جامعة مولود معمري– تيزي وزو–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون
نظام ل. م. د

ممارسة الدائن لحق الفسخ

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: القانون الخاص.

إعداد الطالب:
بلقاسم رازي.

إشراف الأستاذة
د/بن نعمان فتيحة

لجنة المناقشة

- د/ حابت أمال، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....رئيسة
- د/ بن نعمان فتيحة، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....مشرفة ومقررة
- د/ أيت قاسي حورية، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم
محمد

شكر وعرفان

يقول المولى عز وجل:

﴿لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾

الآية 7 – سورة إبراهيم

الشكر للّه وحده الذي أمدنا بيد العون لإنجاز هذا العمل المتواضع

ولا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل للدكتورة " **بن نعمان فتيحة**" التي تفضلت بقبول الإشراف على هذه المذكرة و التي لم تتفانى بتقديم التوجيهات وملاحظات القيمة أين قاسمتني عناء البحث في سبيل إنجاز هذا العمل الذي نود أن يكون إنشاء الله مفيدا وثريا.

وتقديري إلى أعضاء لجنة المناقشة وعلى رأسهم رئيس لجنة المناقشة يشرفني أن أرفع شكري وامتناني كذلك لأعضاء اللجنة المحترمين.

كما أتقدم كذلك بالشكر لكل الذين وقفوا وتحملوا معنا مشقة البحث وكل الذين ساهموا ولو بتمنياتهم لي بالنجاح من قريب أو من بعيد.

وشكرا

"**بلقاسم رازي**"

الإهـــداء

أهدي هذا العمل:

- إلى الوالدين العزيزين أبي و أمي اللذان سهرا على تربيتي وتعليمي ونجاحي، حفظهما الله وأمدهما الصحة والعافية.
- إلى إخوتي و أخواتي و أبنائهم الأعزاء.
- إلى كل من وفروا كل ما أحتاجه في سبيل إنجاز هذا العمل.
- إلى كل الطلبة الذين رافقوني خلال حياتي الدراسية وكل الأصدقاء و أخص بالذكر"
- إلى أساتذتي الكرام عبر مسيرتي العلمية الذين لم يبخلوا بعلمهم و جهدهم و توجيهاتهم.

"بلقاسم رازي"

المـخـتـصـرات.

- ج.ر: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- ص: صفحة.
- ص ص: من صفحة...إلى صفحة.....
- ج : جزء
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية
- ط: طبعة.
- ق.م.ج: قانون مدني جزائري.
- ق.ا.م.ا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- د.ت.ن: دون تاريخ النشر.
- د.ب.ن: دون بلد النشر.
- م.ق: المجلة القضائية.
- م.ع.ق.ا: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية.

2- بالغة الفرنسية

Ed : Edition

N : Numéro

Op.cit : Opus Citatum

P : Page

Pp : de la page a la page

p.u.f : Presse, Universitaire, de France

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

إذا نظرنا بعمق في الالتزامات التي تربط بين الأفراد في اغلب المعاملات بينهم في الوقت الحاضر فنجد أن اغلبها تنشا عن طريق العقد فالعقد يعتبر من أهم المصادر في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري وغيره من القوانين المدنية المقارنة.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام العقد في الفصل الثاني من الباب الأول بعنوان مصادر الالتزام تحت الكتاب الثاني الذي ينظم الالتزامات والعقود في القانون المدني، فكل ما هو متعلق بالعقد تحدده المواد من 54 إلى 123 من أحكام التقنين المدني فعرفه المشرع الجزائري في المادة 54 ق.م.ج التي تنص: " **العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما** ".

ويشترط لتكوين العقد أن يستوفي كل أركانه من رضا أي تطابق الإرادتين من إيجاب وقبول ضف إلى ذالك وجود المحل الذي هو موضوع العقد والسبب الذي يعتبر الهدف من إبرام العقد إضافة إلى شروط أخرى وهي سلامة الإرادتين من العيوب وأيضا مشروعية المحل والسبب، والشكلية في العقود الشكلية. فإذا نشا العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط المذكورة سابقا والتي يتطلبها القانون ترتبت عليه القوة الإلزامية بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يرتبه من التزامات تعاقدية ما دامت الرابطة التعاقدية قائمة.

يمر العقد بمراحل عدة كما هو مبين في القانون ومستنبط من المعاملات داخل المجتمع فإذا كان القانون قد أعطى أهمية لمرحلة تكوينه فان العناية التي منحها المشرع لمرحلة تنفيذه لا تقل أهمية عن المرحلة الأولى لأن غالبا في العقود الشخص المتعاقد الذي يرضى بان يكون ملتزما في مواجهة غيره لا من أجل آن يلتزم فقط بل يهدف من وراء ذالك إلى الحصول على مقابل ما التزم به اتجاه المتعاقد الأخر أي السعي إلى إدخال العقد حيز التنفيذ. تطبيقا لقاعدة العقد شريعة التعاقدين بشرط أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة.

تختلف العقود عن بعضها البعض فتنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة ومن حيث انعقادها إلى عقود رضائية وشكلية ومن حيث أثارها إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين وهذا الأخير الذي سيكون مجالا لبحثنا هذا.

كما سبق ذكره إذا نشا العقد صحيحا يدخل مرحلة التنفيذ لكن ليس دائما ما تنفذ العقود فغالبا ما يحدث إن احد الأطراف لا ينفذ التزاماته اتجاه الطرف الأخر أو استحال عليه ذالك نتيجة تدخل السبب الأجنبي ففي هذه الحالة يجد المتعاقد الأخر نفسه في وضع حرج وعدم الارتياح سواء من الناحية القانونية لان العقد مازال قائما ومن الناحية الواقعية انه لا يستطيع الحصول على المقابل الذي من اجله ابرم العقد إما بسبب أجنبي أو بسبب امتناع المدين عن بتنفيذ التزامه بنفسه.

فأمام هذا الموقف الذي تتسم به العقود الملزمة للجانبين دون غيرها نجد المشرع الجزائري خص قواعد خاصة جعل للطرف الدائن حق التحلل من التزاماته التعاقدية في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ التزاماته وذالك في المواد من 119 إلى 123 من التقنين المدني.

فإذا منح القانون للدائن حقا قانونيا للتحلل من الرابطة التعاقدية والتخلص من التزاماته التعاقدية عن طريق الفسخ وذالك حماية من أي مخاطر تضر بمصالحه الشخصية والاقتصادية التي قد تلحق به جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته فانه في نفس الوقت إضافة إلى وضعه آليات قانونية تحميه فقد وضع أيضا ضوابط قانونية تمنعه من استعمال حقه بصفة تعسفية لان ذالك أيضا يؤدي للإضرار بالمعاملات واستقرارها بين الأطراف المتعاقدة. الأمر الذي جعل القانون يتدخل لحماية العلاقات والمعاملات بتمكين القضاء وتمكينه من التدخل للحفاظ على التوازن و منع أي تعسف في استعمال الحق لذلك طرحنا الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري ممارسة الدائن لحق الفسخ؟

ولتحليل هذه الإشكالية قسمنا العمل إلى فصلين، فسنتعرض في **(الفصل الأول)** إلى المبادئ العامة لحق فسخ العقد، وفي **(الفصل الثاني)** سنتطرق إلى الوسائل التي يمكن للدائن ممارسة حقه في فسخ العقد.

الفصل الأول

المبادئ العامة لحق فسخ العقد

الأصل في العقد أنه ملزم لجانبين فهو يحتم على الطرفين الرضوخ إلى كل ما يتضمنه من بنود وكذالك من التزامات كل طرف اتجاه الأخر فهو يعتبر بمثابة قانون بالنسبة للمتعاقدين فلا يستطيع احدهم نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بوجود نص قانوني يحكم بذالك[1].

إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، يعطي للطرف الدائن في العقد إمكانية التخلص من الرابطة التعاقدية، ويكون ذالك باستعمال حق طلب الفسخ ليتخلص هو من الالتزامات التي يرتيها عليه العقد **(المبحث الأول)**.

غير أن للدائن قبل أن يلجا إلى المطالبة بالفسخ لابد عليه احترام مجموعة من الشروط، للممارسة حق الفسخ، وإجراءات قانونية يجب إتباعها للحصول على حكم يقضي بفسخ العقد **(المبحث الثاني)**.

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، ج.ر.ج.ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لحق الفسخ

يعتبر الحق في فسخ العقد من القواعد التي يمكن أن يلجا إليها أحد المتعاقدين في حالة تضرره من عدم تنفيذ العقد، وغالبا ما يكون الدائن هو المدعي الأصلي دعاوى فسخ العقد،لكن قبل ذلك يجب أن نتطرق إلى مفهوم الحق في الفسخ مع تبيان أساسه القانوني **(المطلب الأول)**. وتمييز هذا الحق عن بعض المفاهيم الأخرى المشابهة له **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم فسخ العقد

شجع المشرع الجزائري مبدأ لجوء الأشخاص إلى التعاقد الرضائي للوصول إلى التنفيذ دون مشاكل، لذلك سنتعرض إلى المقصود بحق الفسخ **(الفرع الأول)**، ثم إلى الأسس القانونية المعتمدة فيه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الفسخ

لقد جاء نظام الفسخ في القسم الرابع من الباب الأول في القانون المدني الجزائري تحت الكتاب الثاني "**الالتزامات والعقود**" في الباب المخصص " **لمصادر الالتزام**". وقد خصص له القسم الرابع تحت عنوان "**انحلال العقد**". من المواد 119 إلى المادة 123.

تنص المادة 119 من ق.م.ج على ما يلي: "**في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذالك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف بيه المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات**".

من خلال المادة نستخلص أن المشرع لم يعرف لنا حق الفسخ بل اكتفى بوضع القواعد عامة له[1].

فالفسخ هو جزاء إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية في عقد ملزم لجانبين وبتالي يعتبر حق للمتعاقدين في حل الرابطة التعاقدية عندما يمتنع ويتماطل أحدهما عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن ذالك العقد كمصدر من مصادر الالتزام ويتحرر هو بدوره من الالتزامات التي وقعت على عاتقه نتيجة العقد المبرم بينهما[2].

فالفسخ إذا هو نظام قانوني يضاف إلى المسؤولية العقدية وهو يتمثل في الجزاء جراء عدم تنفيذ احد المتعاقدين على ما يمليه العقد عليه من التزامات في ذمته.

ومعنى ذالك انه حق لكل متعاقد في العقود الملزمة لجانبين أن يطالب بحل الرابطة العقدية إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته وبتالي تزول الرابطة بأثر رجعي فيتخلص هو من التزاماته[3].

الفرع الثاني

الأساس القانوني للفسخ

إذا كان الفسخ قد أصبح نظاما عاما من حيث المبدأ واعترفت وأخذت بيه معظم التشريعات وقننته بما فيها القانون المدني الجزائري لكن اختلف الفقه حول أساسه القانوني فهناك من يرى أنه يبنى على أساس الشرط الفاسخ الصريح **(أولا)**، وهناك من يرى انه يبنى

1- "**إن المشرع يشجع دائما الأفراد على تنفيذ و ذلك لخطورة الانحلال غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فقد يصل الأمر على أن المعاملة أو العلاقة التعاقدية لا تخرج إلى ما يراد منها بل العكس فقد تكون نتيجتها سلبية إلا وهي الانحلال وذلك حماية للطرف الدائن**"، نقلا عن: **حسين تونسي**، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 38.

2- **توفيق حسن فرج**، **مصطفى الجمال**، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 328.

3- **العربي بلحاج**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 300.

على أساس الشرط الفاسخ الضمني **(ثانيا)**، أو على فكرة سبب العقد **(ثالثا)**، أو على فكرة ارتباط الالتزامات **(رابعا)**.

أولا: الشرط الفاسخ الصريح كأساس للفسخ.

معنى الشرط اصطلاحا، فهو الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني وان الالتزام متوقف على تحققه، فإذا لم يتحقق الشرط انتفى الالتزام تبعا له، ويسمى في هذه الحالة الشرط الواقف، وقد يكون العكس أي قد يكون شرط موضوع بين الطرفين فبتحقق ذالك الشرط يزول الالتزام وفي هذه الحالة يسمى بالشرط الفاسخ، وقد يكون هذا الشرط صريح أو ضمني[1].

