأ الغير.

1- حسينة حمو، المرجع السابق ، ص 68.
2- نبيل أسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتأصيلية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر 2002، ص 258.

وهو ذلك الشخص أو الأشخاص الذين لا يكون المتعاقد مسؤولا عنهم بجانب خطأ المدين، وهل يعد خطأ الغير سببا كافيا لاستحالة التنفيذ؟ أي هل يستغرق خطأ الغير خطأ المدين؟ أم أن خطأ هذا الأخير يستغرق خطأ الغير؟[1]

إن نشاط القاضي التقديري في هذا الصدد يتجه إلى بقاء المسؤولية كاملة على عاتق المتعاقد الدائن إذا كان خطأ الغير يمكن توقعه، أو يستطاع دفعه، أو اقترن به خطأ إلى حد كبير، أو أن القاضي يكتفي بالحكم بالتعويض على قدر درجة الضرر الذي تسبب فيه الدائن، وذلك بخلاف ما إذا كان فعل الغير وحده السبب في استحالة التنفيذ ولم يكن هناك خطأ في جانب المتعاقد، فيكون هو المسؤول الوحيد عن تخلف الوفاء بالالتزام[2].

وعليه فإذا لم يكن كل من فعل الغير وفعل الدائن يمثل خطأ فلا مسؤولية عنهما، واعتبر هذا الفعل من قبيل القوة القاهرة التي تقطع العلاقة السببية وبالتالي انتهاء المسؤولية العقدية[3] .

وعليه فمتى انتهى القاضي من تحديد واقعة الإخلال بالالتزام وتكيفها فإنه يتجه إلى تقدير مدي جسامتها من عدمها.

أولا: تقدير القاضي لمدى جسامة عدم التنفيذ

إن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه قد يكون كليا أو جزئيا أو تنفيذا معيبا، أو تأخيرا في التنفيذ، ويكون الجانب غير المنفذ على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للالتزام ككل، أو يكون قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، وبالتالي فإن تقدير جسامة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب متروك القاضي.

1-

2- إبراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية ونقدية، رسالة ماجيستار، في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1995 1994 ص 133

3- المرجع السابق، ص 133

أ. عدم التنفيذ النهائي

يتحقق عدم التنفيذ النهائي أو الكلي عندما يرفض المدين ما إلتزم به أو عندما يستحيل عليه أن ينفذ ذلك كأن يخل المستأجر بتنفيذ التزاماته التعاقدية وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قضية بتاريخ2002/09/17 ملف رقم 2702016.

حيث يتبين من ملف القضية والقرار المطعون فيه أن موضوع النزاع يهدف إلى فسخ عقد الإيجار الذي يربط المطعون ضدهم بالطاعن بسبب توقف هذا الأخير عن تسديد بدل الإيجار المترتب في ذمته وعدم امتثاله للإنذار الموجه له بتاريخ 2000/02/27وذلك بسبب التأجير من الباطن للعين المؤجرة.

وبالرجوع إلى القرار المطعون يتبن أن قضاة المجلس وقفوا على حقيقة النزاع لما أسسوا قرارهم على أن الطاعن لم يفي بالتزاماته التعاقدية فيما يخص دفع الإيجار، والتنازل عن العين المؤجرة دون رضى المطعون ضدهم، واعتبروا ذلك من الأسباب القانونية الكافية التي تفقد المستأجر صفة حسن النية،

– بمعنى القانون في مواصلة شغل العين المؤجرة، وتمنح الحق للمؤجر المطالبة بفسخ الإيجار دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء للمستأجر مادام أنه أخل بالتزاماته التعاقدية وهو ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري[1].

ب– عدم التنفيذ الجزئي

إن عدم التنفيذ الجزئي تكون سلطة القاضي التقديرية فيه بالنظر إلى معرفة ما إذا كان تخلف الكمية أو الكيفية من الأهمية بحيث يترتب عليه فوات المنفعة التي يرجوها الدائن من الأداء [2].

1- قرار المحكمة العليا بتاريخ2002/09/17 ملف رقم 2702016، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004،ص175، 176.

2- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص16

وعليه ففي عقد البيع مثلا إذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه كاملا فيما يتعلق بدفع الثمن إذا قام بالوفاء بجزء من التزامه والمتمثل في دفع جزء من الثمن المطلوب، فقد يحكم القاضي في مثل هذه الحالة بالفسخ وقد لا يحكم به فإذا كان الجزء غير المنفذ قليل الأهمية اكتفى القاضي بالحكم بالتعويض، أما إذا كان جوهريا فعندئذ يقضي بفسخ عقد البيع[1] لدى سلطة القاضي التقديرية في حل الرابطة التعاقدية.

ج- تأخير المدين في تنفيذ التزامه

إن تأخير المدين عن تنفيذ التزامه قد يكون تأخرا في تنفيذ الالتزام كله أو في جزء منه، ولا يجوز إعتبار التأخر في التنفيذ كعدم التنفيذ لأن التأخر الذي ينصب على الالتزام لا يزال تنفيذه ممكنا، وبالتالي يمكن للمدين تنفيذه في الوقت المحدد.

ويستوي أن يكون عدم التنفيذ قد انصب على التزامات تبعية كالتزام البائع إلى جانب نقل الملكية في عقد البيع بالتسليم والضمان، أو يكون قد انصب على التزامات أساسية في العقد كما هو الحال بالنسبة إلى نقل الملكية لعقد البيع مقابل الثمن أو الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل دفع بدل الإيجار في الأجل المتفق عليه في العقدا. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قضية لها بتاريخ2005/04/23 ملف رقم 348596 حيث يتبين من القرار المطعون فيه وأن قضاة الموضوع بينوا بأن المطعون ضدها وجهت إنذار للطاعن بواسطة محضر قضائي بتاريخ 04/07/2000 عند عدم الامتثال وأنه عملا بالمادة 191 من القانون التجاري، يجوز فسخ عقد الإيجار في حالة عدم دفع بدل الإيجار وأن الطاعن عرض استعداده لدفع بدل الإيجار بعد فوات الأجل[2].

وعليه فإنه رغم إمكانية دفع بدل الإيجار في هذه الحالة إلا أن القاضي حكم بفسخ العقد بسبب التأخر في الدفع والذي اعتبره سبب جوهريا للحكم بالفسخ[3].

1- المرجع السابق، ص ص 168 - 169.
2- عبد الكريم بلعور، المرجع السابق، ص 168-169
3- قرار المحكمة العليا بتاريخ2005/04/13 ، ملف رقم 348596، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2005،ص208

فعلى الرغم من هذه الفروق بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات التبعية فإن كلا منهما إذا لم يتحقق يعد إخلال بالتزام تعاقدي في نظر القانون، يجعل للمتعاقد الآخر الحق في طلب الفسخ، كما أن المتعاقد لا يستطيع أن يفصل بين الالتزامات الرئيسية التي نفذت والالتزامات التبعية التي لم تنفذ لأن هناك صلة بين الالتزامات التعاقدية، وهو ما أكدته الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء : « المادة 167 من ق.م.ج بنصها كما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني » والمحافظة عليه حتى التسليم المصري [1] ذلك أن التسليم هو التزام تبعي، وعدم القيام به يعتبر إخلالا بالتزام من الالتزامات التي ينشئها العقد، مما يعطي الحق للمتعاقد الدائن في طلب الفسخ[2].

ثالثا: تحديد القاضي كيفية التنفيذ

بالإضافة إلى تقدير القاضي مدى الإخلال بالالتزام من عدمه فان القاضي ينظر إلى كيفية التنفيذ، هل تمت على النحو المتفق عليه في العقد، والذي يحقق الغرض الاقتصادي من التعاقد، ويعود بالنفع المطلوب على الدائن أم أنها لم تتم كذلك.

فإذا كنا بصدد عقد إتفق فيه الدائن مع الصانع المدين على صنع شيء معين بمواصفات فنية معينة فأنجزها الصانع ولكن مغايرة، فإن عدم التنفيذ يكون قد وقع من حيث الكيف، فتكون للقاضي السلطة في الحكم بالفسخ من عدمه[3].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحكم بالفسخ

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا 2 « من ق .م .ج / طبقا لنص المادة 119حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية فإن القاضي ليس مجبر على الحكم بالفسخ إذا ما طلبه » بالنسبة إلى كامل

1- إذا جاء فيها: يتفرع عن الالتزام بنقل حق عيني من عين الشيء المعقود عليه، التزام تبعي، يتمثل في وجوب تسليم الشيء. نقلا عن عبدالكريم بلعيور، المرجع السابق، ص169

2- المرجع السابق، ص 69

3- فؤاد محمد عوض، المرجع السابق، ص 887.

الالتزامات الدائن، بل إن له في ذلك سلطة تقديرية واسعة حيث يجوز له اختيار الحل المناسب وفقا للظروف التي وقع فيها الإخلال بالالتزام العقدي، فإذا رأي أن عدم التنفيذ غير مبالغ أو كان لظروف خارجة عن إرادة المدين، جاز له أن يمنحه أجلا إضافي لتنفيذ التزامه كما يجوز للقاضي أن يرفض الاستجابة لطلب الفسخ إذا كان طلب الدائن لا مبرر له ويجوز للقاضي أن يمنح بالفسخ إذا رأى أن هناك ظروفا تبرره.

أولا: منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه

قد تتوافر للدائن الشروط القانونية لفسخ العقد من أجل التحليل من الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه، ولكن القاضي لما له من سلطة تقديرية واسعة لا يحكم فورابالفسخ، وإنما يمنح المدين أجلا معينا للقيام بالتنفيذ، لعله يقوم به خلال هذه الفترة، مما يجعل الفسخ لا مبرر له، إذا ما قام المدين بالتنفيذ خلال الأجل، لأن الغرض الأصلي من إبرام العقود في الحقيقة هو تنفيذها، وليس فسخها[1].

وإن الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين المرفوعة عليه دعوى الفسخ بسبب عدم التنفيذ وقبل الحكم بالفسخ، يكون بهدف الحد من صرامة الفسخ وآثاره والعمل على المحافظة على العقود ما أمكنت، لا سيما وأن الدائن قد يرفع دعوى الفسخ ولو لم يمضي على حلول الأجل إلا وقت يسير، وقد يكون للمدين عذرا في تأخره عن التنفيذ، كأن يخطئ في تفسير العقد، فيتأخر في تنفيذه وهو حسن النية، فلا يكون في هذه الحالة مبررللفسخ، أو أن لا ضر أصاب الدائن من جراء التأخر في تنفيذ، أو أصابه ضرر بسيط، أو أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين.

ويباشر القاضي سلطته في منح المهلة بصدد دعوى الفسخ في جميع الحالات وفي جميع العقود، ما لم يكن هناك نص يمنعه من مباشرة هذه السلطة، والقاضي إذ

1- عبد الكريم بلعبور، المرجع السابق، ص18

يمنح المدين أجلا إنما يستعمل سلطة تقديرية لا تعقيب للمحكمة العليا عليه .وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ2000/01/12 [1].

عندما قضت بأن قضاة المجلس عندما منحوا المطعون ضدها للتنفيذ معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الإستثنائية

السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما[2].

ولا يمنع القاضي إعطاء مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى، وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وليس له أن يتعداها، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى، ويعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، بعد انقضاء المهلة حتى ولو لم ينص القاضي على ذلك . لأن حكمه اشتمل على أمرين:

الأول منجز وهو الحكم بإعطاء المدين أجلا، والثاني شرطي وهو الحكم بالفسخ والواقعة الشارطة هي انقضاء الأجل دون تنفيذ [3].

والشرط هنا واقف ما دام لا يزال يجوز للمدين أن ينفذ في خلال الأجل الممنوح له، أي العلاقة الناشئة عن العقد لا تزال قائمة، وأنه لكي يتحقق الشرط فيقع الفسخ، يجب أن يستمر عدم التنفيذ بعد انقضاء ذلك الأجل، فإن حصل التنفيذ العيني في خلال الأجل الممنوح للمدين تخلف الشرط الواقف وامتنع على الدائن طلب الفسخ، أما إذا انقض الأجل دون تنفيذ فقد تحقق الشرط ووقع الفسخ ولم يعد بالدائن حاجة إلى أن يعود ثانية للقاضي ليطلب منه فسخ العقد.

1- عبد المجيد الشواربي، المرجع السابق، ص36-37.
2- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ2000/01/12 ، ملف رقم 11278، المجلة القضائية، العدد الأول، السنة 2001 ص 114-116
3- عبد المجيد الشواربي، المرجع السابق، ص 37.

إن منح المدين مهلة للتنفيذ غالبا ما تكون بناء على طلب المدين حسن النية، لكن هل يجوز للقاضي أن يمنح المدين مهلة للتنفيذ دون طلب منه

ذهب بعض الباحثين إلى القول بأن القاضي أن ينظر للمدين نظرة الميسرة ولو لم يطلبها المدين منه [1].

وذلك رغبة في الحد من صرامة الفسخ وآثاره والعمل على المحافظة على استقرار العقود ما أمكن، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن القاضي يملك رفض الفسخ كلية، ومن يملك الأكثر يملك الأقل، وباستقراء أحكام القضاء نجد أن القاضي كثيرا ما يلجا إلى منح المدين مهلة التنفيذ قبل الحكم بالفسخ..

ولقد نص القانون المدني عن هذا الأجل زيادة عما جاءت به المادة 119 السالفة الذكر في المادة 281/2 والتي تنص (غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها

مما يدل على أن القاضي سلطة في منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه إلا أنه ليست مطلقة فهناك حالات يمتنع فيها القاضي عن منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه.

1- المادة 281 ف 2: غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا اجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وان يوقفو التنفيذ مع ابقاء جميع الأمور على حالها. ة القاضي التقديرية في حل الرابطة التعاقدية

أ- الأجل في دعوى التنفيذ ودعوى الفسخ

إن سلطة القاضي في منح المدين أجلا في الواقع هي إستثناءا من القاعدة العامة التي تقضي بأن لكل متعاقد الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزاماته التعاقدية الواردة في المادة 119 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري.

لكن زيادة على هذه المادة أورد المشرع نص المادة 281 فـ2، السابقة الذكر لكن أي المادتين تطبق عند منح الأجل بصدد دعوى الفسخ؟

إن الأجل الذي جاءت به المادة / 281 من ق.م.ج ليس هو ذات الأجل الذي قضت به المادة 119/2 من ذات القانون ذلك أن الأجل الذي يمنحه القاضي وفق المادة 2/281 يكون بصدد دعوى التنفيذ فأساسه هو قواعد العدالة والتخفيف من شدة التعاقد التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

ويترتب على ذلك أن الأجل الذي يمنحه القاضي بصدد دعوى التنفيذ الواردة في نص المادة 281 ف 2ق.م. جا، هو عبارة عن استثناء من تلك القاعدة العامة السابقة الذكر، في نص المادة 119 من ق.م.ج، ومن ثم لا يجوز للقاضي منح المدين أجلا في حالة دعوى المطالبة بالتنفيذ إلا في حالات خاصة تطلبتها حالته الاقتصادية أو مركزه المالي، وفضلا عن ذلك فإن الأجل في دعوى التنفيذ لا يجوز أن يتعدى مدة سنة وأن يكون مخالفا لنص قانوني آخر أو يؤدي التأخير إلى إلحاق ضرر بالدائن.

وإن الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام، وذلك بعكس دعوى الفسخ يجوز الاتفاق على استبعاده خاصة في النسخ الاتفاقيا[1].

وعليه فان الأجل الذي يعتد به في الفسخ القضائي هو الوارد في المادة02/119 أي نوع من العقود الملزمة للجانبين من وجد مبرر لذلك .ويمتنع القاضي عن منح الأجل في حالات حددها القانون.

ب- موانع منح المدين أجل للتنفيذ

إن سلطة القاضي التقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ لا ينبغي أن يبالغ فيها إذا توجد حالات لا يجوز فيها للقاضي أن يمهل المدين كما لو كان هذا الأخير ملزما بعدم القيام بعمل ولكنه قام به إذ يصبح تنفيذ الالتزام الذي يرجوه الدائن والذي تعاقد من أجله مستحيلا مما يجعل الأجل لا فائدة منه كذلك الحال إذا التزم المدين بالقيام بعمل في وقت معين ومن ثم لا فائدة من إعطاء المدين أجلا للتنفيذ[2].

كما أن المدين سيء النية لا يجوز أن يمهله أجلا، لأن الأصل في تنفيذ العقد هو حسن النية طبقا للمادة01/107 من القانون المدني الجزائرية. ومنه يجب مجازاته بجزاء مشدد لا أن يعامل معاملة حسنة ويتضح مما سبق أن منح المدين أحلا للتنفيذ أمرا متروكا للقاضي المعروض أمامه النزاع، فإذا تبين له فائدة منه منحه له، أما إذا تبين له أنه لا جدوى منه حكم بالفسخ دون منحه الأجل[3].

1- عبد الكريم بلعبور، المرجع السابق، ص18
2- المرجع السابق، ص 178.

3- المادة 107 من القانون .م.ج (يجب أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية) - حسينة حمو، المرجع السابق، ص 78.

ثانيا: رفض القاضي لطلب الفسخ

بناءا على نص المادة 119 من القانون المدني (....كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات).

فإنه إذا كان عدم التنفيذ جزئيا أو تافها بالنسبة إلى الالتزام في جملته كان للقاضي سلطة في رفض طلب الدائن الذي يتمثل في فسخ العقد.

وفي هذه الحالة تظهر أهمية سلطة القاضي في تقدير جسامة عدم التنفيذ الجزئي حتى يقضي بالفسخ أو عدمها[1].

وللقاضي قبل الحكم برفض الفسخ والاكتفاء بالتعويض أن يأخذ في اعتباره موقف الدائن وعما إذا كان قد تعنت في قبول الوفاء من المدين أو معاونته في ذلك، فإذا أبدى المتعاقد استعداده للتنفيذ إلا أن الطرف الآخر استمر في التهرب حتى يتوصل إلى التخلص من العقد بطلب فسخه، فللقاضي أن يرفض ذلك ويحكم بالتعويض إذا لزم ذلك، وتلك مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون معقب عليه من المحكمة العليا، طالما جاء تقديره سائغا[2].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح وكان الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمني فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي، إذا ما تبين لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن، بحيث لم يكن يستأصل في قصد المتعاقدين فسخ العقد، وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها.

1 -http://www.djelfa.i,fo/vb/showrhread-php2t=261238 .

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 411

كما قضت محكمة النقض المصرية أيضا بأنه لا معقب على محكمة الموضوع إذا هي ناقشت في حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها، وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون عليها وتعهدت

البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة لاسم المشتري في مدة لا تزيد عن 15يوما وإلا التزمت برد الثمن الذي قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين، وكان الحكم إذ قضى برفض دعوى الفسخ من المشتري وذلك لسببين الأول هو تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشتري لم يكن نكولا عن التزام جوهري لأن ملكية السيارة وحيازتها وقد انتقلت إلى المشتري من وقت البيع، والسبب الثاني هو أن البائعة عرضت على المشتري نقل الرخصة لاسمه فلم يتعاون معها في إتمام الإجراءات فانه ليس فيما قرره هذا الحكم مخالفة للقانون.

بناء على هذه الأحكام القضائية تظهر أهمية دور القاضي في رفض الحكم بالفسخ بناء على تقديره لجسامة الإخلال بالالتزام وحتى يصل القاضي إلى تحديد مدى الجسامة، فما هو المعيار الذي يعتمده في ذلك؟

اختلف الفقه حول ماهية المعيار المطبق في تقدير مدى جسامة الإخلال بالالتزام فيذهب البعض إلى أنه المعيار الموضوعي، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه المعيار الذاتي.

أ- المعيار الموضوعي في رفض طلب الفسخ

إن المعيار الذاتي ليس مطلق، إذ أنه لا يسعف القاضي في جميع الحالات، للوصول إلى الحقيقة ذلك أنه نية الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ يصعب في بعض الحالات التحقق منها، كما أن عدم التنفيذ قد يتخذ صور متعددة في الحياة العملية، ليس

من السهل الاعتماد فيها على المعيار الذاتي، بل لا بد من الاستعانة بقواعد موضوعية ينظر فيها القاضي إلى كمية الالتزامات التي لم تنفذ بالنسبة إلى كامل الالتزامات التعاقدية وهو ما يمكن تسميته بالمعيار الموضوعي [1].

المقصود بالقواعد الموضوعية التي يستند إليها القاضي خلال بحثه في تقدير جسامة عدم التنفيذ هو أن يعتمد على إرادة الطرفين لكن ليس بصورة شخصية، أي على أساس تقدير الدائن لمصلحته المعتدى عليها، بل بصورة موضوعية، أي على أساس مدى ما يترتب على عدم التنفيذ من اختلال في التوازن العقدي[2].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن في حالة عدم التنفيذ الجزئي للعقد يعطي للمحاكم سلطة رفض طلب الفسخ عندما يكون هناك عدم تنفيذ الجزء هام من الالتزام وذلك من أجل الحفاظ على بقاء العقد واستمراره ما دام أن الدائن قد يحصل على تعويض على الجزء الأخر غير منفذا[3].

إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من رفض الحكم بالفسخ حتى ولو كان عدم التنفيذ جسيما أو كليا متى رأى ذلك هو الصحيح، وهدفه من ذلك هو المحافظة على النظام الأساسي للعقود وهو تنفيذها وعدم تعسف أطراف العقد في استعمال حقوقهم، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ 1990/12/14 .

إن الفسخ ليس نظاما تعسفيا يستفاد منه لدى المصلحة وإنما هو موقف استئنافي وضعه المشرع بغرض حماية مصالح المتعاقد الذي يخل بإلتزامه العقدي.

1- عبدالكريم بلعيور، المرجع السابق ، ص 187.
2- عبدالمجيد الشواربي، المرجع السابق، ص 38.
3- حسينة حمو ، المرجع السابق، ص 82.

إن المحكمة العليا اعتبرت أن البائع قام بكل التزاماته التي فرضها عليه عقد البيع، فلا يمكن أن نجازيه على ذلك بقبول دعوى فسخ العقد ورد الثمن[1].

هذا الموقف القويم يجعلنا نقول أن القضاء يشجع الأطراف على تنفيذ التزاماتهم والمضي في ذلك إلى النهاية، وبذاك يجنب العقود والاتفاقات الانحلال ونتائجه الخطيرة في واقع التعاملات اليومية للأفراد.

ب- المعيار الذاتي في رفض طلب الفسخ

مؤدي هذا المعيار أن القاضي عند تقديره لجسامه عدم التنفيذ يأخذ في الإعتبار بنية الدائن المتعاقد و التي تعتزم على أمر معينة وقد وردت في عقد البيع عدة تطبيقات لهذا المعيار الذاتي ، إذ تنص المادة 365 من الق.م. ج « إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف فير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع » كما تنص المادة 370 من ق.م. ج « فإذا انقضت قيمة البيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع و إما أن يبقى البيع أنقاص الثمن[2].