فالشرط الفاسخ الصريح هو الأساس الذي تقوم عليه فكرة الفسخ في القانون الروماني، فالمتعاقدين هم من يضعون شرطا أو بندا صريحا في العقد على انه إذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزاماته، جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد الذي يربطه بيه،أما الحالات الأخرى التي لا يوضع فيها شرط صريح لفسخ العقد،فليس فيه محل للفسخ. ولم يكن للدائن الحق في المطالبة بفسخ العقد، بأي حال من الأحوال، وخاصة في العقود المسماة التي كانت مجالا لتطبيق الشرط الفاسخ الصريح في القانون الروماني[2].

ويجب علينا عدم الخلط بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ العادي المنصوص عليه في المادة 207 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "**يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر،غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط**".

1- كلمة الاشتراط في اللغة العربية، هي مصدر لفعل اشترط فيقال مثلا اشترط محمد على خالد كذا،أي اخذ عليه شرطا أو بعبارة أخرى ألزم احد المتعاقدين الأخر بأمر، فكل منهما ملزم اتجاه الآخر بما اشترط عليه في العقد، نقلا عن: **عبد الكريم بلعيور**، نظرية فسخ العقد في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1986، ص 87.

2- **توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للالتزام نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 50.

فعلى الرغم من أن كل منهما يتوقف على تحقق حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، فإن هذا الحادث يختلف في الشرط الفاسخ العادي عن الشرط الفاسخ الصريح، ففي الأول الحادثة هي ذات طابع موضوعي أي لا تخضع إلى تقدير احد فالشرط الفاسخ العادي المنصوص عليه في المادة 207من ق.م.ج يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون،أما في الثاني فالحادثة ليس لها طابع موضوعي فهي خاصة بأحد المتعاقدين إذ أن طابعها شخصي، ولا تخضع لتقدير الدائن[1].

تم انتقاد هذا الرأي لأنه يؤدي إلى الإضرار بأحد الأطراف:

- لأن الشرط الفاسخ الصريح، في القانون الروماني لم يكن جائز لكل من المتعاقدين، بل كان قاصرا على البائع دون المشتري ولذلك فالأخذ به كأساس لنظرية الفسخ يؤدي بنا إلى التضييق من تطبيق هذه النظرية التي لم يأخذ بهذه الفكرة لا القانون المدني الجزائري ولا التشريعات الحديثة إذ يجوز لطرفي العقد أن التمسك بحق الفسخ إذا تخلف احدهما عن تنفيذ التزاماته التعاقدية وهذا ما يقتضيه المنطق القانوني.
- إن تأسيس نظرية الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الصريح،يعني أن العقود التي لا تتضمن بندا صريحا به لا يجوز فسخها إذا تخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، في حين أننا نجد القوانين الحديثة والقانون المدني الجزائري خاصة في مادته 119 يقضي بجواز فسخ العقد ولو لم يكن في العقود شرط فاسخ صريح، فالقاعدة في القانون الحديث هي فسخ العقد بموجب حكم قضائي، أو جواز الفسخ باتفاق مسبق[2].
- إذا سلمنا أن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الصريح فمعنى ذالك، إنه بمجرد تحققه يفسخ العقد بقوة القانون، في حين الفسخ يتحقق بموجب حكم قضائي.

1-**عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 88 .

2- **المرجع نفسه**، ص 90.

وبناء على ذالك، فإن عدم صحة تأسيس نظرية الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح غير صحيح، لأن مضمون النظرية يتجاوز ذلك ليشمل العقود التي لا تتضمن شرطا صريحا للفسخ[1].

ثانيا: فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ

تتمحور فكرة الشرط الفاسخ الضمني، إن العقود الملزمة للجانبين بجميع أنواعها يجوز فسخها عندما لا يقوم احد المتعاقدين فيها بتنفيذ التزاماته، لا على أساس أن الطرفين قد وضعا شرطا صريحا يقضي بذلك كما هو الشأن في الشرط الفاسخ الصريح، بل على أساس أن هذا الشرط موجود بصفة ضمنية والذي يقضي بفسخ العقد إذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزاماته[2].

غير أن باستعمال هذا الشرط بكثرة وشيوعه في المعاملات قد أديا في نهاية الأمر إلى اعتباره موجودا في جميع العقود الملزمة للجانبين، ولو لم يدرجه المتعاقدان، على أساس أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليه عند إبرام العقد، وبتالي يحق للدائن أن يطالب بفسخ العقد عند عدم التنفيذ، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بالفسخ.

وبتالي يحق لكل متعاقد في هذا النوع من العقود إذا لم يقم الطرف الأخر بتنفيذ ما هو واجب عليه طبقا للعقد، أن يطالب بفسخ العقد ليتحلل هو من التزاماته التعاقدية[3].

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أن هذه الفكرة لم يعد لها المكانة التي كانت عليها في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، لان هذا المبدأ أصبح مقيد في اغلب التشريعات.

1- **عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 90 .

2- "**واصل هذه الفكرة قد جاءت في الفقه الكنسي في تطبيق نظرية الفسخ على العقود الملزمة للجانبين، ثم بعد ذلك انتقلت هذه الفكرة من الفقه الكنسي إلى الفقه الفرنسي القديم الذي انتهج في أول الأمر فكرة القانون الروماني في تطبيق نظرية الفسخ، وبعد ذلك انتهجه القانون الفرنسي في المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي**"، نقلا عن: **عبد الكريم بلعيور**، مرجع نفسه، ص 91.

3- **عبد الكريم بلعيور**، مرجع نفسه، ص 92.

إذا سلمنا بأن الفسخ يتأسس على فكرة الشرط الفاسخ الضمني فمعنى ذلك بتحقق هذا الشرط يقع الفسخ، دون أي حاجة إلى تدخل من القاضي، في حين أن القانون ،قد منح للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ وتتسع وتضيق هذه السلطة حسب نوع الفسخ المعروض أمامه[1].

تأسيس الفسخ على هذا الشرط يعني حرمان الدائن من العدول عن طلب الفسخ بعد تحقق الشرط الفاسخ الضمني، فالدائن مقيد، في حين فليس ما يمنع الدائن من العدول عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، ما دام لم يصدر بعد حكم قضائي،وكذالك نفس الأمر بالنسبة للمدين[2].

ثالثا: فكرة السبب كأساس للفسخ.

مقتضى فكرة السبب هو أن تقابل الالتزامات، فسبب التزام كل طرف هو سبب التزام المتعاقد الأخر، وأن ذلك الارتباط والتقابل يقتضي بان يتحلل المتعاقد من التزاماته،إذا امتنع المتعاقد الأخر عن تنفيذ التزامه[3].

ففي عقد البيع سبب التزام البائع نتقل الملكية وتسليم المبيع، هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، والعكس صحيح أي أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع[4].

1- **عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 93.

2- **المرجع نفسه**، ص 94.

1-**Pierre guiho**,**George peyrard**, droit civil, les obligations-tome 2 : le régime géneral, l'érmes, paris, 3eme édition, 1992, p 261.

4-**Christina Corgas**, la résolution du contrat, p3, voir http://www.oboulo.com/résolution-contrat-36807-html.

ولذلك، فإن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته يجعل الطرف الأخر ملتزما دون سبب، الأمر الذي يخول له الحق في المطالبة من التحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ، وبتالي تزول التزاماته نحو المتعاقد الأخر الذي امتنع عن تنفيذها[1].

تعرضت هذه النظرية للنقد لأن السبب في القوانين الحديثة هو ركن من أركان تكوين العقد، وبتالي جزاء تخلف ركن السبب في أبرام العقد يؤدي إلى نتيجة البطلان وليس الفسخ.

أن هذه الفكرة ليس بمقدورها أن تقوم بتفسير السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي إزاء طالب الفسخ، فليس للقاضي سلطة تقديرية في البطلان، مقارنة بالفسخ، ولا يجوز له رفض طلب البطلان، في حين أن في القانون المدني الجزائري في المادة 119 وبقية القوانين المدنية الحديثة، تعطي للقاضي سلطة تقديرية تصل إلى درجة الرفض إذا ما طلب منه فسخ عقد من العقود.

أن فكرة السبب التي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 97 من التقنين المدني[2]، قد جاءت بمعنى الباعث إلى التعاقد، وكما نعرف أن مفهوم السبب باعتباره باعثا إلى التعاقد لا يمكن أن يكون أساسا للفسخ، لأنه متغير من متعاقد لأخر،كما أن السبب كدافع للتعاقد موجود خارج العقد، بينما الأساس القانوني الذي تبنى عليه نظرية الفسخ يجب أن يكون فنيا موجودا داخل العقد ذاته[3].

رابعا: فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ.

ذهب فريق من الفقهاء إلى تأسيس الفسخ على فكرة ارتباط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين وتقوم هذه الفكرة على أساس أن كل طرف يتحمل التزاماته، مقابل تحمل الطرف الأخر بدوره التزاماته، وتقوم هذه الفكرة على ركنين أساسين هما أن يكون

1- **حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 17.

2- نص المادة 97 من ق.م.ج: "**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب، كان العقد باطلا.**"

3-**عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 100.

التزام احد الطرفين مقابل لالتزام الطرف الأخر، وأن يكون تنفيذ التزام احد الطرفين سبب للتنفيذ التزام الأخر.

فالأساس السليم الذي يتأسس عليه الفسخ حسب هذه النظرية، هي فكرة ترابط الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقضي أن يكون التزام احد المتعاقدين مرتبط بالتزام المتعاقد الأخر،فيبدو من الطبيعي إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، يجوز للمتعاقد الأخر أن يتحلل من تلك الالتزامات عن طريق الفسخ[1].

يترتب على انعدام فكرة ترابط الالتزامات من أحد الجانبين، الإخلال بالرباط الذي يحكم العلاقة التعاقدية، مما يؤدي تبعا لذلك، إلى سقوط الالتزامات الأخرى المقابلة لها،لان طبيعة العقد في حد ذاتها تقتضي ألا يكون هناك التزام لا يقابله التزام أخر في العقود الملزمة للجانبين[2].

يعد الفقيه والدكتور "**عبد الرزاق احمد السنهوري**" من أنصار هذه الفكرة ففي فيقول: " **أن فكرة ارتباط الالتزامات أدق من فكرة السبب من الناحية الفنية، ذلك أن انعدام السبب جزاءه البطلان كما هو معروف، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحد في الحالتين، لكننا نرى أن في الحالة الأولى يبطل العقد وفي الثانية يفسخ، وفكرة الارتباط وحلولها محل فكرة السبب هي أكثر مرونة، فهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم احد الالتزامين عند تكوين العقد، لان منطق فكرة الارتباط يقضي بعدم وجود العقد وتسمح بان نقول في الوقت ذاته، بفسخ العقد، إذا انقطع احد الالتزامين بعد أن نشا صحيحا مستوفيا لجميع أركانه**"[3].

لم تسلم فكرة ارتباط الالتزامات، باعتبارها كأساس للفسخ من الانتقادات، إذ يرى فريق من الفقه، أن فكرة الارتباط بدورها تتسم بغموض لا يقل عن غموض فكرة السبب وذالك من

1- **كسيلي مخلوف**، انحلال العقد-مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 26.

2-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 17.

3- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، د.د.ن، د.ب.ن، 1952، ص 242.

ناحيتين لأن فكرة الارتباط لا يوجد لها تعليل قانوني إلا عن طريق تفسيرها بفكرة السبب، ومن ثم يكون أساس الفسخ هو السبب، وليس الارتباط، والأخذ بفكرة الارتباط كأساس للفسخ، يتعارض مع نشأة نظرية الفسخ، التي نشأت في ظل القانون الكنسي الذي لم يكن يعرف فكرة الارتباط بمفهومها الحالي[1].