و انطلاقا من هذه النصوص الصريحة التي لا تدع مجالا للشك في أن المعيار الذاتي بمفهومه السابق الذكر ، هو الأساس الذي يستعين به القاضي خلال تقديره

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1990/12/04 ، نشرة القضاه، العدد 46 ص 41 نقلا عن حسين تونسي، المرجع السابق ص 71

2- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص186

لأهمية عدم التنفيذ الذي تسبب فيه المدين ، و ذلك بأن يعود على إرادة الدائن بالالتزام لا على إرادة المدين و لا على إرادته هو« القاضي«

و مما لا شك فيه أن هذا المعيار الذاتي يحقق العدالة التي تنشئها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ذلك أن القاضي عندما يستعين بالمعيار الذاتي لا يقف عند القيمة المادية للالتزامات المتقابلة و إنما يتجاوز ذلك إلى أهميتها في نظر المتعاقد الدائن بالالتزام و الذي لم ينفذ [1].

ثالثا: سلطة القاضي في الحكم بالفسخ

إن القواعد العامة لنظرية الفسخ تقضي بأن يكون فسخ العقد بالنسبة إلى جميع أجزاء العقد عندما يكون عدم التنفيذ كليا، والقول بغير ذلك يخالف المنطق الذي قامت عليه نظرية الفسخ.

ومن المعروف أيضا أن فسخ العقد كليا، أو رفضه نهائيا هو الأصل العام التي تبني عليه سلطة القاضي التقديرية، غير أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء يجيز فيه المنطق والقانون للقاضي أن يتخذ موقفا وسط بين الإبقاء على العقد مع التعويضات، وبين فسخ العقد كله، وهو حل وسط يتمثل في الفسخ الجزئي[2].

أ. سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا كليا

يستطيع القاضي الحكم بالفسخ إذا تبين له أن الظروف تبرره، كما لو تبين عدم جدوى الإبقاء على العقد، أو سوء نية المدين وتعمده عدم التنفيذ أو إهماله الجسيم في ذلك بالرغم من إعذاره، ويتحقق ذلك في حالة عدم التنفيذ الكامل للإلتزام، أو عدم تنفيذ

1- لطيفة أمازوز، المرجع السابق، ص449
2- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 191

الجزء الأكبر منه أو التنفيذ المعيب، أو المتأخر للالتزام على نحو لا يحقق الغرض المقصود منها[1].

كما أن للقاضي أن يقضي بفسخ العقد كلية إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان يحتملها، ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي في العقد. وإن واقع القضاء المدني يثبت الحكم بالفسخ حتى وإن كان الإخلال لا يلزم الفسخ وذلك بناء على ما تبينته المحكمة من وقائع وأدلة، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه:

وان كان الإخلال الوارد في عقد البيع لا يوجب الفسخ حتما ولكن قضت المحكمة بناء على ما تبينته من وقائع الدعوى وأدلتها المطروحة عليها من أن المشتري قد بدا منه في مدى الثماني سموات التي تحدث الحكم عنها ما يدل على أنه لا يعتزم إقامة الأبنية المتفق عليها، فإن ما يثيره المشترى من أن نشوب الحرب بعد مضي الثماني سنوات المذكورة هو الذي حال دون قيامه بالتزامه لا يجديه ما دامت المحكمة قد جزمت بأن نية عدم إقامة البناء قد ثبتت قبل نشوب الحرب، وهي لا معقب عليها فيما استخلصته من ذلك وبالتالي بناء على ذلك على فسخ عقد البيع.

ب- سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا جزئيا

إن الفسخ الجزئي يتحقق عندما يقضي القاضي بفسخ جزءا من العقد ويبقي بقية الأجزاء الأخرى، ويتحقق ذلك إذا كان عقد البيع مثلا قابلا للتجزئة، أو قام البائع بتسليم جزء منه، فإن القاضي يستطيع الحكم بالفسخ للمبيع حتى يتمكن المشتري من الاحتفاظ بالجزء الذي سبق أن تسلمه من البائع.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 41

ومما لا شك فيه أن الفسخ الجزئي للعقد يقع في العقود التي تتضمن أداءات متتابعة أكثر من غيرها، أي العقود الزمنية، كما لو كان الأمر يتعلق بعقد من عقود التوريد، إذ تنشأ عنه مجموعة التزامات متقابلة، تكون في معظم الحالات مجموعة من الأداءات مستقل بعضها عن البعض من حيث كيانها الاقتصادي، وتحقيق كل مجموعة منها مهمة المتعاقدين، ولو لم تنفذ في جميع الأجزاء الأخرى، ويترتب على ذلك جواز الحكم بالفسخ على إحداها دون أن تمس بقية الأدوات الأخرى، ولا أن يؤثر عليها مهما بلغت أهمية الجزء الذي حكم بفسخه، فلا تكون في مستوى جميع الأداءات الباقية[1].

يصل القاضي إلى تقرير الفسخ الجزئي للعقد بتقديره جسامة عدم التنفيذ، فإذا قدر أن عدم التنفيذ الجزئي لم يبلغ قدرا من الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، وأن تنفيذه صار مستحيلا فله إزاء الفسخ سلطة تقديرية، فله أن يقضي بالفسخ الجزئي بدلا من الفسخ الكلي، والرأي الراجح في الفقه يؤيد سلطة القاضي في اختيار الفسخ الجزئي لأنه أكثر ملائمة وأوفر مصلحة للطرفين، وأكثر تحقيق العدالة خاصة إذا كان الالتزام العقدي قابل للتجزئة. [2]

رابعا: موانع الحكم بالفسخ

و هناك حالات يمتنع فيها القاضي عن الحكم بالفسخ وهي حالة الحوادث الاستثنائية، حالة الدفع بعدم التنفيذ، وذلك بهدف رد الالتزام إلى الحد المعقول[2].

1- لطيفة أمازور، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011 ص 451-452.

2- حسينة حمو المرجع السابق ، ص 85.

أ-الحوادث الإستثنائية

قد تطرا في مرحلة تنفيذ العقد حوادث غير متوقعة تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وبالتالي تمنع تنفيذها إلا أنه في مثل هذه الحالة هل يبقى المدين ملزما بتنفيذ العقد أم لا؟

التزام المدين لا ينقضي لأن الحادث الاستثنائي ليس قوة قاهرة، كما أن هذه الالتزام لا يبقى كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول دون فسخ العقد لأن الحادث الاستثنائي جاء عاما، ليس في الإمكان توقعه ولا في الوسع دفعه، كما أنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا. وهو ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني ج غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها« أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك...."

إن المادة 107 من ق م ج حددت الشروط الواجب توافرها لإعمال الحادث الاستثنائي، وبالتالي منع القاضي من الحكم بالفسخ، وهي:

1- أن يكون الحادث الإستثنائي عاما:

والمقصود بالعموم أن يكون الحادث الإستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم جميع البلاد، بل يكفي أن يشمل أثره على عدد كبير من الناس كأهل إقليم أو طائفة معينة كالزراع في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها، أما إذا كان الحادث

الاستثنائي خاص بالمدين وحده فلا يطبق عليه هذا الاستثناء وبإمكان القاضي أن يحكم بالفسخ وبالتالي لا يمكن أن يتذرع بمرض أصابه حال دون تنفيذ التزامه[1].

2- أن يكون الحادث الإستثنائي ليس في الإمكان توقعه :

يتولى يتولى القاضي تقدير عنصر عدم التوقع، وهذا التقدير يتم بالاعتماد على المعيار الموضوعي، فيحدد القاضي ما إذا كان في وسع الرجل العادي توقع أو عدم توقع هذه الظروف الاستثنائية العامة.

فإذا خلص القاضي أن الحادث الطارئ كان من الممكن دفعه، فلا مجال لإعمال النظرية، أما إذا خلص إلى عدم إمكانية دفعه وفقا لمقدرة الرجل العادي، فهنا يمكن دفعه إذا توافرت بقية الشروط[2].

3- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا:

يتولى القاضي تقدير مدى الإرهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام، وإن تحديد مدى إرهاق المدين معياره مرن، يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين، لا يكون مرهقا المدين آخره وكل هذه الشروط تمنع القاضي من الحكم بفسخ العقد وإعفاء المدين من تنفيذ التزامه.

ب : حالة الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

تنص المادة 123 من ق.م. ج:« في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت كل اللإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا الم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به[3].

1- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتأصيلية، دار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، مصر،200 ،ص 267
2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص268
3- المرجع السابق، ص269

وعليه ففي العقود الملزمة للجانبين، للمتعاقد بدلا من أن يطالب بالفسخ إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه، أن يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه، والواقع أن الدفع بعدم التنفيذ هو صورة من صور الحق في الحبس.

فالدفع بعدم التنفيذ يفترض أن يكون التزام كل من المتعاقدين واجب التنفيذ فورا وان يكون احدهما واجب التنفيذ ويمتنع المدين به عن تنفيذه، فيكون للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن الدفع ويتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يقوم من يجب عليه التنفيذ أولا بتنفيذ التزامه[1].

أما الحق في الحبس فقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 200 من ق.م.ج والتي تنص لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بإلتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بإلتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.

وعليه فإن القاضي وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ من عدمه إلا أنه هناك حالات استثنائية تمنعه من الحكم بالفسخ وذلك بغرض رد الالتزام إلى الحد المعقول.

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مطبوعات الديوان الجامعية، ط1، الجزائر،2005 ص 110

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناتجة عن الفسخ

إن المشرع الجزائري تناول آثار فسخ العقد في نص المادة 122 من ق.م.ج فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض.

و عليه فيظهر من نص المادة 122 من الق.م. ج ، أن الفسخ بجميع صوره ، قضائي أو اتفاقي يترتب عليه آثار قانونية بالنسبة للمتعاقدين ، و قد تمتد هذه الآثار إلى الغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدين .

الفرع الأول: آثار فسخ العقد بالنسبة للمتعاقدين

إن القاعدة العامة المترتبة على فسخ العقد هي محو آثاره في الماضي و إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه من قبل ، إلا أنه هناك حالات استثنائية يستحيل فيها إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه قبل التعاقدا[1].

أ: زوال العقد بأثر رجعي كقاعدة عامة

يقضي فسخ العقد أن يرد كل متعاقد إلى الآخر ما حصل عليه من أداء وفقا للعقد أي يسترد كل من الدائن و المدين ما قدمه للآخر.

1 –بالنسبة للدائن:

لا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة حيث لا يكون الدائن قد تلقى شيئا من المدين ، إذ أن مجرد إيقلع الفسخ يجعله متحللا من التزاماته التعاقدية ، التي كانت على عاتقه نحو الطرف الآخر ، و من ثم لا يؤد الدائن للمدين شيئا ، و يسترد منه شيئا[1].

1- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص273.

غير أن الأوضاع التي تحدث في الميدان العملي ليست دائما على هذا النحو من السهولة[2].

فقد يكون الدائن قد تلقى بعض الأداءات من المدين كتنفيذ جزئي للعقد قبل نسخه ، فإذا كان العقد مثلا عقد بيع فإن المشتري يرد المبيع و ثمراته ، و يرد البائع الثمن و فوائده من وقت المطالبة القضائية ، مع ملاحظة ما تقضي به المادة 454 من ق.م.ج [3] في شأن تحريم فوائد القرض الاستهلاكي بين الأفراد، ويقوم التزام المتعاقد برد ما أعطي له على أساس أحكام الاسترداد غير المستحق[4].

وللدائن في نفس الوقت الذي يطالب برد ما قبضه من المدين أن يسترد ما كان قد قدمه لمدينه كتنفيذ للعقد قبل فسخه لأنه كما أوجب عليه القانون رد ما أخذه، أعطاه الحق من جهة أخرى في استرداد الأداء الذي كان قدمه دون مزاحمة الدائنين الآخرين فيما استعاده، ذلك أن الفسخ يخول للدائن مركزا ممتازا على خلاف المطالبة بالتنفيذ التي يخضع فيها لقسمة غرماء كبقية الدائنين الآخرين، وللدائن أيضا الحق في حبس الأداء الذي يكون قد قدمه له المدين إلى أن يحصل على حقه منه

غير أن الواقع العملي يثبت أنه بالرغم من فسخ العقد وإعادة المتقاعدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التقاعد، فقد يلحق الدائن ضرر من جراء الحكم بالفسخ، ولذلك كان من حق الدائن زيادة على المطالبة باستيراد المبيع مثلا كأثر من آثار فسخ عقد البيع أن يطالب المدين بتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الفسخ لكن التعويض في هذه الحالة لا يكون مرده إلى العقد ذلك أن العقد قد زال بأثر رجعي وإنما مرده إلى المسؤولية التقصرية للمدين[5].

1- حسينة حمو، المرجع السابق، ص ص 86 - 87.
2- تنص المادة 454 من ق.م. جد القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك
3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في الق، م. ج ، ج 1 ، التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 200 ، ص315
4- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص274.
5- عبد الكريم بلعيور المرجع السابق، ص276

ب – بالنسبة للمدين:

إن فسخ العقد وزوال الالتزامات التي يكون قد أنشأها بأثر رجعي يجعل المدين أيضا مطالب برد ما أخذه من المتعاقد، فإذا كان العقد بيع فإن المدين مطالب برد المبيع وما حصل عليه من ثمار كذلك من حقه أن يسترد الثمن والمصروفات التي أنفقها للمحافظة على المبيع.

وإذا كان القانون يجيز للدائن كما رأينا الجمع بين الفسخ والتعويض في بعض الحالات، فإن هذه الحالة خاصة بالنسبة للدائن وحده، ومن ثم فإذا ألحق الفسخ ضررا بالمدين فلا يجوز له أن يطالب بالتعويض بل يجب عليه أن يتحمل وزر تقصيره، والقول بغير ذلك ينافي المنطق القانوني، ويشجع كل مدين على عدم التنفيذ، وهو أمر يرفضه القانون بصفة عامة، بإعتباره المحارب المثل هذه الأوصاف في التعاملات بين أفراد المجتمع الذي ينظمه.

ثانيا : استحالة رد العين إلى ما كانت عليه

هناك حالات استثنائية يقع فيها الفسخ إلا أنه يستحيل فيها رد العين، أي إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كان يكون المبيع قد هلك في يد المشتري، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على ما كان قدمه للدائن ففي هذه الحالة أجاز المشرع الجزائري القضاء الحكم بالتعويض ويتولى تقديره القاضي وذلك في المادة 119 من ق.م. ج « فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض

وفي هذا الشأن يجب التمييز بين التعويض الذي يتحصل عليه المتعاقد في إطار إعادة المتعاقدين، إلى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد طبقا لنص المادة 122 من

الق.م.ج والتعويض الذي يتحصل عليه الدائن بمقتضى المادة 119 من قبل الضرر الذي المادة 122 من الق.م.ج والتعويض الذي يتحصل عليه الدائن بمقتضى المادة 119 من قبل الضرر الذي لحقه نتيجة فسخ العقد بغض النظر عن استحالة أو عدم استحالة الردا[1].

وبناء على ذلك فإذا حكم القاضي بالتعويض نتيجة استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد كان ذلك على أساس المادة 122 من ق.م [2].

أما إذا حكم القاضي بالتعويض نتيجة للضرر الذي أصاب الدائن من جراء خطر المدين حتى ولو كان بالإمكان إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فيكون في هذه الحالة على أساس المادة 119 من ق.م.ج.

كما أنه يستحيل تطبيق الأثر الرجعي للفسخ على العقود الزمنية لأن الفسخ يقتصر على العقود الفورية، ذلك أن عقود المدة كالإيجار أو التأمين أو العمل لا يكون للفسخ اثر رجعي فيها وتعتبر محكمة النقض اللبنانية عند ذلك بقولها :من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر الدوري التنفيذ، كالإيجار أنه يستعص بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي الان الزمن فيه أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه، والتقابل بين الالتزامات فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه فان آثار العقد التي أنتجها قبل العقد تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ولا يفسخ العقد إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة إلغاء للعقد.

1- علي فيلالي النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012. ، ص 437
2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص315

وعليه فمتى استحال الرد جاز للقاضي الحكم بالتعويض ذلك أن المادة 122 من ق.م.ج جاء الحكم فيها شاملا لجميع الحالات التي يستحيل فيها إعادة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد فالنص جاء مطلقا ودون تحديد لاستحالة معينة أو الفئة من العقود دون فئة أخرى.

الفرع الثاني : آثار فسخ العقد بالنسبة للغير

يترتب على فسخ العقد زوال حقوق الغير كقتعدة عامة غير أنه تترتب استثناءات على هذه القاعدة العامة.

أولا : زوال حقوق الغير

القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية النسخ هي أن الأثر الذي يحدثه الفسخ لا يقتصر على المتعاقدين فقط و إنما يمتد ليشمل الغير أيضا إذا تتأثر حقوقه أيضا التي تكون قد انتقلت إليه من أحد المتعاقدين فتزول هي الأخرى كأثر لإعمال الفسخ، كتلك الحقوق التي رتبها المشتري للغير على الشيء المبيع[1].

فإذا اشترى شخص عين ثم باعها لآخر ورتب عليها رهن، ثم إن العقد الأول فسخ بعد ذلك، فهنا للبائع أن يسترد العين المبيعة من المشتري الثاني خالية من الرهن أو من أية حقوق أخرى كحق الارتفاق، حق الانتفاع يكون المشتري قد رتبها على العين.

ويترتب على تطبيق هذه القاعدة العامة أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبه العقد من التزامات تعاقدية، من قبل فسخه لأنه كما لا يجوز للغير وفقا للقواعد العامة إنكار ميلاد العقد لأول مرة، فانه من جهة أخرى لا يجوز له إنكار انحلاله إذا

1- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص288

ما تم وفقا لما يتطلبه القانون، بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجة على الكافة[1].

غير أنه لكي تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ وسارية المفعول من الناحية القانونية في مواجهة الغير في مجال الفسخ، يجب على المتعاقد الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يبادر بمجر إيقاع الفسخ إلى تسجيل دعوى الفسخ، أو أن يؤشر بها وفقا لقواعد الشهر العقاري حتى لا يستطيع الغير أن يبدي في مواجهة حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال[2].

ثانيا : الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة لحقوق الغير

إذا كانت القاعدة هي زوال العقد بأثر رجعي بالنسبة للغير فإن لهذه القاعدة استثناءات معينة، لأن هذه القاعدة لا يجب العمل بها بصفة مطلقة في مواجهة الغير، لأنه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحماية والرعاية من أثر فسخ العقد الخطير وخاصة عندما يكون من تعامل مع المتعاقد الذي فسخ العقد ضده حسن النية ، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوالا[3].

وبناء على ذلك هناك حالات لا يتأثر الغير فيها بالفسخ الذي يقع بين الدائن والمدين ويمكن حصرها فيما يلي:

أحالة حيازة منقول بحسن نية:

يكون الغير في منأى من أثر الفسخ الذي يقع بين من تلقي منه هذا الحق على المنقول والمتعاقد معه شريطة أن يكون الغير حسن النية حتى تشمله حماية القانون، على أن قرينة حسن النية لا تعد وأن تكون قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها[4].

1- المرجع السابق، ص288 -289.
2-
3- حسينة حمو، المرجع السابق، ص95
4- حسين تونسي، المرجع السابق، ص64

ولذلك كان يجب أن يكون الغير فعلا حسن النية حتى يمكن تطبيق القاعدة القانونية التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فهي قاعدة قانونية أساسية في هذا المجال واجبة لحماية الغيرة، وهو ما تقضي به المادة 385 من ق.م.ج والتي تنص: من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية.

والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

طبقا لنص هذه المادة فإن حسن النية بالنسبة للغير إلى جانب السند الصحيح كاف الحمايته من أثر الفسخ، بصرف النظر عن فسخ سند التصرف.

وعليه فمتى انتفي حسن النية انتفت الحماية القانونية للغير من أثر الفسخ، مثال ذلك أن يكون الغير يعلم بما يتهدد العقد الذي يربط سلفه بمن تعاقد معه، فيكون في مثل هذه الحالة ليس فقط قد انتفت شرط حسن النية بالنسبة إليه يكون سيئ النية، والقانون لا يحميها [1].

ب – حالة تقرر حق على عقار:

إن تطور الفكر القانوني وصل إلى حماية الغير الذي تقرر لصالحه حق على عقارمن أثر فسخ العقد بأثر رجعي، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ ونظمه في قانون إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الصادر بتاريخ 1975/11/12

1- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص ص 291 - 292.

الذي نص في المادتين 15 و 16 منه بأن الشهر يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتعلق بالحق من إنشاء أو نقل أو تعديل أو فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغيرة[1].

وعليه وطبقا لهذه النصوص فإن الغير الذي تقرر له حق عيني على عقار، وكان حسن النية، وقام بشهر حقه طبقا لقواعد الشهر، لا يؤثر فسخ العقد على حقوقه، غير أن قرينة الشهر ما هي إلا قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها .ومن ثم يمكن إثبات سوء نية الغير الذي قام بشهر حقه، كما لو قام به، وهو يعلم أن العقد الذي يربطه بمن قرر له هذا الحق يتهدده الزوال عن طريق الفسخ[2].

وعليه فإن الغير الذي يقوم بشهر حقه وهو يعلم أن العقد يتهدده الفسخ، أو قام بالشهر بعد تسجيل دعوى الفسخ، أو التأشير بها على هامش العقد، لا ينجوا من أثر الفسخ وذلك لأن حسن النية يكون قد انتفى في جانبه، وبالتالي تنتفي الحكمة من حمايته المقررة قانونا، إذ كان عليه أن يكون حريصا على مصلحته بأن يرجع إلى ما هو مسجل أو مؤشر به في البطاقة العقارية.

ج – حالة ترتب رهن رسمي:

يحدث في الحياة العملية أن يرتب المشتري على العقار الذي اشتراه رهنا تأمينيا الدائن مرتهن حسن النية يعتقد أن الملكية خاصة للراهن، غير مهددة بالزوال فإذا بالملكية تزول من سلفه لأن العقد الذي يربط المتصرف بالبائع قد فسخ[3].

ففي مثل هذه الحالة لو أخذنا بالقاعدة العامة التي تقضي في مجال الفسخ بزوال العقد وما يرتبه من التزامات بالنسبة إلى المتعاقدين والغير معا فان الدائن المرتهن، لن يكون له تأسيس على العقار[4].

1- الأمر رقم،74/75 ، مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر 1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92 ، سنة 1975
2- حسين تونسي، المرجع السابق، ص 65
3- عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص ص294.. 933
4- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص

ولذلك فإن التشريعات الحديثة نظمت حماية خاصة لهذا الدائن المرتهن، حتى يكون بمناجاة من أثر فسخ العقد الذي بين المتصرف والمتصرف إليه، يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، « وفي هذا الصدد نصت المادة 885 من ق.م.ج الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله، ».لأي سبب آخر إذا ثبت أن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن وعليه وطبقا لنص المادة 885 فإن الرهن الرسمي يبقى قائما في حق الدائن المرتهن رغم فسخ العقد، ما دام أنه كان حسن النية وقام بتنفيذه قبل رفع دعوى الفسخ[1].