وأخيرا ذهب رأي أخر من الفقهاء إلى القول بان من الصعب وضع أساس نظري محدد للنظام الفسخ،لأنه كان حصيلة تطور تاريخي اختلطت فيه المفاهيم والتي أثرت في نشأته، ويبقى العنصر الأساسي هو المحافظة على التوازن الذي هو جوهر العلاقات التبادلية في العقود الملزمة للجانبين[2].

المطلب الثاني

مقارنة الفسخ مع ما يشابهه من أنظمة قانونية

إن نظام الفسخ ليس هو السبيل والطريق الوحيد لحل الرابطة التعاقدية، بل توجد طرق وأنظمة قانونية أخرى، يؤدي تطبيقها إلى انحلال العقد، ومع ذلك لا يدخل مفهومها في مفهوم الفسخ وذلك لاختلاف القواعد التي تبنى عليها بالنظر إلى قواعد نظرية الفسخ، فهي نظام البطلان**(الفرع الأول)**، كما يتشابه مع نظام المسؤولية العقدية **(الفرع الثاني)** والدفع بعدم التنفيذ وعدم النفاذ **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

الفسخ والبطلان

هناك شروط وقواعد يجب احترامها عند تكوين العقد وإلا يقع جزاء على عدم احترام هذه القواعد، وقد نظمها القانون المدني الجزائري في المادة 99 إلى المادة 105 تحت عنوان "**إبطال العقد وبطلانه**"، فإما أن يكون العقد صحيحا، وإما باطلا بطلانا مطلقا، أو بطلانا

1- **كسيلي مخلوف**، مرجع سابق، ص 27.

2- **حمدي عبد الرحمن**، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 602.

نسبيا، أو كما ورد في القانون المدني قابلا للإبطال، ولكي يكون العقد صحيحا لابد أن تكون جميع أركانه متوفرة، وزيادة عن ذلك أن تكون سليمة من أي خلل أو عيب يصيبها كعدم مراعاة بعض القواعد القانونية التي يلزمها المشرع عند إبرام العقد.

إن البطلان هو جزاء يلحق التصرف القانوني المعيب لتخلف ركن من أركان العقد كانعدام المحل، أو لتخلف شرط من شروط صحته كان يكون احد المتعاقدين ناقصا للأهلية، وذلك حماية للنظام العام والآداب العامة[1].

وجزاء البطلان يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف القاعدة القانونية التي أوجبها المشرع ولم تراع في العقد، بحيث إذا تخلف ركن من أركان العقد كان هذا الأخير باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا توفرت أركانه جميعا ولكن احد المتعاقدين كان ناقص الأهلية، أو أصيبت إرادته بعيب من العيوب، كان الجزاء اقل صرامة، وهو قابلية العقد للإبطال[2].

فالبطلان والفسخ يتفقان في أنهما يزيلان الرابطة التعاقدية ويختلفان من حيث السبب يرجع سبب الفسخ إلى عدم تنفيذ أحد المتعاقدان لالتزاماته، ويكون في غالب هذا السبب راجعا إلى المدين نفسه أو إلى سبب أجنبي وفي هذه الحالة الأخيرة يسمى بانفساخ، أو الفسخ بقوة القانون.

إما سبب البطلان فإنه لا يعود إلى عدم التنفيذ، بل يرجع إلى تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروطه (هذا هو البطلان المطلق)، أو يكون احد المتعاقدان ناقص الأهلية، وان إرادته أصيبت بعيب من العيوب الإرادة فهنا يكون (البطلان نسبي)[3].

1- **هدروق كهينة، فركان مريم**، زوال العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 47.

2- **عبد الحميد الشواربي**، البطلان المدني، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 84.

3- **قدادة خليل أحمد حسن**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 82.

كما يختلفان من حيث الوصف، فيقع الفسخ على العقد الذي نشا نشأة صحيحة من كل جوانبه القانونية بحيث يكون منتجا لكل أثاره القانونية منذ تكوينه[1]، في حين أن البطلان المطلق يقع على عقود لم تتكون منذ إبرامها تكوينا سليما[2]، فنظام الفسخ يكون لاحقا لإبرام العقود، أما البطلان يكون معاصرا لتكوينها من حيث وجوده.

كما يختلفان من حيث النطاق فنظرية البطلان أوسع نطاق من نظرية الفسخ، حيث يرد على العقود بجميع أنواعها سواء كانت من العقود الملزمة لجانبين أو من العقود الملزمة لجانب واحد، ذلك أن في البطلان لا يقع بسبب عدم التنفيذ، بينما الفسخ يقع إلا على العقود الملزمة لجانبين ويقع على واقعة لاحقة لإبرام العقد[3].

ويختلفان أيضا من حيث السلطة التقديرية للقاضي فالفسخ كقاعدة عامة، يقع بحكم قضائي فهو ليس مجبرا أن يحكم بيه لصالح الدائن في كل الحالات، إذ أن في هذا المجال يتمتع بسلطة تقديرية يستطيع وفقا لها، الحكم بالفسخ، وله أيضا أن يرفضه وهذا ما قضت به المادة 119 من ق.م.ج، بينما في البطلان لا نجد للقاضي هذه السلطة التقديرية بل يجب عليه الحكم بيه متى توافرت شروطه القانونية.

الفرع الثاني

الفسخ والمسؤولية العقدية

تعرف المسؤولية العقدية على أنها، الجزاء الذي يرتبه القانون نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولما كان الفسخ نفسه هو عبارة عن جزاء يرتبه القانون على المدين المقصر في تنفيذ التزاماته فهو يلتقي من هذه الناحية بالمسؤولية العقدية[4].

1-**محمد سعيد جعفور**، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة للحصول على شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1986، ص 84.

2- **رمضان أبو السعود**، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 101.

3- **بن زهرة لامياء**، أثار بطلان العقد على الغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 10.

4-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 10.

فلكي تقوم المسؤولية العقدية فلابد من وجود عقد صحيح لم يقم المدين بتنفيذه، والمقصود في التنفيذ الذي تترتب على تخلفه المسؤولية العقدية هو التنفيذ العيني كقاعدة عامة[1]، غير أن التنفيذ العيني قد يكون غير ممكن سواء بسبب تعنت المدين أو لكونه قد أصبح مستحيلا، وحينئذ تقوم المسؤولية العقدية فيجوز للدائن المطالبة بالتعويض كجزاء عن عدم التنفيذ لان المدين اخل بالقوة الملزمة للعقد فينال جزاء نتيجة الأضرار التي لحقت بالطرف الأخر[2]، فيتشابهان من حيث أن كلاهما جزاءين يرتبهما القانون على المدين المقصر في تنفيذ التزاماته، كما أن المستفيد منهما هو دائما الدائن دون المدين.

لكنهما يختلفان من حيث المبادئ والقواعد التي تحكمها فالجزاء في الفسخ يمكن أن يكون الإخلال بالالتزام راجع إلى سبب المدين نفسه، أو إلى سبب أجنبي، ففي الحالتين لا يسقط حق الدائن في الفسخ، فكل ما في الأمر أن التسمية تختلف فقد يكون فسخا أو انفساخا بقوة القانون.

بينما في المسؤولية العقدية فهنا الأمر مختلف نوعا ما، فيختلف الأمر إذا عدم التنفيذ الذي يرجع إلى تقصير المدين نفسه أو عدم التنفيذ الذي يرجع إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه، إذ تقوم المسؤولية العقدية في الحالة الأولى، وتنتفي في الحالة الثانية وهو ما تنص عليه المادة 176 من ق.م.ج[3].

أما من حيث الضرر فتعتبر المسؤولية العقدية جزاء للقوة الملزمة للعقد كما اشرنا سابقا، ولكي تقوم لابد من توافر شروط قيام المسؤولية والتي هي الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، فيعتبر الضرر من بين هذه الشروط للقيام المسؤولية تقصيرية كانت أم عقدية

1- **فريدة دحماني**، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2005، ص20.

2-**زهدي يكن**، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة صارو، بيروت، د.ت.ن، ص 87.

3- **حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 11.

فإذا تخلف هذا الشرط فلن تقوم المسؤولية العقدية، ولو لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وبتالي لن يقع عليه جزاء[1].

بينما في نظام الفسخ للقيام حق الدائن لطلب الفسخ، يكفي فيه عدم التنفيذ، وذلك يعتبر في نفس الوقت جزاء ضد المدين، حتى إذا لم يلحق بالدائن ضرر، لان الفسخ في حقيقة الأمر لم ينشا للجبر الضرر، إنما وجد لحل رابطة تعاقدية أخل أحد الطرفين بالتزامه بغض النظر ما إذا قد وقع الضرر أو لا[2].

غير أن كل هذا لا يعني أن في الفسخ الذي هو نتيجة الإخلال بالتزامات التعاقدية في جميع الحالات، لا يلحق بالدائن ضرر، فقد يتحقق هذا الأخير ورغم ذلك فان السبب الذي يلجا بيه الدائن للطلب الفسخ ليس هو الضرر، وإنما عدم التنفيذ في حد ذاته، وهذا ما يمكن لنا أن نستخلصه في المواد 119، 120، 121 من ق.م.ج[3].

أما من حيث الأثر القانوني.النظامين فإذا تحققت المسؤولية العقدية فلا تعتبر حلا للعقد بل على العكس، فهي تنفيذ له عن طريق التعويض، وكل ما في الأمر أنه إستبدل التنفيذ العيني الذي يعتبر الأصل، بالتنفيذ عن طريق التعويض.

في حين انه إذا تحقق الفسخ بكل صوره، فان العقد يصبح منحلا، وتالي تزول كل آثاره بصفة رجعية، فيعاد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، مما يدل أن ذلك لا يعتبر تنفيذا له كما هو الحال في المسؤولية العقدية، بل هو فسخ له[4].

1- **مصطفى عبد الجواد**، مصادر الالتزام (الجزء الثاني)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص 487.

2- **Philippe Le tourneau**, Droit de la responsabilité et des contrats, 2éme edition, Dalloz, paris, 2006, P 260.

3- **بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 137.

4- **مصطفى عبد الجواد**، مرجع سابق، ص 481.

الفرع الثالث

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وعدم النفاذ

إن العقود الملزمة للجانبين تبنى على التوازن بين التزامات أطراف العقد المتبادلة كما هو معروف، لكن ذلك لا يحقق الاطمئنان الكامل للمتعاقدين، إذ أن هناك خوف من انب نفذ أحدهما ما رتبه العقد من التزامات، ويتقاعس الطرف الأخر عن الأداء المرتب على عاتقه.

مما أدى إلى البحث عن طريقة أو وسيلة تحقق مبدأ المساواة بين المتعاقدين من الناحية القانونية والعملية، فلجا إلى الدفع بعدم التنفيذ كالسبيل الذي يمكن له أن يحقق ذلك.

ففي هذا الصدد تنص المادة 123 ق.م.ج: " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به**".

ويقصد بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، أن يكون لكل متعاقد إذا ما طالبه المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه،أن يمتنع عن تنفيذه، إلى أن يقوم الأخر بما عليه من تعهد، فيعتبر كحماية لحقوق الدائن، ووسيلة ضغط على المدين وحثه على تنفيذ التزامه.

فلا شك أن نظام الفسخ مختلف عن نظام الدفع بعدم التنفيذ من حيث الأثر القانوني فإذا تحقق الفسخ فذلك يؤدي إلى حل العقد نهائيا، فيعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل إبرام العقد، ولذلك فهو يشمل كقاعدة عامة الماضي والمستقبل بينما نجد الدفع بعدم التنفيذ ليست له مثل هذه الخطورة من حيث الأثر المترتب عليه، فهو عبارة عن إجراء تأجيلي، يترتب عنه توقف الالتزامات ولكنها لا تزول ما لم يقرر صاحبه الانتقال إلى مرحلة فسخ العقد[1].

1-**علي فيلالي** ، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 361.

ومن حيث السلطة التقديرية للقاضي، فالقاعدة العامة التي يعمل بها في مجال نظرية فسخ العقد أن الأمر فيه يعرض على القاضي، فهو الذي يقرر الفسخ من عدمه،بينما الوضع مختلف في مجال الدفع بعدم التنفيذ، إذ أن المتعاقد هو الذي يقدره وليس القاضي.