وإن حكم المادة 885 من ق.م.ج خاص بالرهن الرسمي وحده دون الرهن الحيازي الوارد في المادة 950 من ق.م، ج مما يجعل العقار الذي كان محلا للرهن الحيازي العقاري يعود إلى صاحبه خاليا من تلك الحقوق بعد فسخ العقد، وهذا يؤدي إلى أن الحكم الوارد في شأن الرهن الرسمي بهذا الصدد حكم استثنائي لا يتوسع فيه.

د – حالة الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة:

إن الغير الذي يتلقى حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة لا يتأثر بفسخ العقد، فالقاعدة هي بقاء أعمال الإدارة الصادرة من المالك، الذي تقرر فسخ سند ملكية لصالح من تعامل معه بحسن نية، وذلك بهدف استقرار المعاملات بين الأفراد، فإذا كسب الغير حقا يتعلق بالشيء الذي ورد عليه العقد الذي فسخ وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ، ولكن يجب أن يكون الغير ح[2].سن النية لا يعلم وقت التعاقد بها يهدد سند المتعاقد معه من أسباب الفسخ، فإذا كان المشتري الذي فسخ عقده قد أجر الشيء الذي اشتراه، فإن الإيجار يظل قائما لمصلحة المستأجر إذا كان حسن النية[3].

1- حسين تونسي، المرجع السابق، ص65
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص423
3- حسينة حمو، المرجع السابق، ص102

هـــ – حالة التملك بالتقادم:

قد يكتسب الغير حقا من الحقوق بموجب التقادم المكسب التي تقضي به المادتان من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا 817 : من ق.م.ج التي تنص دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع والمادة 228 ق.م.ج التي تنص إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة (10) سنوات ويترتب على التقادم المكسب أن فسخ العقد الذي قد يقع بين متصرف ومتصرف إليه لا يمس كإستثناء من القاعدة العامة حق الغير الذي اكتسب طبقا لقاعدة التقادم المكسبة فإذا كانت قاعدة التقادم المكسب تحول دون سريان اثر الفسخ، فإن هذا لا يعني أن الدائن الذي حكم بالفسخ لصالحه بالفسخ قد ضاع، لأن القانون حفظ له حقه، لما أجاز للقاضي أن يحكم له بالتعويض بناء على نص المادة 122 من ق.م.ج ذلك أن الاستحالة تشمل الاستحالة المادية والاستحالة القانونية[1].

غير أن هذه الاستثناءات السابقة البيان مهما تعددت فإنها لا تطغى على الأصل العام الذي وجدت من أجله نظرية فسخ العقد في القانون الحديث، وهو زوال العقد بعد فسخه بأثر رجعي، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، وذلك حتى يبقى لهذه النظرية قوتها القانونية

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إقرار الفسخ الإتفاقي

إذا كان للقاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة الفسخ القضائي، فليس له ذلك في حالة الاتفاق على الفسخ، إذ يحصل الفسخ من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم[2].

1- حسين تونسي، المرجع السابق، ص ص 65 - 66
-- http://www/djelfa.info/vb/showhhead.php2t=261338-2

غير أنه يجب أن لا يفهم من ذلك أنه ليس للقاضي في الفسخ الاتفاقي إلا دورا سلبيا فالحقيقة غير ذلك، فقد يثور من الناحية العملية نزاع بين الدائن والمدين، الأمر الذي يؤدي إلى عرض النزاع على القضاء، فيكون تدخل القاضي ضرورة ملحة لا مفر منها لحل الرابطة التعاقدية.

وعليه فإذا قام نزاع بين الدائن والمدين، كأن يلجأ المدين إلى القاضي منكرا على الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإن للقاضي عندئذ سلطة في الفصل في النزاع، غير أن سلطته في هذا المجال ليست هي ذات السلطة التي عرفناها في مجال الفسخ القضائي، بل تقتصر على التحقق من مدى وجود الشرط الصريح الفاسخ، التحقق من واقعة عدم التنفيذ ومراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعمال الشرط الصريح الفاسخ.

المطلب الأول: تحقق القاضي من قيام الشرط الفاسخ الصريح

يلعب القاضي دورا هاما في مراقبة إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث ينبغي عليه قبل التحقق من الواقعة التي يرتبط بها إعماله، وهي الإخلال بالالتزام، التثبت من وجوده والوقوف عند نوعه التعرف على طبيعته، تحديد الصورة التي وجد بها الشرط في العقد.

الفرع الأول: تحقق القاضي من نوع الشرط الفاسخ

قبل قيام القاضي من التعرف على طبيعة الشرط الفاسخ وصور ينبغي عليه الوقوف عند تحديد نوع هذا الشرط، ما إذا كان شرطا فاسخا عاديا يتضمن جميع العقود الملزمة اللجانبين، أم أنه شرط فاسخ صريح يهدف إلى فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء وصدور حكم بذلك.

أولا : الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ العادي

الشرط هو الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف على تحققه الالتزام، ولا يكون داخلا في العقد، ولا عنصرا من عناصره.

فإذا لم يتحقق الشرط، إنتفى الالتزام تبعا له، ويسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف وقد يتوقف على تحققه زوال الالتزام، ويسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ[1].

يتضح من ذلك أن العقد يكون معلقا على شرط فاسخ إذا ترتب عن حدوث أمر مستقبل غير محقق الوقوع زوال الالتزامات الناشئة عنه، ويترتب على ذلك فسخ العقد بأثر رجعي، أي أن من شأن تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام المعلق عليه بأثر رجعي، .فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية دون حاجة إلى حكم أو إعذاره[2].

أما الشرط الصريح الفاسخ العقد يكون باتفاق طرفيه بصيغة صريحة على وجوب الفسخ في حالة عدم وفاء أيهما بالتزاماته دون حاجة إلى رفع دعوى الفسخ، ويجب على القاضي إعمال أثره متى تحقق من حصول المخالفة الموجبة له، ومن إعذار المدين، ويكون حكمه مقررا للفسخ وليس منشأ له[3].

وعليه فإن الشرط الصريح الفاسخ والشرط الفاسخ العادي يشتركان في أن كل منهما يتحقق على أثر حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع يترتب على تحققهما فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وإذا استوجب الأمر صدور حكم قضائي بالفسخ فإنه يكون مقررا لا منشأ، فالفسخ يقع في الحالتين بقوة القانون، ولا يملك القاضي سلطة الاعتراض عليه، فيقتصر دوره على التأكد من قيام الشرط وتوافر شروط إعماله.

ويكمن الفرق بين الشرطين في أن الحادثة مناط إعمال الشرط الصريح الفاسخ ذات طابع شخصي تتمثل في تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته، أما الحادثة مناط إعمال الشرط الفاسخ العادي، فهي ذات طابع موضوعي لا تتعلق البتة بعدم التنفيذ ، و[4].هي

1- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص16
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص16
3-- http www. Justico- lawhome. Com/vb/ external
4- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص-16

لا تتحقق إلا إذا استعمل الدائن حقه الإرادي عن طريق التعبير الذي يعلن فيه تمسكه بالفسخ، إلى الطرف الآخر[1].

كما أن الدائن هو الذي يقرر مدى إعمال الشرط، ولا يكون الأمر كذلك في حالة الشرط الفاسخ العادي، إذا يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الواقعة موضوع الشرط، دون أن يكون الإدارة الأطراف دخل في ذلك، ودون حاجة البحث في التنفيذ من عدمه

ثانيا : الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني

الشرط الصريح الفاسخ هو اتفاق الطرفان عند التعاقد على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وحتى يرتب هذا الشرط الأثر المرجو منه، ينبغي أن يكون واضحا باتا على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم قضائي عند تحقق واقعة الإخلال بالالتزام المتفق عليه وذلك عكس الشرط الفاسخ الضمني الذي لا يمكن تحققه إلا بعد إعذار المدين وصدور حكم قضائي، فهو خاضع لتقدير القاضي فله أن يمنح المدين مهلة للوفاء حتى بعد رفع دعوى الفسخ، بل للمدين نفسه أن يتفادى الفسخ بالوفاء بدينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ.[2]

فالشرط الفاسخ الضمني مفترض في كل العقود الملزمة لجانبين، وهو حماية وضمان لمصلحة الدائن، لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، ومن ثم يحق لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين فسخ العقد، عند إخلال الطرف الأخر بالتزاماته، ولو لم تتحقق له مصلحة اقتصادية من الفسخ، وهذا الحق يعتبر العقد متضمنا له، ولو خلا من اشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين منه أو الحد منه إلا باتفاق صريح.

1- المرجع السابق، ص 17.
2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص796

وعلى ذلك فإذا جاء العقد الملزم لجانبين خاليا من النص على الفسخ أو اكتفي الأطراف بالنص فيه على الفسخ عند الالتزام، أو جاءت صيغة الاتفاق على الفسخ عامة غير صريحة ودالة على وجوب الفسخ حتما بمجرد الإخلال بالالتزام، فإن للقاضي أن يقضي بالفسخ إعمالا للشرط الفاسخ الضمني[1].

ثالثا: التحقق من طبيعة الشرط الفاسخ الصريح

يجب على القاضي قبل إقرار الفسخ أن يتحقق من أن العقد المبرم قد تضمن شرطا صريحا فاسخا يقضي بفسخ العقد، بمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ المتفق عليها، وهذا الإتفاق يمكن أن يندرج بين بنود العقد، أو في ورقة إضافية تعد ملحقا له طالما أن هذا الملحق جزء لا يتجزأ من العقد ذاته[2].

فالقاضي يتحرى وجود الشرط الفاسخ في العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للطرفين، أي البحث عما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ودون تدخل من القاضي.

وإن القاضي يتحرى طبيعة الشرط الفاسخ من خلال التعرف على حقيقة مراد المتعاقدين من عبارات العقد الصريحة أو الضمنية القاطعة الدالة على ذلك كما عليه أن يتبين عما إذا كان اتفاق الأطراف يرمي إلى إعمال القواعد العامة أي الفسخ القضائي، أو استبعاد سلطة القاضي عليه، واعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه.

وينزل القاضي التكييف الصريح على الشرط الوارد بالعقد دون أن يتقيد في ذلك بالوصف الذي يطلق عليه المتعاقدان[3].

على أن حق القاضي في تفسير العقد بما يراه أقرب إلى إرادة المتعاقدين لا يخوله حق الإنحراف على المعنى الواضح إلى معنى آخر، فقد قضت محكمة النقض

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص23
2- حسينة حمو، المرجع السابق، ص108
3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص5

المصرية في هذا الصدد بأنه :متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها فإنه لا يجوز إخضاعها لقواعد التفسير للوصول إلى معنى أخر مغاير وذلك طبقا لقاعدة لا اجتهاد في صراحة النص[1].