وظف إلى ذلك انه لا حاجة للرفع دعوى في تأكيد الحق في استعماله أو نفيه، وإذا عارض المتعاقد الأخر استعماله، فهنا يقتصر دور القاضي على التحقق من شروطه، ليقوم بعد ذلك بإقراره أو عدم إقراره.

ومن حيث التعويض، فيجوز للمتعاقد في نظام الفسخ بعد قبول طلبه بالفسخ، بالإضافة إلى ذلك الحصول على تعويض، نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية.

في حين انه لو اقتصر على الدفع بعدم التنفيذ، وأصابه ضرر بعد ذلك فانه لا يستطيع الحصول على تعويض من المتعاقد الأخر لان المسؤولية المدنية بنوعيها غير متوفرة في هذه الحالة[1].

كما اقر المشرع الجزائري أيضا إضافة إلى الفسخ حماية قانونية أخرى يحققها الدائن عن طريق المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، ذلك انه قد يحدث في الحياة العملية انه يبرم المتعاقدان عقدا معينا وفقا للقانون، فيكون العقد المبرم صحيحا، ومنتجا لأثاره القانونية، لكن المدين قد يعمد قبل أن ينفذ العقد إلى بيع أمواله الظاهرة ليخفي ثمنها عن الدائن[2].

وقد نظم المشرع الجزائري عدم النفاذ في مواضع مختلفة من القانون المدني، ففي مجال العقود التي نشأت سليمة نجد المادة 191 من ق.م.ج تحيز للدائن الذي له حق

1-**عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1997، ص 734.

2-**حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مرجع سابق، ص 12.

مستحق الأداء، أن يطلب عدم نفاذ تصرفات مدينه التي تضر بحقه إذا كان قد قام بهذا التصرف قصد الإضرار به[1].

فعدم النفاذ كنظام قانوني هو في الأصل قد وضع من أجل حماية الدائن من تصرفات مدينه، خاصة إذا لم يحن بعد اجل تنفيذ العقد، إذ لا يستطيع الدائن المطالبة بفسخه لهذه العلة، لأن في ذلك خطر يهدده لو أصبح مدينه معسرا، لذلك أجاز القانون الدائن استبعاد ما يهدده من تصرفات المدين عن طريق عدم النفاذ، وذلك باللجوء إلى استعمال الدعوى البوليصية إذا ما توفرت شروطها، فهي تحقق له عدم سريان تصرف مدينه في حقه، مع بقاء العقد منتجا لأثاره فيما بين عاقديه[2].

فمن حيث الأثر القانوني، الاختلاف الأول بين النظامين يكمن في الآثار التي يرتبها كل نظام على العقد، إذ أن في عدم النفاذ الحكم على المدين بعدم نفاذ تصرفاته في حق الدائن لا يؤثر بأي حال من الأحوال على العقد الذي يربط مدينه بمن تصرف إليه، بل يبق قائما، ومنتجا لأثاره القانونية، بينه " **المدين**" والمتصرف إليه " **الدائن**".

بينما في نظام الفسخ إذا تحقق هذا الأخير فانه يزيل العقد ويهدمه، وكذالك كل الالتزامات التي نتجت من ذلك العقد بأثر رجعي.

أما من حيث النطاق،يجوز للدائن أن يطلب بعدم نفاذ تصرفات مدينه التي قد تلحق به ضرر، في كل العقود بجميع أنواعها سواء كانت ملزمة لجانبين أو ملزمة لجانب واحد، سواء كانت صحيحة أو قابلة للإبطال.

في حين أن الفسخ لا يجوز الأخذ به إلا في العقود الملزمة للجانبين وهو ما نصت عليه المواد 119-120-121 من ق.م.ج، ولذلك نظام الفسخ أضيق نطاقا من نظام عدم النفاذ، لأن تطبيقه يقتصر على نوع واحد من العقود.

1-نص المادة 191 من ق.م.ج: " **لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه،إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو زيادة في عسره، وذلك متى توافر احد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية** "

2-**عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 453.

أما من حيث صاحب الحق، يقتصر الحق في التمسك بالفسخ، على طرفي العقد، ولا يجوز للغير أن يحل محل احدهما للمطالبة به، في حين أنه في عدم النفاذ لا يتمسك به ما لم يكن طرفا في العقد الذي يراد عدم نفاذه، فهو أجنبي بالنسبة للتصرف الذي قام به المدين مع شخص ثالث[1].

وأخيرا من حيث الاستفادة، ففي نظام الدفع بعدم النفاذ إذا ما تقرر هذا الأخير فانه يشمل جميع الدائنين ولا يجوز قصره على من طلبه فقط دون بقية الدائنين وهذا ما تنص عليه المادة 194 من ق.م.ج[2].

أما الفسخ إذا تقرر بأي طريقة من طرق فسخه، فان المستفيد منه مباشرة هو المتعاقد الذي طلبه، ولا يمكن للدائنين الآخرين أن يتحللوا من التزاماتهم التعاقدية الناشئة عن ذات العقد الذي فسخ، أو عن عقود أخرى لان العقد بالنسبة لهم لا يزال قائما[3].

1- **Jean Carbonnier**, Droit civil, Les obligations, P.U.F, Paris, P 330.

2- تنص المادة 194 من ق.م.ج "**متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافا بحقهم**".

3-**حمو حسينة** ، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مرجع سابق، ص 13.

المبحث الثاني

الإطار الإجرائي لنظام الفسخ

لاشك أن الفسخ كنظام قانوني وضعته التشريعات الحديثة، وبالأخص التشريع الجزائري، ليكون أكثر حماية للأطراف العقد ويحقق العدل والتوازن في العلاقات القانونية التي تربط الأفراد في حياتهم العملية واليومية له مبادئ وأسس خاصة به كسائر الأنظمة القانونية الأخرى.

لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى التوضيح أكثر حول كل ما يتعلق بكيفية تطبيق نظام الفسخ وهنا سنعرض كل ما يتعلق بشروط تطبيق نظام الفسخ **(المطلب الأول)** ثم بعد ذلك استبيان كل ما يتعلق بأنواع الفسخ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

شروط الفسخ وأنواعه

سوف نعرض في هذا المطلب إلى الشروط الواجب توافرها من أجل تطبيق نظرية الفسخ، **(الفرع الأول)**، ثم بعد ذلك سوف نوضح بعض الأمور حول كيفية انقضاء العقد بالفسخ بحيث سنعرض أنواع الفسخ **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

شروط الفسخ

تنص المادة 119 من ق.م.ج: " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذالك.**

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

يتبن لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع بعض الشروط ليتسنى للدائن المطالبة بفسخ العقد، فيجب أن يكون العقد ملزم لجانبين **(أولا)**، مع عدم تنفيذ العقد من أحد الطرفين **(ثانيا)**، مع استعداد الدائن للتنفيذ **(ثالثا)**.

أولا: أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين.

لا يقع الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين، وليست كل العقود ملزمة للطرفين، بل هناك منها ما هو ملزم لجانب واحد. والعقد الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفي العقد حسب المادة 55 من ق.م.ج[1].

ومثال عن ذلك في عقد البيع فيلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع، في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن،فكلاهما يصبح دائنا ومدينا في نفس الوقت، ومثال أخر عن عقد الإيجار حيث يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مع ضمان الانتفاع خلال مدة العقد،و يلتزم المستأجر من جهته بدفع الأجرة وكذلك الحفاظ على العين المؤجرة وردها عند انتهاء مدة العقد[2].

ويعتبر هذا التقابل هو الظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الأخر.أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانب واحد كالعارية، الوديعة والهبة بدون عوض فلا يسرى عليها الفسخ[3] باعتبار إنها تولد التزاما على طرف دون الطرف الأخر، مما يجعل طلب الفسخ من المستفيد أمرا مستحيلا نظرا أن مصلحته تكمن في طلب التنفيذ[4].

1- تنص المادة 55 من ق.م.ج: " **يكون العقد ملزم للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا**".

2- **دحماني رشيد**، حماية العقد من الإبطال والفسخ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتورة والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج–البويرة، سنة 2016، ص 54.

3- **الشواربي عبد الحميد**، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، منشاة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1990، ص 29.

4- **أمجد محمد منصور**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي، ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 205.

إن العلة من كون الفسخ يقع فقط على العقود الملزمة للجانبين، يرجع إلى كون تقرير الدائن في فسخ العقد هو بغية تخلصه من الالتزامات التي تقع على عاتقه، وذلك عندما لا ينفذ احد المتعاقدين التزاماته، ويلاحظ أن هذه الغاية لا تتحقق إلا في العقود الملزمة للجانبين، على خلاف العقود الملزمة لجانب واحد نظرا إلى عدم إنشاء هذه العقود التزامات متقابلة[1].

ينبغي القول أن هذه الغاية من فسخ العقد في مجال العقود الملزمة لطرف واحد، لا مبرر لها، وإلا أصبحت نظرية فسخ العقد في حد ذاتها عبئا، والقانون لا ينظم نظريات قانونية من أجل العبث[2].

وبذالك يكون مجال الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، والتي تنشا عنها التزامات متقابلة والغاية من ذلك أن عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته، يجعل التزامات الطرف الأخر لا معنى لها، ولذلك يطلب الفسخ[3].

كما ينبغي القول أن هذا الشرط، لا يقتصر فقط على الفسخ القضائي بل هو شرط عام، يجب توافره لإيقاع الفسخ في جميع صوره، سواء كنا بصدد الفسخ القضائي، أو الاتفاقي أو القانوني، ذلك أن المواد 119 -120-121 وهي التي نظمت أنواع الفسخ.

ثانيا: أن يكون هناك عدم تنفيذ من طرف أحد المتعاقدين.

لا يكفي أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، فيستوجب كذلك أحد المتعاقدان (المدين) بالتزامه المرتب عن العقد الذي ابرمه[4] وهذا ما نستمده من المادة 119 من ق.م.ج: " **في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته** ...".

1- **دحماني رشيد**، مرجع سابق، ص 55.

2- **بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص167.

3-**jaque guestin, christophe jamin, more billiau**, Traité de doit civil ; Les effets du contrat ,2^{éme}, édition, L.G.D.G, paris, 1994, P 16.

4-**عبد القادر الفار، ملكاوي بشار عدنان**، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، الأردن 2011. ص 159.

وتجدر الإشارة إلى أنه يختلف الحال إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين، أو إلى سبب لا يد للمدين فيه، وأيضا قد يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا[1]، فإذا لا مبرر لطلب الفسخ إذا قام كل متعاقد بتنفيذ التزاماته اتجاه المتعاقد الأخر[2].

1. عدم التنفيذ لسبب أجنبي:

وفي هذا الصدد يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين ذلك أن إذا كان عدم التنفيذ يرجع استحالته إلى سبب أجنبي، فإن التزام المدين ينقضي فتنقضي الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون وهذا ما نصت عليه المادة 121 من ق.م.ج[3]، والسبب الأجنبي، إما أن يكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وهو أمر لا يمكن أن ننسبه إلى المدعي عليه، أي لا يد له فيه، كالحرب وما يترتب منها من ترحيل السكان مثلا والزلزال،[4] العواصف، المرض....الخ، غير أنه يشترط أمرين في السبب وهما عدم إمكان التوقع وذلك أن يكون السبب الأجنبي أمر لا يمكن توقعه، لأنه إذا أمكن توقعه فيعتبر الشخص مقصرا إذا لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتفادي حدوثه.

واستحالة الدفع فالاستحالة هنا يقصد بها أن هذا السبب الأجنبي لا يمكن تفاديه، أي أنه يتعدى بكثير قوة واستطاعة الإنسان، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 106 من ق.م.ج قد نصت على ذالك[5]، وكذلك مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود حسب المادة 107

1- **أنور طلبة**، إنحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص ص 6-7.

2- **ضحى مثنى داود**، فسخ العقد في القانون المدني، كلية الرافدين الجامعة، قسم الحقوق، د.س.ن، ص4 متوفر على الموقع التالي: http://.iasj.net

3- تنص المادة 121 من ق.م.ج: " **في العقود الملزمة للجانبين،إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون.** "

4- **الشواربي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 31.