وإذا حدث ذلك فعلى القاضي تسبب ذلك، فحريته مقيدة ببيان الأسباب التي ارتكن إليها، وذلك من خلال تحقيقاته في الموضوع، وظروف الدعوى وما يجتمع لديه من أدلة وقرائن .وفي ذلك قضت المحكمة العليا :متى كانت صيغة الشرط واضحة الدلالة على حصول الفسخ بمجرد نشوء المخالفة فإن ذلك يغل يد المحكمة على منح المتعاقد المخالف أجل التنفيذ التزامه، وكان البند السادس عشر من العقد أنه بيترتب على مخالفة أيا من المتعاقدين لأي من الالتزامات التعاقدية فسخ العقد دون حاجة إلى أي إنذار أو حكم قضائي، فإن الشرط بهذه الصيغة إنما يدل على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى حصول الفسخ بمجرد حصول المخالفة، وهو ما يعد شرطا فاسخا صريحا

كما يجب على القاضي أن يتأكد ما إذا كانت الواقعة التي اتفق الطرفان على أن وقوعها يكون سبب إمكان الفسخ بإرادة واحدة هي عدم التقيد، ذلك لأنها إن كانت واقعة أخرى غير عدم التنفيذ كنا بصدد شرط فاسخ عادي، يقع الفسخ فيه بمجرد تحقق الواقعة وبدون خيار الدائن، ودون إمكان مطالبة الدائن بتعويضات، لا بصدد اتفاق على الفسخ يجعل مصير العقد في يد الدائن ودون أن يفقد حقه في المطالبة بتعويضات وبما أن المشرع الجزائري نص في أحكام المادة 120 من ق.م.ج على أن مجرد الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، لا يترتب عليه إيقاع الفسخ الإتفاقي، بل لا بد من إعذار المدين لإثبات تقصيره، مع عدم جواز الاتفاق على الإعفاء منه، وذلك على غرار باقي التشريعات العربية[2].

1- حسينة حمو، المرجع السابق، ص109
2- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص226

كما أنه على القاضي أنم يتأكد من أن الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ قد قام بإعذار مدينه، حتى يكون استعماله لحق الفسخ بإراداته المنفردة استعمالا صحيحا ومعتبرا قانونا فإذا حصل الإعذار فإنه ينبغي على القاضي أن يتحقق من الوقت الذي اعتبر فيه الدائن العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، فإن كان هذا الوقت سابقا على انتهاء المدة المحددة في الإعذار لحصول التنفيذ، لا يجوز اعتبار العقد مفسوخا، ويكون للمدين أن ينفذ التزامه مادام العقد قائما . أما إذا وجد أنه قد فسخ العقد دون إعذار مدينه، فله أن يعتبر العقد مازال قائما، وبالتالي يجوز للمدين تنفيذ التزامه، ذلك أن العقد دون سبق إعذار غير جائزوفقا للقانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: تحديد القاضي لصورة الشرط الفاسخ الصريح

طبقا لنص المادة 120 من ق.م. ج يتمتع أطراف العقد بحرية في الاتفاق على الفسخ واختيار الكيفية والشروط التي بمقتضاها يتم إعمال الشرط الصريح الفاسخ، ومن ثم فإن وجود الشرط المذكور وصورته يتوقف بالضرورة على الإرادة التعاقدية وتفسيرها.

إذ يجب على القاضي أن يتحرى حقيقة مراد المتعاقدين للتأكد من مدى اتجاه النية إلى استبعاد سلطة القاضي واعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه .وإن الشرط الصريح الفاسخ يرد بعدة صور تتمثل فيما يلي:

أولا : الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ

إذا اتفق الأطراف على فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فإن ذلك لا يعني الخروج عن القواعد العامة، فالواقع أن الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا يتوقف على نية المتعاقدين، فقد يكون أراد به تحتيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه، هنا يتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ.

ومع ذلك فإنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو.

والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بهذا الشرط إلا تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ، وعلى ذلك لا يعني هذا الشرط عن الإعذار، ولا عن الإلتجاء إلى القضاء للحصول على حكم[1].

وهذا الشرط لا يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه، بل هو لا يسلب حقه في توقي الفسخ بتنفيذ التزاماته وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن :الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه.

وإذا كانت عبارة الشرط الفاسخ الواردة في عقد البيع أنه إذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا .فإن هذا الشرط لا يعد وأن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألا تقضي بالفسخ استنادا إلى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز في المبيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، فإنها لا تكون قد خالفت القانون.

ثانيا : الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

قد يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، أو بمجرد الإخلال بالتزام معين، يمثل هذا الاتفاق الصورة البسيطة للشرط الصريح الفاسخ[1].

1- نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ،260.

لا يغني الشرط في هذه الصورة عن ضرورة إعذار المدين، فالإعذار واجب طبقا للقانون المدني الجزائري، ولا يقع الفسخ تلقائيا طالما لم يتم الإعذار، ولا يعني على هذا النحو عن اللجوء إلى القضاء ،حيث ينبغي على الدائن رفع دعوى طلب الفسخ، ويتعين على المحكمة إجابة طلبه، وليس للقاضي سلطة تقديرية في صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه، وليس للقاضي العدول عن الحكم بالفسخ إلى الحكم بتنفيذ العقد ما لم يطلب الدائن ذلك، كما لا يملك القاضي سلطة منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه، وحكم القاضي لا ينشئ بالفسخ، بل يكشف عنه، أي أن القاضي في مثل هذه الحالة يقرر الفسخ[2].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسخ عند عدم دفع الثمن، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره، ما لم يعفه البائع بمقتضى العقد من هذا الإنذار، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر البائع، أي يكلفه بالوفاء، فإذا لم يدفع كان البائع في حل من إعمال خياره في الفسخ، وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بسبب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح.

ثالثا : الاتفاق على أن يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم

يكون الاتفاق على الشرط الفاسخ في هذه الصورة أقوى من الفرض السابق حيث يترتب عليه انفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزام دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء، أي دون حاجة إلى رفع دعوى للحصول على حكم بالفسخ، وإنما يعتبر العقد مفسوخا بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 313
2-

صحيح أنه قد ترفع دعوى عند منازعة المدين في إعمال الشرط، إذا ادعى أنه وفي بما أوجبه عليه العقد، وبالتالي فإن دور القاضي ينحصر في التحقق من عدم أداء المدين الالتزاماته حتى يمكنه الفسخ، وحكمه يكون مقررا وليس منشأ له[1].

ولا يقع الفسخ إعمالا لهذا الشرط إلا بعد إعذار المدين، أي تنبيهه بالوفاء، وإثبات امتناعه عن التنفيذ، فالإعذار لازما لوقوع الفسخ، ويظل للمدين الحق في توقي الفسخ بتنفيذ التزامه طالما لم يتم كذلك الوفاء بالتزامه عقب الإعذار مباشرة، أو خلال المهلة التي قد يتضمنها الإعذار، وإذا رفع الدائن دعوى قضائية للحصول على حكم بتقرير الفسخ، دون أن يسبقها إعذار، كان للمدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه في بداية الدعوي دون إبطاء، فإذا أبطأ في ذلك اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار وتعين على القاضي الحكم بوقوع الفسخ، ولا يستطيع منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه، حيث يكون العقد قد انفسخ إعمالا للشرط الصريح الفاسخ بمجرد توافر شروطه[2].

رابعا : الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار

إن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون الحاجة إلى حكم أو إعذار، هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة، ففي هذه الحالة يقع الفسخ فور تحقق الإخلال، ويعتبر العقد كأن لم يكن، دون حاجة لإعذار المدينة ، وهذا ما تقضي به معظم التشريعات والتي خالفها المشرع الجزائري، فقد جعل من هذا الإعذار شرطا لازما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من وهو ما نصت عليه المادة 120 من

1- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص212
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص39.40

ق.م. ج « ... وهذا لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديد من طرف المتعاقدين« [1].

كما أن وجود الاتفاق على هذه الصيغة يعفي الدائن من رفع دعوى لاستصدار حكم قضائي في هذا الصدد وإذا لزم تدخل القاضي بسبب منازعة المدين في واقعة الإخلال بالإلتزام أو المنازعة في تحقق الشرط الصريح الفاسخ، كان دور القاضي قاصرا على التحقق من توافر شرط الفسخ، ويتعين عليه القضاء به متى ثبت من توافر تلك الشروط، ويكون الحكم الصادر مقررا للفسخ وليس منشأ[2].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن :الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما نفاذا لذلك الاتفاق بمجرد تحقق الشرط، دون أن يكون اللقاضي خيار في أمره، ويتحقق الفسخ دون حاجة للتقاضي، ما لم ينازع المدين في وقوع موجب للفسخ، وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالالتزامات ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا.

وعليه فمهما كانت الصيغة التي اتفق عليها المتعاقدان، إلا أن الفسخ حق قرره المشرع حماية للدائن وهو يتم استنادا إلى طلبه في حالة تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته التي يوجبها عليه العقد .وبالتالي لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالفسخ عن إخلاله بالالتزام، لكي يتفادى تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، فلو سمح له بذلك لكان المدين إذن في موقف أقوى من موقف الدائن، فيستطيع أن ينفذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذه ويصبح الدائن رهنا لإرادته[3].

1- أنور طلبة، انحلال، المرجع السابق ، ص86.
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص40
3- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص212

المطلب الثاني: تحقق القاضي من واقعة عدم تنفيذ الإلتزام وإعمال الشرط

يجب على القاضي أن يتأكد من وجود تقصير من جانب المتعاقد الآخر، يتمثل في عدم قيامه بالتنفيذ الذي يعتبر السبب المباشر والجوهري في نشوء حق المتعاقد الدائن في التحلل من الرابطة العقدية .وأمام أهمية عدم التنفيذ بالنسبة إلى فسخ العقد كان على القاضي الذي يطرح أمامه النزاع حتى ولو كان العقد قد تضمن الاتفاق على الفسخ، أن يتحقق من أن المدين لم يقم فعلا بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية نحو المتعاقد الدائن ويتمثل عدم الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد إما في عدم التنفيذ الكلي وذلك بالامتناع عن القيام بما يوجبه العقد، أو بعدم التنفيذ الجزئي، أو التأخير في التنفيذ.

الفرع الأول: حالة عدم تنفيذ الالتزام

أولا: حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام

يتم تحقق القاضي من عدم تنفيذ المدين لالتزامه على نوع هذا الالتزام، هل هو التزام بإعطاء، أم التزام بعمل، أو امتناع عن عمل[1].

يكون على القاضي الذي عرض عليه النزاع في حالة عدم التنفيذ الكلي أن يصدر حكما بإقرار الفسخ، مثال ذلك في حالة عدم قيام المدين بإجراءات نقل الملكية سواء من خلال إتمام التسجيل، أو الإفراز إذا كان الشيء موضوع التعاقد معين بنوعه

وإن كان من الناحية العملية يبدو تمسك الدائن بالتنفيذ في هذه الفروض لأن بإمكانه الحصول على التنفيذ العيني بحكم المحكمة، إلا أنه قد يختار الدائن الفسخ بحكم وجود شرط فاسخ مسبق في العقدة ، في هذه الحالة ما على القاضي المعروض عليه النزاع إلا أن يحكم بالفسخ[2].

1- حسينة حمو، المرجع السابق، ص ص /144 115
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 75

وعدم تنفيذ المدين لالتزاماته يتوقف على نوع هذا الالتزام، فقد يكون التزام بتحقيق نتيجة أو التزام يبذل عناية، أو التزام بالضمان، ويبقى تحديد ذلك لسلطة القاضي التقديرية. ثانيا: الشرط الفاسخ الصريح وعدم التنفيذ الجزئي للالتزام

المتفق عليه أن الشرط الفاسخ يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، ولا يكون له إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها الفسخ.

والدليل على ذلك أن المادة 120 تعتبر استثناء من المادة 119 من ق.م.ج، لذا لابد أن يكون لها طابع مستقل وقائم بذاته، فإذا كانت المادة 119 تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في شأن عدم التنفيذ، ومدى تبريره للحكم بالفسخ، فيجب ألا يكون للقاضي هذه السلطة في الاتفاق على الفسخ .إنما يقتصر دوره على التأكد من تحقق عدم التنفيذ المنصوص عليه، ومن ثم إقراره لطلب الفسخ، وهو بذلك يؤيد الفسخ الذي حصل بدون تدخل من جانبه، وبدون أن يبحث في جسامة عدم التنفيذا[1].

ذلك لأن تافها، التنفيذ عدم كان ولو جائز الفسيخ على الاتفاق أن يعني لا ذلك أن إلا يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود المنصوص عليه في المادة 107 من ق.م.ح، ويخالف أيضا ما جرى في العرق على التسامح فيه بين المتعاقدين.

ويترتب على ذلك أن القاضي الذي يطرح عليه النزاع فيجد أن عدم التنفيذ تافه ومخالف لما جرى العرف على التسامح فيه، أن يحكم ببطلان الاتفاق، ومن ثم فإن العقد، يصبح خاليا من الاتفاق على الفسخ، مما يجعله خاضعا لحكم المادة 119 بدلا من حكم المادة 120 من ق.م. ج، وبالتالي يستطيع القاضي رفض فسخ العقد الذي أوقعه المتعاقد الدائن بإرادته المنفردة، وذلك لأن القاضي يكون قد استمد سلطته في

1- عبد المجيد الشواربي، المرجع السابق، ص 49

ذلك من المادة 119 وهي بطبيعة الحال سلطة واسعة، وذلك بخلاف الحال في النسخ الاتفاقي فهي محدودة في التأكد من حصول الإخلال بالالتزام[1].

ثالثا: الشرط الفاسخ والتأخر في تنفيذ الالتزام

يفقد القاضي السلطة التقديرية في الاستجابة لطلب الفسخ عند اتفاق الأطراف مقدما على الفسخ كجزاء لإخلال المدين بالتزامه، أيا كانت صورة الإخلال، بما في ذلك التأخر في التنفيذ الكلي أو الجزئي.

وتعبر محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها : الاتفاق على أن عقد البيع يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه عند تخلف المشتري عن ميعاد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده، من شانه، أن يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، أي أن العقد ينفسخ بمجرد التأخير.

وإن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته يثير التساؤل حول مدى سلطة القاضي في منح المدين أحلا للتنفيذ؟.

يجمع الفقه الحديث ا على أنه لا يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للمدين لتنفيذ التزاماته التعاقدية، في جميع الحالات التي يكون فيها العقد الذي يربطه بالدائن قد تضمن الاتفاق على الفسخ بإرادة منفردة من طرف المتعاقد الذي يحصل على الأداء المطلوب في العقد، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ مطلقا أو جزئيا، ما لم يكن الإخلال من الأشياء أو المسائل التافهة التي جرى العرف على التسامح فيها[2].

1- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 229

2- من أمثال الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، في كتابه أصول الالتزامات، ج1، ص 444؛ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح المدني الجديد، ص. 717 أنظر في ذلك : عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص230 .

ومما يؤكد عدم صحة إعطاء القاضي للمدين أحلا للتنفيذ في حالة الفسخ الاتفاقي أن محكمة النقض المصرية، قد نقضت حكما كان قد منح للمدين مهلة للتنفيذ، رغم أن العقد يتضمن الاتفاق على الفسخ بمجرد تحقق الإخلال وانقضاء مهلة الإعذار التي حددها الاتفاق .وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت بأنه : متى كان الطرفان قد اتفق في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي، فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخيرة[1].

الفرع الثاني: حالة إعمال الشرط الفاسخ الصريح

الأصل أن الشرط الصريح الفاسخ يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام طالما كانت صيغته صريحة ودالة بذاتها على وجوب الفسخ حتما عند تحققه ، إلا أن هناك بعض الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله.

أولا: دور القاضي في إعمال الشرط الصريح الفاسخ إذا تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح الفاسخ بالعقد، فإن سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ تختفي مباشرة، ويقتصر دوره على إعمال الشرط المذكور، أي تقرير وقوع

الفسخ عند التحقق من توافر شروطه، وليس للقاضي أمام تمسك الدائن بالفسخ، قبول التنفيذ المتأخر من المدين أو منحه مهلة للوفاء بالتزامه.

1- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص ص 230 -231

إن احترام المدين لمضمون الشرط الصريح والتزامه بآثاره يؤدي نظريا إلى استبعاد دور القاضي كلية حيث يقع مباشرة، ويعاد المتعاقدان إلى ما قبل التعاقد، ولكن العمل يظهر عكس ذلك، حيث يظل للقاضي دورا هاما، أمام تعنت المدين، الخلاف حول انطباق الشرط على عبارة العقد، وتوافر شروط إعماله[1].

وإن إعمال الشرط الصريح الفاسخ مرتبط بالتحقق من أمرين، الأول :إخلال المدين بالتزامه، والثاني :تعبير الدائن عن إرادته في التمسك بالفسخ، ذلك أن الفسخ لا يقع حتى مع وجود الشرط إلا إذا كان اختيار الدائن ذلك، فله الخيار دائما بين التمسك بفسخ العقد، أو طلب التنفيذ.

لذلك لا يقع الفسخ إلا وقت إعلان الدائن عن رغبته في ذلك، غير أنه لا يقتضي ذلك رفع دعوى لطلب الفسخ، أو صدر حكم به، بل يكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهته المدين، ولا يسمح لهذا الأخير التمسك بالفسخ حتى لا يستفيد من خطئه، إلا أنه يتصور أن يكون الشرط الصريح الفاسخ مقرر لمصلحة الطرفين، فيحق لكل منهما يوصفه دائن التمسك بالشرط، عند إخلال الطرف الأخر بالتزامه[2].

مما سبق يتضح أن الشرط الصريح الفاسخ لا يؤدي إلى استبعاد دور القاضي كلية بل إلى تغيير هذا الدور وتوقيته، ففي الفسخ القضائي يتدخل القاضي بداية ليحكم بالفسخ، بعد التأكد من عدم الوفاء، وعدم جدوى الإبقاء على العقد، أما في حالة الشرط الصريح الفاسخ فإن الفسخ يقع تلقائيا، ويقتصر دور القاضي على التأكد من صحة وقوع الشرط، فدوره بعد حدوث الفسخ وليس قبله.

ثانيا :موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ

هناك بعض الظروف التي تحول دون إعمال الشرط، تلك الظروف قد تكون ذات طبيعة إرادية، وقد تكون ذات طبيعة قانونية.

1- حمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 60
2- حسينة حمو، المرجع السابق، ص18

أ : الظروف الخارجية ذات الطبيعة الإرادية

هناك بعض الظروف الخارجية التي تحول دون إعمال الشرط الصريح الفاسخ وهي ذات طبيعة إرادية تتمثل في:

تنازل الدائن عن طلب الفسخ أو سقوط خياره في ذلك، خطأ الدائن المتسبب في عدم التنفيذ، مشروعية إمتناع المدين عن التنفيذ، وحسن نية المدين .وقد عبرت محكمة النقض عن هذه الموانع بقولها :القاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو كان امتناع المدين مشروعا بناءا على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه، تجاوز عن شرط النسخ الاتفاقي فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي.

1-التنازل عن طلب الفسخ يستطيع الدائن النزول صراحة عن طلب الفسخ سواء في العقد أو في تصرف لاحق أو حتى شفاهة، ويمكن استنتاج النزول الضمني من سكوت الدائن عن التمسك بالفسخ وقبول الدائن للوفاء المتأخر يعد تنازلا عن الشرط الصريح الفاسخ [1].

وعلى القاضي أن يتأكد من أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ، بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ، وذلك باستعراض الظروف والاعتبارات التي تدل على النزول عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ.

1- حمو حسنة، المرجع السابق، ص 121

ويستطيع الدائن كذلك مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بدلا من التمسك بالفسخ، وإن ذلك لا يعني التنازل عن طلب الفسخ ما لم يعلن الدائن عن ذلك صراحة أو ضمنيا باتخاذه إجراءات أو مباشرة تصرف يقطع بتمسكه بتنفيذ العقد رغم إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته.

2- خطأ الدائن المتسبب في عدم التنفيذ

إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، أي أن خطأ الدائن هنا بعد مانعا من موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث لا يمكن إعمال الفسخ في حالة سوء نية الدائن المتسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين حسن النية لالتزاماته، ومن أمثلة خطأ الدائن إتلاف أو هلاك الشيء الذي يلتزم المدين بتسليمه، أو تزويد المدين ببيانات غير صحيحة توقعه في التنفيذ الخاطئ للالتزام، أو عدم انتقاله إلى موطن المدين لتحصيل الدين[1].

3- مشروعية امتناع المدين عن التنفيذ

يعتبر الامتناع المشروع للمدين عن تنفيذ التزامه مانعا من موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث أن مناط إعمال الشرط المذكور هو تخلف المدين عن الوفاء بغير حق، أما إن كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناءا على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروط المنصوص عليها في المادة 123 من ق.م.ج والذي من تطبيقاته الحق في الفسخ المنصوص في المادة 200 من ق.م.ج فإنه لا يجوز إعمال الشرط

فإذا كان الدائن طالب الفسخ هو الذي أخل بالتزامه، فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد بحجة عدم قيام الطرف الأخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام.

4- حسن نية المدين

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 418

يستقر الفقه والقضاء على أن عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ المدين هو شرط إعمال الفسخ القضائي أو الاتفاقي، وبذلك إذا لم يكن هناك خطأ من المدين ينشأ عنه عدم التنفيذ، جاز للمدين أن يطلب من القاضي منع إعمال الشرط الصريح الفاسخ.

فمن المبادئ المسلمة وجوب مراعاة حسن النية في الاتفاقات، وأنه مما يخالف مقتضى مبدأ حسن النية إعمال الشرط الصريح الفاسخ لمجرد وقوع أي مخالفة في التنفيذ مهما قلت أهميتها، ودون اعتبار لحسن أو سوء نية المدين، ولذلك يجوز للقاضي عند اشتمال العقد على مثل هذا الشرط أن يتدخل ويعطل حكمه نزولا على مقتضي حسن النية، وتطبيقا لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. ب- الظروف الخارجية ذات الطبيعة القانونية[1].

يبيح المشرع للأطراف حرية الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فيما بينهم، إلا أنه يوقف إعمال ذلك الشرط أو يقيده في بعض الحالات التي يتعارض فيها مع الأحكام الآمرة التي نصت عليها تحقيقا لسياسة محددة أو تنفيذا لأهداف معينة ومثال ذلك:

إذا حلت بعد إبرام العقد ظروف استثنائية عامة ليس في الوسع توقعها، وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أي أن تخلف المدين عن تنفيذ التزامه في مثل هذه الظروف لا يؤدي إلى فسخ العقد حتى ولو تضمن شرطا صريحا فاسخا وعلى القاضي التدخل فقط لتعديل العقد[2].

لا يطبق الشرط الصريح الفاسخ على عقود الإيجار الخاضعة لقانون إيجار الأماكن، ففي حالة إخلال المستأجر بالتزاماته لا يمكن فسخ العقد إلا لسبب من أسباب

1- حسينة حمو، المرجع السابق، ص126
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 418.