5- تنص المادة 106 من ق.م.ج: "**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون** ".

من نفس القانون[1]، ولكن مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود لا يعتبر التزاما قائما بحد ذاته أو مستقلا عن باقي الالتزامات التي يرتبها العقد، فهي لا تفرض على المدين أداء معينا ولا توجب عليه اتخاذ مسلك محدد، ولذلك فان تقرير ما إذا كان المتعاقد قد رعى حسن النية في تنفيذ التزاماته، فهي تعتبر مسالة موضوعية يفصل فيها القاضي حسب الظروف التي تم فيها تنفيذ العقد[2].

إن الالتزامات نوعان الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فهناك التزام لا يمكن أن يعتبر منفذ إلا بعد تحقق النتيجة المرجوة منه والتي هي محل ذلك الالتزام كالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بعمل فهذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة كنقل حق أو القيام بعمل، أما الالتزام ببذل عناية فهو لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة بل هو بذل الجهد للوصول إلى غاية معينة، سواء تحقق ذلك الغرض أو لم يتحقق فهو التزام بعمل ولكنه لا يتضمن نتيجة، والشيء المهم فيه هو أن يبذل المدين في تنفيذه مقدارا معين من جهده والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، فمتى بذل المدين العناية المطلوبة فيه، يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم يتحقق ذلك الغرض المقصود[3].

2. عدم التنفيذ بفعل المدين:

يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى غير السبب الأجنبي، وأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين، أو مزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بتنفيذه، وعدم التنفيذ كما اشرنا سابقا قد يكون كلي أو جزئي، وقد ينصب على الالتزامات الرئيسة أو الالتزامات التبعية في العقد فالإخلال الكلي يكون في حالة عدم تنفيذ المدين لجميع التزاماته العقدية دون استثناء، أما التنفيذ الجزئي ففي هذه الحالة يكون المدين قد نفذ جزء من التزاماته وامتنع

1- نص المادة 107 من ق.م.ج: " **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام.....الخ** ".

2-**حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مرجع سابق، ص 22.

3-**حمو حسينة**، المرجع نفسه، ص 23.

عن تنفيذ الجزء الأخر منها، وكذلك نشير إلى أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يتحقق كذلك في حالة التأخر عن التنفيذ كما في حالة تأخر البائع في تسليم المبيع، وفي خالات أخرى قد ينفذ المدين التزاماته غير أن هذا التنفيذ قد يكون معيبا،كما في حالة التنفيذ المخالف لما اتفق عليه في العقد، فالمدين في كل هذه الحالات يعد مخلا بالتزاماته العقدية، ما يمنح للدائن الحق في التحلل من الرابطة التعاقدية والمطالبة بالفسخ[1].

كما قد ينصب عدم تنفيذ الالتزامات الرئيسية أو التبعية، فالالتزامات الرئيسية هي تلك التي يكون وجودها لازما لوجود العقد،وهي الالتزامات التي تعتبر وسائل أساسية لتحقيق النتيجة المرجوة لعقد معين[2].

أما الالتزام التبعي هو الذي يقصد به تحقيق الغاية العملية التي يريدها المتعاقدان أو تقتضيها طبيعة العقد، فيمكن لنا أن نعطي أمثلة عن ذلك فمثلا في عقد البيع فالتزام الأساسي أو الرئيسي للبائع يتمثل في نقل الملكية، في مقابل المشتري الملتزم بدفع الثمن في حين انه يترتب عليه التزام تبعي الذي يتمثل في تسليم المبيع للمشتري وكذا الالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق[3].

ومثال أخر في عقد الإيجار فالتزام الرئيسي للمؤجر يتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ويليه التزام تبعي يتمثل في أن يكون انتفاع المستأجر هادئا خلال مدة الإيجار[4].

فمن كل هذا يكمن أن نزيد بان في عدم التنفيذ الجزئي فانه يجب أن يكون القدر المتبقي على قدر من الأهمية بحيث يبرر الفسخ[5]، فإذا كان القدر المتبقي من الالتزام بسيطا

1-**محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 374.

2- **عبد الحميد الشواربي**، فسخ العقد في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 33.

3- أنظر المواد من 361 إلى 386 من القانون المدني الجزائري

4- أنظر المواد من 446 إلى 490 من نفس القانون

3-**Jérome Huet**, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux. Presses universitaires de France, .l.g.d.j,(e.j.a), paris, 1996, P 361.

بالنسبة للالتزام الكلي فانه لا محل للفسخ، إذ تعد المطالبة به نوع من أنواع التعسف[1].

أما في حالة عدم التنفيذ الجزئي ينظر إلى معرفة ما إذا كان تخلف الكمية أو الكيفية في الأداء بقدر من الأهمية بحيث يترتب عليها فوات المنفعة التي يرجوها الدائن من الأداء، أو ما إذا كانت مصلحة الدائن قد تحققت إلى حد كبير رغم عدم التنفيذ الجزئي[2]، أما عدم التنفيذ المؤقت فهو تأخير عن تنفيذ الالتزام، ويكون ذلك عندما يكون التنفيذ لا يزال ممكنا ويتأخر المدين في تنفيذ كله أو في جزء منه فقط، والتأخير لا يمكن اعتباره عدم تنفيذ، لان التأخير الذي ينصب على الالتزام لا يزال تنفيذه ممكنا[3]، لكن يصعب تقدير جسامة عدم التنفيذ عندما ينفذ المدين إلا جزء من الأداء المتفق عليه، إي عندما نكون أمام عدم تنفيذ من حيث الكم بحيث يمنع الدائن من الحصول على ما كان يرجوه من العقد، الأمر الذي يؤدي إلى فسخ العقد، أما إذا كان عدم التنفيذ لا يبلغ حد الجسامة التي تعرقل الدائن للحصول على ما يبتغيه، فان لا يجوز له الحصول سوى على تعويض الضرر[4].

فمثلا إذا قام الممول بتوريد جزء من المواد الأولية التي التزم بتوريدها، وكان يمكن للدائن أن يحصل على الجزء الأخر من هذه المواد في مكان أخر، لكن بثمن مرتفع، فبدلا من فسخ العقد، يقوم المدين بتعويض الضرر المترتب عن الخسارة التي لحقت بدائن جراء دفعه سعر مرتفع[5].

1-**عبد الحكم فوده**، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 200.

2- **عبد الحي حجازي**، "**مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ**"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، العدد الأول السنة الأولى، 1959، ص 53.

3- **بلعيور عبد الكريم**، فسخ العقد، مرجع سابق، ص 112.

4-**françois collart dutilleul.philippe delebecque**, Contrats civils et commerciaux, 3éme édition, Dalloz, Paris, 1996, p 201.

5- **حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 21.

ثالثا: أن يكون الدائن مستعدا للتنفيذ التزامه وإعادة الحال إلى أصله.

لا يكفي لطلب الفسخ أن يكون العقد ملزما للجانبين وعدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، وإنما يشترط كذالك في الدائن طالب الفسخ أن يكون قد نفذ هو التزاماته أو على الأقل مستعد لتنفيذه، حيث انه ليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطالب المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام[1].

فمثلا لو باع المتعاقد الشيء الذي اشتراه وسلمه إلى شخص أخر، فانه لا يستطيع طلب فسخ العقد واسترداد الثمن، ذلك لأنه ملتزم في مواجهة من باع له ذلك الشيء بضمان عدم التعرض، وبتالي لا يستطيع اخذ الشيء من المشتري الثاني وتسليمه للبائع في مقابل استرداد الثمن، ومن ثم تكون دعواه بالفسخ مرفوضة لافتقادها لأحد الشروط الجوهرية لقبولها، وذلك عملا بقاعدة الأثر الرجعي للفسخ، فهنا لا يبقى للدائن سوى المطالبة بتنفيذ العقد باعتباره الطريق الذي لا يغلق في وجهه من الناحية القانونية، والذي يعد هو الأصل[2].

غير أن هذا الشرط لم يرد في المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي حددت الشروط الواجب توافرها لطلب الفسخ، ولكنه يستخلص من الآثار القانونية التي يرتبها فسخ العقد طبقا لما ورد في نص المادة 122 من ق.م.ج[3]، إذ يترتب على حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ نتيجة حتمية و هي إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

الفرع الثاني

أنواع الفسخ

إن فسخ العقد بين المتعاقدين قد يكون قضائيا(**أولا**)، قد يكون فسخا اتفاقيا(**ثانيا**)، كما قد يكزن بقوة القانون(**ثالثا**).

1- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 557.

2- **دحماني رشيد**، حماية العقد من الإبطال و الفسخ، مرجع سابق، ص 57.

3- تنص المادة 122 من ق.م.ج: " **إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض**".

أولا: الفسخ القضائي

المقصود به أنه للحل الرابطة التعاقدية لابد من تدخل القاضي، وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه كقاعدة عامة نظرا لما يمتاز به العقد من خطورة على وجود ومستقبل العقد، لذلك نجد أن العقد يستلزم تدخل القاضي واستصدار حكم يقضي بذلك، وهذا ما يفهم من نص المادة 119 من ق.م.ج في فقرتها الأولى: "...**جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذراه للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك**".

فرغم أن المادة أعلاه لم تشر إلى وجوب تدخل القاضي صراحة لفسخ العقد إلا انه استعمال عبارة (له أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه) تفيد الفسخ القضائي، لان المطالبة بحد ذاتها تكون إمام القضاء بإضافة إلى الفقرة الثانية من نفس المادة التي جاء فيها (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ...) وهذه الفقرة تؤكد وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد، وان حل الرابطة التعاقدية في العقود الملزمة للجانبين تكون بحكم قضائي[1].

ثانيا: الفسخ الاتفاقي

إذا كان الأصل في العقود الملزمة يتم فسخها عن طريق القضاء، فان المشرع الجزائري اقر طريقا أخر في المادة 120 من القانون المدني الجزائري ألا وهو الفسخ الاتفاقي.

وبتالي يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين، هو اتفاق المتعاقدين على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون إذا لم يقم احد التعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية دون اللجوء إلى القضاء[2].

1- **أمازوز لطيفة**، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 443.

2-**علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 107.

ولقد أخذت به معظم التشريعات الحديثة، وخاصة منها التشريعات العربية ومن بينها المشرع الجزائري وذلك كاستثناء من الأصل العام كطريقة أخرى يمكن بواسطتها التحلل من الرابطة التعاقدية[1]، باللجوء إلى القضاء ليكشف على الاتفاق والحكم بالفسخ.

ثالثا: الفسخ بقوة القانون.

كما أن هناك طريقة أخرى لانحلال العقد والمتمثلة في الفسخ بقوة القانون أو ما يسمى أيضا بالانفساخ وهذا ما نصت عليه المادة 121 من القانون المدني الجزائري[2]، فيعرف الانفساخ على أنه: " **انحلال رابطة العقد بقوة القانون بشروط مخصوصة مجملها استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي ليس للمدين يد فيه**"[3].

أو بتعريف أخر: " **هو انحلال العقد دون حاجة أن يكون ذلك مشترطا في العقد، ودون حاجة إلى حكم قضائي ويحدث هذا الانفساخ إذا استحال لأحد المتعاقدان أن ينفذ التزاماته نتيجة قوة قاهرة أو لسبب لا يد للمدين فيه**"[4].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى انه يختلف هنا الانفساخ عن الفسخ بنوعيه بحيث انه في الانفساخ يتقرر لاستحالة التنفيذ الذي يكون بسبب الأجنبي، في حين أن الفسخ يكون نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بحيث يعد مقصرا في ذلك وأن موقف القضاء في هذه الحالة يقتصر على التأكد أو الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا، وعلاوة على ذلك فان الانفساخ لا يشترط فيه الاعتذار[5].

1- **توفيق فرج**، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 81.

2- تنص المادة 121 من ق.م.ج: " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بقوة القانون** "

3- **اسماعيل عبد النبي شاهين**، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 352.

4- **جميل الشرقاوي**، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 444.

5- **ابراهيم أنيس محمد يحيى**، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال المتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2010، ص 53.

وهناك شروط يجب توافرها لكي نجعل العقد مفسوخا بحكم القانون وهي:

- أن يصير التزام العقد مستحيلا، بمعنى أن تنفيذه أصبح غير ممكن، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تتعلق بالالتزام في حد ذاته، وليست تلك المتعلقة بالمدين.
- أن تكون استحالة التنفيذ كاملة، فإذا كانت جزئية فان الانفساخ لا يقع، وإنما يثبت للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ العيني لما بقى ممكنا من محل الالتزام.
- أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لايد للمدين فيه، كما لو كانت ناشئة عن قوة قاهرة أو فعل الدائن، فإذا كانت تلك الاستحالة لسبب يرجع إلى المدين فان العقد لا ينفسخ ويبقى التزامه قائما، وإن استحال حكم بالتعويض لتعذر تنفيذه عينيا[1].

المطلب الثاني

إجراءات الفسخ

يستوجب الفسخ كذلك إتباع إجراءات معينة يجب أن نخضع لها هذا الإجراء، وتتمثل هذه الإجراءات أساسا في: اعذار المدين **(الفرع الأول)**، ثم بعد ذلك رفع دعوى الفسخ **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

اعذار المدين

قضت الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المدني الجزائري: " **أن في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد التعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذالك**"[2].

1- **الشواربي عبد الحميد**، فسخ العقد، مرجع سابق، ص 57.

2- هذا ما يؤدي إلى القول أن الاعذار هو من الإجراءات الشكلية لقبول الدعوى القضائية، وفي حالة تخلفه قد يحكم القاضي بنقضها طبقا للمادة 119 من ق.م.ج

فإذا يجب على الدائن قبل أن يرفع دعوى قضائية لطلب فسخ العقد أن يقوم باعذار المتعاقد الأخر مطالبا إياه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن ذلك العقد الذي ينوي فسخه، لان ذلك يعتبر بمثابة دليل على تقصير المدين في التنفيذ ومن شانه أن يعطي أكثر مصداقية للدعوى، وأيضا ما يؤكد ضرورته من الناحية القانونية والعملية معا، أنه يعتبر دليل قاطع على إثبات إخلال المدين بالتزاماته بعد أن وجه له التنبيه من طرف الدائن، فتكمن أهمية الاعذار من ناحيتين هما انه يجعل القاضي أسرع استجابة لطلب الفسخ وثانيا يجعله اقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض إضافة إلى الفسخ، كما له فائدة في إثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامه.

إذا الدعوى التي تكون مسبوقة بإنذار تكون أفضل بالنسبة للدائن، لأنها تحقق له نتائج لا تحققها الدعوى التي لم تكن يسبقها كثل هذا الإجراء، إذ أن القاضي غالبا ما يستجيب لطلب الفسخ والحكم بالتعويض، وهو أمر ذو أهمية بالنسبة لكل متعاقد مصر على فسخ العقد[1].

فالاعذار في القانون المدني الجزائري قد جاء في المواد 179 و 180 إذ تنص المادة 179: " **لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك**"، وكذا نص المادة 180 منه: " **يكون اعذار المدين بانذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يكون الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مرتبا على اتفاق يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء أخر**".

1- **أحمد شوقي محمد عبد الرحمن**، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية والغير إرادية، دراسة فقهية وقضائية، د.د.ن، د.ب.ن، 2002، ص 159.

فالمشرع في هذه المواد لم يعرف الاعذار بل عدد وسائله فقط، إلا انه يمكن تعريفه انه دعوة المدين من قبل دائنه إلى ضرورة قيامه بتنفيذ التزامه وإلا أصبح مسؤولا عن الضرر الذي يصيبه من جراء إخلاله بالتنفيذ[1].

ويقصد به أيضا هو وضع المدين موضع المقصر، وإعلان الدائن للمدين انه متمسك بالمطالبة بحقه في تنفيذ الالتزام القائم في ذمته[2].

غير أن هناك حالات أخرى حددها القانون أين لا حاجة فيها إلى الاعذار وهي تلك التي ذكرت في المادة 181 من ق.م.ج والتي تنص: "**لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :**

- **إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.**
- **إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر**
- **إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك.**
- **إذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه**"

ففي أنظمة الاتصال الحديثة فانه يحق للمشتري فسخ العقد البيع المبرم في حالة إخلال البائع بالتزاماته،غير انه يستوجب عليه اعذار المدين أولا، والأصل أن الإنذار يكون على يد محضر، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها المشتري البائع لتنفيذ التزامه[3].

وفي هذا الصدد فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بان العقد لا يزال قائما بين المتعاقدين لعدم قيام الدائن بشرط الاعذار عندما لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، حيث أن

1-**CABRILLAC REMY**, Droit des obligations, 9éme édition, DALLOZ, Paris, 2010, p 136.

2- **لوني عبد المجيد**، الاعذار في المواد المدنية والتجارية طبقا للقانون الجزائري، مذكرة للنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005، ص 5.

3- **أبو الونيس الخويلدي**، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 301 .

الطاعن لم يثبت بأنه قد قام باعذار خصمه عند إخلاله بشروط العقد، إذ اعتبرت أن الاعذار شرط ضروري وليس اختياري، ولقد دفع المدعي على أن الاعذار المنصوص عليه في المادة 119 هو إجراء اختياري لان المشرع استعمل لفظ "**جاز**"، إلا أن المحكمة العليا قضت بغير ذلك بحيث اعتبرت أن هذا الدفع غير مؤسس، لان المادة 119من ق.م.ج أن مسالة الجوازية فيه تتعلق بإمكانية طلب التنفيذ أو الفسخ أما الاعذار فيبقى دائما إجباريا[1].

الفرع الثاني

رفع دعوى الفسخ

لا يكفي الاعذار وحده للطلب الفسخ بل يتوجب على الدائن بعد ذلك أن يرفع دعوى الفسخ ولم يستجيب المدين بشان التنفيذ، حيث أن ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه، لا يجعل العقد فورا مفسوخا بحد ذاته، وإنما يجب على الدائن الذي يريد الفسخ إعلان رغبته في ذلك بعد اعذاره للمدين برفع دعوى الفسخ[2].

فالحكمة من ضرورة رفع دعوى الفسخ، هي أن الاعذار الذي يقوم به الدائن عند حلول اجل تنفيذ العقد قد يعقبه تنفيذ من المدين، وعليه من حق الدائن أن يبقى متمسكا بالتنفيذ وليس هناك ما يمنعه قانونا في التمسك بالتنفيذ لذلك لا يمكن القول أن الاعذار كاف للتنفيذ العقد[3].

وإن الأساس الذي يقوم عليه حق طلب الفسخ هو العلاقة التعاقدية التي تربط المدين بالدائن، بينما مصدر الدعوى في حد ذاتها هو النزاع القائم حول ما رتبه العقد من التزامات تعاقدية، فدعوى إذا تعتبر وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي قررها القانون لحماية الحقوق لأنه لا يجوز الاتفاق على حرمان احد الطرفين من رفعها، كان يتفق المدين مع الدائن من حرمان هذا الأخير من اللجوء إلى القضاء عند عدم قيامه بتنفيذ التزامه ليطلب

1- قرار المحكمة العليا رقم 115182، الصادر في 1994/03/21 م.ق العدد 02، 1994، ص ص 176-179.

2- **دحماني رشيد**، حماية العقد من الإبطال و الفسخ، مرجع سابق، ص 60.

3- **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 117.

التحلل من الرابطة العقدية، فمثل هذا الاتفاق لا يقبله المنطق القانوني لأنه يجعل الدائن تحت رحمة المدين إن شاء نفذ التزامه وإن لم يشأ فليس هناك وسيلة لإرغامه بذلك[1].

كما يجب على الدائن الذي رفع دعوى الفسخ، أن لا يعتبر نفسه متحللا من التزاماته نحو المدين بمجرد تحقق الشروط اللازمة بالفسخ، بل لكي يكون الأمر كذلك لابد من صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد، ذلك انه قد يحدث بعد رفع الدعوى الفسخ أن يقوم المدين بالتنفيذ فلا مجال للفسخ في هذه الحالة، وقد لا يستجيب إلى طلب الفسخ بما أن له السلطة التقديرية في إيقاع الفسخ من عدمه[2].

إضافة إلى ذلك فالدائن الذي يتقدم برفع دعوى قضائية للمطالبة بالفسخ، فمن حقه أن يعدل عن هذا الطلب، ويتمسك بالتنفيذ قبل صدور الحكم النهائي.

فإن الحكم الذي يصدره القاضي لإيقاع الفسخ ضروري، فهو الذي يحقق النتيجة المرجوة وهي فسخ العقد، وبتالي يتحلل الدائن من التزاماته تجاه المدين، ويحكم القاضي حسب ظروف وملابسات الدعوى[3].

كما أن القاضي يمكن أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته إذا اقتضت الظروف ذلك، مما يستدعي صدور حكم في الدعوى المرفوعة، كما أن تصفية الموقف بين المتعاقدان يحتاج إلى تدخل القضاء فيما يخص التعويض الذي يلتزم المدين بدفعه جراء الإخلال بالتزامه[4].

1-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 31.

2-La résolution du contrat. Voir .http://www.scribd.com

3- **أحمد فراج حسين**، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية الإسكندرية، د.ت.ن، ص 70.

2- سلطة القاضي في إيقاع الفسخ القضائي http://www.cadresonline.com4

الفصل الثاني

طرق ممارسة الدائن لحق الفسخ

لقد عرضنا في الفصل الأول كل مل يتعلق بالمبادئ الفسخ بصفة عامة، ولآن سنطرق إلى الفصل الثاني من موضوعنا الذي يحمل عنوان ممارسة الدائن لحق الفسخ، أين سنتطرق في هذا الفصل إلى كل ما يتعلق بكيفية ممارسة الدائن لحق فسخ العقد.

إذ إن هناك آليات منحها المشرع للدائن لممارسة هذا الحق، ففي هذا الصدد سنتطرق إلى معالجة هذه الطرق من الناحية العملية وفيه سنعالج ممارسة الدائن لحق الفسخ عن طريق القضاء في **(المبحث الأول)**، وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي، وبعد ذلك سنعالج الموضوع من ناحية مطالبة الدائن لفسخ العقد على أساس الاتفاق وهذا ما يسمى بالفسخ الاتفاقي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الفسخ القضائي للعقد

الأصل في الفسخ أنه يتم أمام القضاء فالقاضي المكلف بالموضوع هو الذي يمكن له أن يقرر الفسخ أو عدم إقراره بعد رفع احد المتعاقدين لدعوى الفسخ نتيجة إخلال المتعاقد الأخر بالتزاماته فالفسخ إذا يعتبر جزاء، والجزاء لا يوقعه إلا القاضي بالنسبة للفسخ القضائي ففي هذا المبحث سوف نتطرق إل اختيار الدائن بين التنفيذ أو الفسخ **(المطلب الأول)**، ثم بعد ذلك سنتطرق السلطة التقديرية للقاضي في الفسخ القضائي للعقد وذلك في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

اختيار الدائن بين التنفيذ أو الفسخ

الفسخ هو حق وحماية قانونية منحها المشرع للدائن فعلى هذا الأخير التمسك به أي لا يمكن إرغامه قانونيا على التمسك به فهو خيار موضوع بين يديه، وهذا ما يفهم في نص المادة 119 من ق.م.ج التي تنص: " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز المتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...الخ** "، فقد يختار التنفيذ **(الفرع الأول)**، كما قد يختار الفسخ **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

اختيار الدائن التنفيذ

من خلال المادة 1/119 السالفة الذكر يتبين أن للدائن في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الأخر لالتزامه العقدي فله أن يطلب التنفيذ العيني للعقد أو الفسخ والتحلل من الرابطة

التعاقدية نهائيا، لكن لا يمكن الجمع بينهما في آن واحد لكن باختيار واحد منهما في رفع الدعوى لا يدل هذا نزولا عن الأخر[1].