الإخلاء على سبيل الحصر، ولا يجوز إعمال الشرط المذكور إلا وفقا للضوابط الواردة بالقانون، وفي حالة التخلف عن سداد الأجرة يستطيع المستأجر أن يتوقى الفسخ بالقيام بالسداد قبل صدور الحكم النهائي، كما يمتنع تنفيذ حكم الطرد إذا سدد المستأجر، عند تنفيذه، الأجرة المستحقة والمصروفات والأتعاب . أضف إلى ذلك توجيه الأعذار إلى المستأجر في جميع الحالات .وعلى العكس من كل ذلك فإن الشرط الصريح الفاسخ يتم إعماله بالكامل في حالة الإيجار الخاضع لأحكام القانون المدني.

خلاصة الفصل الثاني

للقاضي دورا هاما في مجال الفسخ القضائي أو الإتفاقي، إذ يتمتع القاضي بصدد الفسخ القضائي بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ أو عدمه، فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه، كما له أن يرفض طلب الفسخ، وقد يكتفي بفسخ العقد فسخا جزئيا.

ويظهر دور القاضي عندما يكون الفسخ اتفاقيا في التحقق من وجود اتفاق على الفسخ والتعرف على طبيعته، من خلال الوقوف عند النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بخصوص نوع الإتفاق، ومدى استبعادهما لسلطة القاضي التقديرية في مضمون الإتفاق اليقرر حصول الفسخ من عدمه.

خاتمة

خاتمة

يعتبر نظام الفسخ حماية أقرها القانون للمتعاقد الدائن في العقود الملزمة لجانبين يضمن به حقوقه الناشئة عن العقد الذي يربطه بالمدين، وهو إجراء إحتياطي يلجأ إليه الدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بما وصل إليه الفكر القانوني الحديث، حيث جعل القاعدة أن يكون فسخ العقد قضائيا، واستثناءا يكون الفسخ إتفاقيا، وذلك بهدف تكريس الحماية القانونية اللازمة للمتعاقدين والعقد في نفس الوقت، مع المحافظة على استقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع، والحد من إساءة إستعمال الحقوق إلى درجة التعسف وإلحاق الضرر بالمتعاقدين.

ومن أجل تجسيد هذه الحماية فإن المشرع قد أعطى القاضي صلاحية استعمال سلطته التقديرية في مجال فسخ العقود .وهي سلطة تتسع إلى أبعد الحدود في مجال الفسخ القضائي إلى حد أنها صارت مطلقة، فله أن يستجيب لطلب الدائن ويحكم بالفسخ إذا رأى أن الظروف تبرره، وله أن يرفضه إن رأى أن ذلك هو المناسب، فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته أو يقضي بفسخ العقد إذا كان عدم التنفيذ قليل الأهمية بالنسبة للالتزام ككل، وفي كل هذه الحالات فإن حكم القاضي يكون منشأ للفسخ.

على ألا يتوسع القاضي في استعمال هذه السلطة الواسعة إلى حد التعسف فيها، لما في ذلك من إخلال بالنظام العام وإنكار للعدالة والقانون.

أما في الفسخ الاتفاقي فهي سلطة محدودة تقتصر على التحقق من وجود الشرط الفاسخ الصريح، التحقق من قيام واقعة الإخلال بالالتزام مناط إعمال الشرط الفاسخ الصريح.

فإذا تأكد القاضي من ذلك ولم يقم أي مانع من موانع إعمال هذا الشرط أقر الفسخ بحكم كاشف وليس منشأ.

ومتى حكم القاضي بالفسخ فإن ذلك يرتب آثارا قانونية تتمثل في زوال العقد بأثر رجعي، وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل، فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض.

وعليه وإن تباينت سلطة القاضي في نوعي الفسخ، إلا أنها تبقى ذات أهمية لا يمكن الإستغناء عنها، من أجل إستقرار المعاملات بين الأطراف المتعاقدة، تطبيق القانون، وتطبيق ما ورد في العقد من إتفاق لأن القاضي يطبق العقد كتطبيقه للقانون.

وأمام خطورة نتائج الفسخ فإن القضاء يسعى جاهدا إلى وضع بدائل تؤدي إلى المحافظة على العقود ودفعها إلى مجالها الطبيعي وهو التنفيذ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تشديده في وجوب إحترام القواعد المنظمة للفسخ متى استلزم توقيعه أو الحكم به .

أما الاقتراحات التي نراها في هذا المجال فهي تتعلق بنص المادة 120 من ق. م .ج والتي نرى ضرورة تعديلها بما يتفق وباقي القوانين، وذلك بإضافة فقرة تسمح للمتعاقدين الاتفاق على الإعفاء من الإعذار، لأن ذلك يتفق وطبيعة الفسخ الاتفاقي والمنطق القانوني الذي يقضي بأنه وإن كان للمتعاقدين الحق في الإتفاق على الفسيخ، فإنه يجوز لهما تبعا لذلك أن يتفقا على الإعذار، والقول بغير ذلك فيه حد من حرية المتعاقدين دون منطق قانوني.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998.
2. العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني – العقد والإرادة المنفردة بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2001.
3. أنور طلبة، نفاذ وانحلال عقد البيع، دار الكتاب القانونية، مصر، 2003.
4. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
5. عبد المجيد الشواربي، البطلان المدني، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1991.
6. عبدا لكريم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض – دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
7. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
8. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
9. عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986 .
10. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2003 .

11. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2000 .

12. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتأصيلية، دار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، مصر،200.

13. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004. 14- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تأصيلية وتحليلية في الفقه .الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2000. ثانيا: المذكرات والرسائل الجامعية

1- إبراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني – دراسة تحليلية وتقديرية رسالة النيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة. الجزائر، 1995.

14. عبدالله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجيستار في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، افريل1983.

15. محمد جبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي دراسة مقارنة درسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر1986. ثالثا: مجلات علمية:

16. عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد الأول السنة الأولى

17. العدد الثاني من الصفحة 115-161، العدد الأول السنة الثانية 1960 من الصفحة 163255، العدد الثاني من الصفحة 260-479.

رابعا. النصوص القانونية

1- أمر رقم58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية رقم 78 سنة 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري . جريدة رسمية عدد 78 في1975/09/30 ، معدل والمتمم بالقانون رقم05/07 المؤرخ 13/05/2007 ، ج ر رقم 31 م في2007/05/13

2- قانون رقم09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، جريدة رسمية 21 سنة 2008. -

اجتهاد قضائي:

1. قرار المحكمة العليا بتاريخ2002/09/17 ملف رقم 2702016، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004 ، ص175، 176. .
2. قرار المحكمة العليا بتاريخ2005/04/13 ، ملف رقم 348596، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2005،ص 208.
3. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ2000/01/12 ، ملف رقم 11278، المجلة القضائية، العددالأول، لسنة 2001

باللغة الفرنسية:

1. fabrik netu <<L'inexécution contractuelle et faut délictuelle>>RRJ DROIT PROSPECTIF , PRESSE
2. UNIVERSITAIRE D'AIXMARSEILLE, PUAM,2005.
3. PHILIPE LE TOURNAU, DROIT DE LA RESPENSABILITE ET DES CONTRAS, DALLOZ, PARIS, 6EME ED, 2006.

4. GUIHO pierre, Peyrard jacques, droit civil, les obligations tome 2 le régime général, l'hermès 3éme Ed, paris 1992.

الفهرس

الفهرس

الإهداء

شكر وتقدير

مقدمة..... 01

الفصل الأول: حل الرابطة التعاقدية..... 05

تمهيد :..... 05

المبحث الأول:: ماهية الفسخ 06

المطلب الأول: مفهوم الفسخ و أساسه القانوني..... 06

الفرع الأول: تعريف الفسخ و تمييزه عن الأنظمة المشابهة 06

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظام الفسخ..... 14

المطلب الثاني: أنواع الفسخ..... 18

الفرع الأول: الفسخ القضائي 19

الفرع الثاني: الفسخ الإتفاقي 23

المبحث الثاني: خيارات الدائن في حل الرابطة التعاقدية 30

المطلب الأول: خيار الدائن في الفسخ القضائي 31

الفرع الأول: حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام..... 31

الفرع الثاني: استعمال الدائن لدعوى الفسخ..... 41

المطلب الثاني: خيار الدائن في الفسخ الاتفاقي 43

الفرع الأول: حق الدائن في المطالبة بتنفيذ العقد..... 42

الفرع الثاني: حق الدائن في التمسك بالفسخ الاتفاقي 45
الفصل الثاني :سلطة القاضي التقديرية في حل الرابطة التعاقدية 51
المبحث الأول: سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا قضائيا 52
المطلب الأول: نطاق سلطة القاضي في الفسخ القضائي 53
الفرع الأول: تقدير القاضي لواقعة الإخلال بالإلتزام..... 53
الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحكم بالفسخ..... 57
المطلب الثاني: الآثار القانونية الناتجة عن الفسخ..... 73
الفرع الأول: آثار فسخ العقد بالنسبة للمتعاقدين 73
الفرع الثاني : آثار فسخ العقد بالنسبة للغير..... 77
المبحث الثاني: سلطة القاضي في إقرار الفسخ الإتفاقي 82
المطلب الأول: تحقق القاضي من قيام الشرط الفاسخ الصريح..... 83
الفرع الأول: تحقق القاضي من نوع الشرط الفاسخ..... 83
الفرع الثاني: تحديد القاضي لصورة الشرط الفاسخ الصريح 88
المطلب الثاني: تحقق القاضي من واقعة عدم تنفيذ الإلتزام وإعمال الشرط..... 93
الفرع الأول: حالة عدم تنفيذ الالتزام..... 93
الفرع الثاني: حالة إعمال الشرط الفاسخ الصريح 96
خاتمة..... 104
قائمة المراجع..... 107

مـلخص مذكرة الماستر

إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية يعطي للطرف الأخر في العقد الحق في طلب التحلل من الرابطة العقدية ليتخلص بدوره من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد. يكون الفسخ كقاعدة عامة أمام القضاء، غير أنه يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق مسبقا على فسخ العقد.ولقد منح القانون للطرف الدائن في العقد حق الخيار بين طلب التنفيذ العيني للالتزام أو طلب الفسخ، و يكون له هذا الخيار سواء في الفسخ القضائي أو الاتفاقي. غير أنه إذا كان للدائن الحق في طلب فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته، فإن هذا الحق المعترف به قانونا وقضاء محدود. لذلك خول القانون للقاضي سلطة التدخل حماية لاستقرار المعاملات بين الأفراد، و تفاديا لما قد يحصل من نزاعات بين الأطراف المتعاقدة، إذ يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ القضائي أو الاتفاقي

الكلمات المفتاحية:

1/ الرابطة التعاقدية 2/.الفسخ 3/ للمتعاقدين 4/. الشرط الفاسخ الصريح 4/ انحلال العقد

Abstract of The master thesis

The failure of the debtor to implement his contractual obligations gives the other party to the contract the right to request dissolution from the contractual bond to get rid of the obligations imposed on him by the contract. Annulment is, as a general rule, before the judiciary, but the two contracting parties may agree in advance to rescind the contract. The law has given the creditor party to the contract the right to choose between requesting the specific implementation of the obligation or requesting rescission, and it has this option, whether in judicial or agreement termination. However, if the creditor has the right to request the termination of the contract due to the contractor's breach of his obligations, this right is legally recognized and the judiciary is limited. Therefore, the law empowered the judge to intervene to protect the stability of transactions between individuals, and to avoid conflicts that might occur between the contracting parties, as the judge enjoys wide discretion in the field of judicial or agreement termination.

key words:

1/ Contractual bond 2/ Termination 3/ For contracting parties 4/. The express dissolution condition 4 / dissolution of the contract