فلقد أراد المشرع أن يوفق في أمرين الأول هو القوة الملزمة للعقد التي تبرر أن يكون للدائن حق طلب التنفيذ الجبري ولا يفقد العقد لأثاره بمجرد رفض المدين ذلك ومن ناحية ثانية يهدف هذا الخيار أن يكون للدائن فسخ العقد إذا كانت هذه مصلحته، دون أن يلزمه إتباع خطوات التنفيذ الجبري الطويلة والمعقدة[2].

فعندما يرفع الدائن دعوى التنفيذ فإنه يريد بذلك الاستفادة من العقد والوصول إلى تحقيق الغرض الذي استهدفه من التعاقد[3]، ثم يرفع هذه الدعوى إذا بقي التنفيذ صالحا، ففي عقد المقاولة مثلا إذا اخل المقاول بانجاز العمل على النحو المتفق عليه مع رب العمل فانه يكون لهذا الأخير طلب تنفيذ العقد طالما لا يزال ذلك ممكنا[4].

أولا: التنفيذ العيني

تنص المادة 164 من القانون المدني الجزائري على: " **يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا**".

فيقصد بالتنفيذ العيني إذا هو أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به عينيا سواء كان ما تعهد به يتمثل في القيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء، ومثال عن ذلك أن ينقل

1- **شريف احمد الطباخ**، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، د. د.ن، مصر، 2010، ص 253

2- **مصطفى عبد السيد الجارحي**، " **فسخ العقد** "، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة عدد 56، 1988، ص 82.

3-**Abdel Rahim Fathi** « **l'exécution en nature du contrat en droit comparé (Égypte .France. Angleterre)** », revue alquanu wal iqutisad, pp 1-60, .cf.p1.

4-**عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة، المجلد الأول، د.ت.ن، ص 78.

البائع للمشتري ملكية العين المبيعة[1].

فالتنفيذ العيني يعتبر أفضل وسيلة تضمن استقرار المعاملات بين الأفراد والذي يستند خصوصا إلى حسن نية الأطراف، فهو يعتبر حق للدائن وواجب على المدين فإذا طلبه الدائن لا يجوز للمدين رفضه وان يعدل عنه إلى التعويض، ومن جهة أخرى إذا عرضه المدين لا يجوز للدائن أن يرفضه[2].

لكن حتى يمكن للدائن أن يطلب بالتنفيذ العيني فلابد أن يكون هذا الأخير ممكنا، أي لا يكون تنفيذ الالتزام عينيا مستحيلا، فإذا أصبح كذلك امتنع الحكم على المدين بالتنفيذ العيني، واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين ففي مثل هذه الحالة لا يبقى للدائن سوى المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض، وقد تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه، فان الالتزام في هذه الحالة ينقضي ولا يلتزم المدين بالتعويض[3].

وفي حالة إذا ما أعلن المدين عن عدم تنفيذ العقد فيكون للدائن خيارين، إما أن يتجاهل هذا الجحود والاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية الحالة المترتبة عنه، أو أن يبدي استعداده للقيام بها وينتظر حلول أجل تنفيذ التزامات المدين ليطالبه بهذا التنفيذ فإذا امتنع عن ذلك يكون للدائن طبقا للقواعد العامة أن يجبره على التنفيذ العيني[4].

غير أنه لا يجوز للدائن إذا أعلن المدين رفضه للتنفيذ بطريقة التي قد تزيد من الضرر المترتب جراء عدم التنفيذ المدين للعقد، لان التعويض لا يشمل الضرر الذي كان في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل مجهود معقول فالأضرار التي يمكن تجنبها لا تدخل في مقدار التعويض، لان الدائن يلتزم بتخفيف الأضرار، وذلك تطبيقا للمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

1- **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 08.

2- **توفيق فرج، مصطفى الجمال**، مصادر وأحكام الالتزام.....، مرجع سابق، ص 665.

3- **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 29.

4-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 42.

1- شروط التنفيذ العيني:

هناك شروط يجب مراعاتها للمطالبة بالتنفيذ العيني للعقد وهي:

أ- أن يكون التنفيذ العيني ممكنا:

من البديهي أن يشترط في التنفيذ العيني أن يكون ممكنا، ويقصد به أن لا يكون مستحيلا أو غير مجد إما لسبب أجنبي أو بفعل المدين لان إذا استحال تنفيذ الالتزام استحالت المطالبة به قضائيا وبذلك استحال تنفيذه جبرا، وتكمن أهمية تحديد الاستحالة إلى الآثار التي تترتب بعد ذلك، إذ أن الاستحالة التي ترجع إلى سبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، أما إذا كانت بفعل المدين فيلتزم هذا الأخير بالتنفيذ بالمقابل[1].

ب- أن يسبق التنفيذ العيني باعذار:

لا نجد أي تعريف للاعذار في النصوص القانونية، ففي نص المادة 181 من ق.م.ج المشرع الجزائري لم يعرف لنا الاعذار بل عدد فقط وسائله، إلا أنه يمكن تعريفه على انه دعوة الدائن لمدينه إلى ضرورة قيامه بتنفيذ التزامه[2] وإلا أصبح مسؤولا على الضرر الذي يصيبه جراء عدم التنفيذ، فهو بهذا المعنى تصرف يصدر من الدائن يعبر فيه عن رغبته بضرورة تنفيذ التزامه وإلا عد المدين مسؤولا عن أي ضرر يصيبه[3]، ويقصد به كذلك وضع المدين موضع المقصر، وإعلان الدائن لمدينه انه متمسك بحقه في المطالبة بتنفيذ الالتزام القائم في ذمته، وحتى لا يفهم المدين من عدم المطالبة بتنفيذ عند حلول الأجل أن الدائن متسامح في التأخر في تنفيذ الالتزام[4].

1- **أحمد شوقي محمد عبد الرحمن**، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، د.د.ن، د.ب.ن، 2008، ص 08.

2- **CABRILLAC Rémy**, doit des obligations, Opci, p 136.

3-**FLOUR jaques, Aubert jean Luc ,Flour Yvonne ,SAVAUX ERIC**, droit civil, les obligations/ le rapport de l'obligation, 2eme edi, dalloz, paris, 2001, p 93.

4- **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في أحكام الالتزام...، مرجع سابق، ص ص 9-10.

ج- أن يطالب الدائن بتنفيذ أو يتقدم به المدين:

لم يشر المشرع إلى هذا الشرط صراحة في المادة 164 من ق.م.ج إلا أنه يفهم ضمنيا لأنه ليس للمحكمة الفصل في قضية لم يرفع بشأنها دعوى أصلا، كما أن المحكمة لا يمكن أن تحكم بالتنفيذ العيني إذا كان الدائن قد طالب الحكم على المدين بالتعويض لامتناعه عن التنفيذ، فإذا طالب الدائن بالتنفيذ العقد عينيا وكان ذلك ممكنا فيجب على المدين أن ينفذه لأنه يعتبر الأصل في تنفيذ العقود، ومن جهة أخرى إذا تقدم المدين بتنفيذ الالتزام عينيا فليس للدائن أن يرفضه.

وتجدر الإشارة إلى أن ليس بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه يعطي الحق مباشرة للدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري فلابد أن لا يكون الامتناع سببه في عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه لان في هذه الحالة يحق للمدين الدفع بعدم التنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 123 من ق.م.ج.[1] وكذالك إذا طالب الدائن التنفيذ العيني لا يحق للمدين أن يتقدم بالتنفيذ عن طريق التعويض، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين الطرفين في العقد على التنفيذ بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني[2].

د- أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين:

كما قد يكون تنفيذ الالتزام ممكن في حد ذاته وليس مستحيلا، لكن في جبر المدين على الوفاء به إرهاقا له، بحيث يترتب عن ذلك إلحاق ضرر فادح للمدين لا يتناسب بما يلحق الدائن من ضرر جراء تخلف المدين عن الوفاء عينيا، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يحكم بدل ذلك بالتعويض، لكن ذلك أيضا يكون بشرط أن لا يترتب على هذا العدول

1-تنص المادة 123 : " **في العقود الملزمة للجانبين،إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به.**"

2-**حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ..، مرجع سابق، ص 245.

إلحاق ضرر جسيم للدائن، فإذا كان الأمر كذلك وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني[1].

ومثال عن ذلك إذا كان المدين ملتزم ببناء عمارة وقام ببنائها في مساحة اقل قليلا من التي هي مذكورة في العقد،فان ما يصيب المدين من خسارة في هدم البناية اكبر بكثير على ما يضايق الدائن بابقاءها على حالها[2].

هـ- عدم التعسف في طلب التنفيذ:

يجوز للقاضي أن يعدل في الحكم بالتنفيذ العيني إلى الحكم بالتعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين، ولم يلحق بالدائن ضرر جسيم من جراء اعتماد التعويض بدلا من التنفيذ العيني. ذلك أنه في هذه الحالة تكون مصلحة المدين أولى بالرعاية لذلك لا ينبغي للدائن أن يتعسف في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام لان التعسف في استعمال الحق يجعل هذا الحق غير مشروع كلما كانت النية في ذلك هي الحصول على مصلحة غير مشروعة، أو الإضرار بالغير أو للتحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا التعسف[3].

2- طرق التنفيذ العيني:

فيما يخص طريقة التنفيذ العيني للالتزام فذلك يختلف باختلاف نوع الالتزام فيمكن التمييز بين الالتزام بنقل حق عيني، والالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل[4].

أ. في الالتزام بنقل حق عيني:

الالتزام بنقل حق عيني قد يرد على منقول وقد يرد على عقار، فإذا كان قد ورد على منقول هنا نميز بين حالتين:

1- **عادل جبري محمد حبيب**، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن، ص 60.

2- **عبد الحميد الشواربي**، فسخ العقد.....، مرجع سابق، ص 439.

3- **توفيق حسن فرج مصطفى الجمال**، مصادر و أحكام الالتزام ...، مرجع سابق، ص 667.

4-**همام محمد محمود زهران**، الأصول العامة للنظرية الالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 137.

- **المنقول المعين بالذات:** إذا كان الشيء محل الالتزام منقول معين بذات ومملوكا للمدين، فان الالتزام المذكور ينفذ تلقائيا بمجرد نشوئه فبائع المنقول المعين بذات يلتزم بنقل ملكيته إلى المشتري، وهذه الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد دون حاجة إلى إجراء أخر[1].
- **المنقول المعين بالنوع:** إذا كان الشيء محل الالتزام منقول معين بالنوع فالملكية لا تنتقل إلا بالإفراز،فإذا لم يقم المدين بإفراز الشيء جاز للدائن الحصول على الشيء ذاته محل العقد في السوق على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كم لو لم يقم البائع بكية من القمح المبيعة فقام المشتري بشرائها في السوق على نفقة البائع بعد أن حصل على ترخيص من القضاء، بل و حتى يمكن أن يحصل الدائن على الشيء نفسه في السوق على نفقة مدينه دون ترخيص من القضاء في حالة الاستعجال[2].

إما إذا كان الالتزام بنقل حق عيني وارد على عقار فهنا الحق لا ينتقل ولا ينشا إلا باتخاذ إجراءات الشهر التي يلزم لإتمامها تدخل المدين أو بموجب حكم قضائي يقوم مقام تدخل المدين الممتنع عن اتخاذ ما يلتزم به لإتمام عملية التنفيذ،كما هو الحال في البائع الذي يمتنع بإتمام ما يستلزم القيام به للنقل الملكية في العقار من تحرير عقد البيع، أو التصديق على توقيعه، إذ يقوم الحكم القضائي بصحة ونفاذ عقد البيع مقام تنفيذ البائع للالتزام[3].

ب. في الالتزام بعمل:

قد يكون الالتزام وارد على القيام بعمل، وتختلف كيفية تنفيذ هذا الالتزام بحيث نميز بين هذه الحالات:

1- **أمازوز لطيفة**، التزام البائع بالتسليم....، مرجع سابق، ص 406.

2- **أنور سلطان**، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1983، ص 50.

3- **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 31.

- في حالة ما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام بحيث يجب أن يقوم به بنفسه "كالطبيب، الرسام" أي أن طبيعة الالتزام تستوجب تدخله شخصيا، فإذا أصر المدين على عدم التنفيذ العيني فلا يمكن الحصول على التنفيذ الجبري لان في ذلك مساس بحرية المدين الشخصية كما لا يجب على المدين أن يفرض تنفيذ الالتزام عن طريق غيره إذا رفض الدائن طبقا لنص المادة 169 من ق.م.ج التي تنص: " **في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الالتزام من غير المدين**"

فهنا لا يكون للدائن سوى اللجوء الوسائل الغير مباشرة للتنفيذ العيني كالتهديد المالي، أو الحكم بالتعويض[1].

- أما في الحالة التي لا تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار، أي لا تستوجب تدخل المدين شخصيا لتنفيذ الالتزام فلا يهم إذا قام به بنفسه أو بمساعدة غيره، ففي هذه الحالة إذا أصر المدين على الامتناع عن التنفيذ، فيمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري على نفقة المدين بعد الحصول على إذن من القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 170 من ق.م.ج والتي تنص: " **في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا** ".
- في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام المحافظة على الشيء وإدارته، فعلى المدين أن يبذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي،فإذا بذل هذه العناية فكان منفذا لالتزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود، إلا إذا نص القانون أو الاتفاق غير ذلك، مثال

1- **منذر الفضل**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 49.

أن يتفق الطرفين على وجوب أن يقوم المدين بالعناية خاصة على الشيء وعلى كل حال يسال المدين على الغش أو الخطأ الجسيم[1].

ج. في الالتزام بالامتناع عن عمل:

في الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل يعد التزام المدين هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، فيلتزم المدين بتحقيقه ولا يكفي في ذلك أن يبذل العناية اللازمة، فإذا اخل المدين بالتزامه جاز للدائن أن يطلب التنفيذ العيني من خلال إزالة المدين ما وقع منه وإذا لم يقم المدين بإزالته جاز للدائن اللجوء إلى القضاء من اجل الحصول على ترخيص بإزالة ذلك الشيء على نفقة المدين حسب المادة 173 من ق.م.ج[2].

ثانيا: التنفيذ عن طريق التعويض

يتم التنفيذ عن طريق التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه عينيا كليا أو جزئيا ففي كلتا الحالتين يكون التعويض عن عدم التنفيذ، كما يكون التعويض كذلك في حالة تنفيذ المدين لالتزامه متأخرا والتعويض في هذه الحالة هو تعويض عن التأخير، ولذلك نجد أن التعويض يشمل الحالتين حالة عدم التنفيذ، وحالة التأخير عن التعويض[3].

فالتعويض هو الحق الذي يثبت للدائن نتيجة إخلال مدينه بالتزامه والذي قد يتخذ شكل النقد أو أي ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن[4].

والتعويض يمكن أن يكون محددا في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق ينص فيه على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين أداءه للدائن في حالة عدم تنفيذه لما التزم به المدين في حالة عدم تنفيذه لما التزم به عينيا أو تأخيرا في التنفيذ، وهو ما جاء في نص المادة

1- راجع في ذلك نص المادة 172 من ق.م.ج

2- تنص المادة 173 من ق.م.ج: "**إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة مواقع مخالفا للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين**".

3- **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام ...، مرجع سابق، ص 45.

4-**الحسناوي حسن، خنتوش رشيد**، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 39.

183 من ق.م.ج[1] فالتعويض الاتفاقي هو اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض المستحق الذي يلتزم به المدين اتجاه الدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام عينيا أو تأخيرا عن تنفيذه، كما يتصف كذلك بخاصية التبعية وذلك كون أن الشرط الجزائي لا ينشىء مستقلا عن الالتزام الأصلي بل يعد تابعا له، ومن نتائج تابعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي بطلان الالتزام الأصلي يتبعه حتما بطلان الالتزام التبعي[2].

كما يكون التعويض في بعض الحالات محددا في القانون، فيتدخل هذا الأخير ويتكفل بتحديد مقدار التعويض، وهذا ما يسمى بالتعويض القانوني، وهذا ما نجده على حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، والتعويض هنا يتقرر في حالة تأخر المدين عن التنفيذ، أما في حالة عدم التنفيذ فالدائن له أن يطلب بالتنفيذ العيني لا أن يطلب التنفيذ عن طريق التعويض، ذلك لان الالتزام بدفع مبلغ من النقود يعد من الالتزامات التي يمكن دائما تنفيذها عينيا ومنه لا مجال للمطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض[3].

لذلك نجد أن في هذا النوع من الالتزامات لا يتصور فيه استحالة التنفيذ العيني، فلا محل إذا فيه للوفاء بالمقابل، وإنما إذا تأخر المدين في الوفاء يمكن أن يستحق الدائن تعويضا عن هذا التأخر، ويسمى في هذه الحالة بفوائد التأخير[4].

ومن ذلك يتبين أن إذا ما تأخر المدين في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود وكان هذا المبلغ معلوم المقدار، حكم عليه بدفع نسبة معينة من الفائدة وهذا ما أخذ به المشرع المصري في القانون المدني المصري بحيث حددت المادة 226 منه نسبة الفائدة بأربعة بالمائة في المواد المدنية، وبخمسة بالمائة في المواد التجارية[5].

1- تنص المادة 183 من ق.م.ج على: "**يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181**"

2- **دحماني رشيد**، حماية العقد من الإبطال والفسخ، مرجع سابق، ص 157.

3- **دحماني رشيد**، المرجع نفسه، ص 159.

4- **سليمان مرقش**، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، صادر للمنشورات القانونية، مصر، 1992، ص 197.

5- **أنور سلطان**، الموجز.....، مرجع سابق، ص ص 80-95.

أما المشرع الجزائري حيث لم يأخذ بفوائد التأخير في تنفيذ الالتزام، وإنما اكتفى في منح الدائن الحق في الحصول على تعويض عن ذلك من المدين الذي تأخر في تنفيذ التزامه عملا بنص المادة 186 من ق.م.ج[1] فقد اخضع حالة التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود إلى أحكام التعويض.

كما يمكن للقاضي أن يحدد مقدار التعويض في حالة عدم الاتفاق على مقدار التعويض أو عدم نصه في القانون في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه آو تأخره في ذلك وهذا ما نصت عليه المادة182 من ق.م.ج[2].

كما أن الأصل في التعويض يكون نقدي، خاصة أن هذا الأخير يتميز بالبساطة والسهولة في استيفائه من قبل الدائن، غير انه ليس هناك ما يمنع القاضي أن يحكم بالتعويض العيني، ومثال ذلك إذا اخل المدين في المحافظة على شيء معين ونتج عن ذلك سرقة ذلك الشيء فيجوز للقاضي بناءا على طلب الدائن أن يلزم المدين بتسليم الشيء مثله أو إعادة إصلاح ما أصاب الشيء من تلف[3]، لكن لا يمكن للقاضي أن يفرضه كذالك في حالة العكس أي إذا طالب الدائن التعويض العيني لا يمكن له آن يفرض عليه التعويض النقدي[4].

ثالثا:عدول الدائن عن طلب التنفيذ

يجوز للدائن الذي بدا برفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلبه فيرفع دعوى الفسخ وطلب التحلل من العقد[5]، لان المطالبة بالتنفيذ لا يمكن اعتبارها نزولا من الدائن عن حقه

1- تنص المادة 186 من ق.م.ج : " **إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير** ".

2- تنص المادة 182 من ق.م.ج : " **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يحدده**".

3- **نبيل ابراهيم سعد**، مرجع سابق، ص 58.

4-**المرجع نفسه**، ص 59.

5- **مصطفى الجمال**، أحكام الالتزام، دار الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000، ص 351.

في الفسخ، لان الفسخ إجراء أخير لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة ما إذا لم يتمكن الدائن من الحصول على تنفيذ الالتزام[1].

فإذا لجا الدائن إلى دعوى التنفيذ لمطالبة المدين لتنفيذ التزامه عينيا، فانه يستطيع أن يعدل طلباته إلى طلب فسخ العقد قبل صدور الحكم في الدعوى لذلك فان التنفيذ أو الفسخ أمر جوازي بالنسبة للطرف الدائن، فيستطيع أن يتمسك بطلب التنفيذ ولا يمنعه ذلك من العدول إذا أراد التحلل من العقد ويكون العدول في حالتين، الحالة الأولى: إذا كان الأمر مازال أمام المحكمة الابتدائية.

يحق للدائن العدول عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ عندما يكون الطلب قائما أمام المحكمة الابتدائية باعتبار أن المدين لم يقم بتنفيذ التزاماته، فلا يجب أن يحرم المدين من فرصة تعديل طلباته، فيجوز للدائن أن يبدي أثناء سريان الدعوى طلبات عارضة تتناول التغيير ذات الخصومة القائمة من حيث موضوعها، أو سببها أو أطرافها بشرط أن تكون الطلبات العارضة متصلة ومرتبطة بالطلب الأصلي[2].

ويعتبر طلب الفسخ مرتبط بطلب التنفيذ عن طريق وحدة الواقعة التي يستند كل منهما، وهي عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

فإذا صدر حكم على المدين بالتنفيذ، فان ذلك لا يمنع الدائن في المطالبة بالفسخ إذا لم يقم المدين بالتنفيذ، لان دعوى التنفيذ تختلف عن دعوى الفسخ لاختلاف الغاية التي تستهدف كل واحدة منهما، فالغاية في دعوى التنفيذ هي حصول الدائن على نفس الأداء الذي له حق فيه بمقتضى العلاقة التعاقدية، أما دعوى الفسخ فتستهدف إلى حل الرابطة التعاقدية ورد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد لذلك لا يترتب على الحكم الصادر بالتنفيذ والحائز على قوة الشيء المقضي فيه منع الدائن من طلب الفسخ إذا ظل العقد دون تنفيذ.

1-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 48.

2- المادة 343 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21 ، الصادر في 23 أبريل 2008.

أما من الناحية الموضوعية فإذا صدر حكم بالتنفيذ فذالك لا يغير من العلاقة شيء بل تبقى قائمة بعد صدور الحكم بالتنفيذ، ثم انه عندما يختار الدائن دعوى التنفيذ فانه أثناء سير الدعوى يمكن أن يحصل احتمالين، إما أن يصير الأداء المطلوب من المدين دون فائدة للدائن بعد أن كان مفيدا وقت رفع الدعوى، وان يصبح الأداء مستحيلا بعد أن كان ممكنا وأتلفه المدين[1].

ففي هاتين الحالتين لا يمكن حرمان الدائن من المطالبة بالفسخ لان القانون قرر الفسخ كحق له ومنحها القانون له كوسيلة أخرى للحماية يستعملها في حالة عدم جدوى الوسيلة الأولى وهي التنفيذ العيني[2]. لان كلتا الوسيلتين تهدفان إلى غاية واحدة هي حماية مصلحة الدائن، أما في الحالة الثانية إذا انتقل الأمر إلى المجلس القضائي يجوز طلب الفسخ أمام المجلس القضائي بعد أن طالب الدائن في الأول أمام المحكمة الابتدائية بالتنفيذ[3]، ذلك لان الطلبين يشتركان في عنصر جوهري وهو حماية الدائن عن طريق الفسخ الذي لم يتمكن من حماية مصالحه بدعوى التنفيذ لان الداء لم يعد يفيده وبتالي لا تتحقق مصلحته إلا بدعوى الفسخ.

الفرع الثاني

اختيار الفسخ

إذا حل اجل الوفاء بالدين ولم يقم المدين بتنفيذه فيحق للمدين أن يقوم بدعوى وبالفسخ **(أولا)**، كما انه إذا أقام الدائن هذه الدعوى فانه ليس ملزم بالإبقاء عليها بل يمكنه أن يعدل طلباته إلى دعوى التنفيذ **(ثانيا)**.

1- **حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 50.

2- **عبد الحي حجازي**، مدى خيار الدائن بين طلب الفسخ أو التنفيذ، مرجع سابق، ص 482.

3- المادة 343 من ق.ا.م.ا: " **لا تعتبر طلبات جديدة الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى ولو كان أساسها القانوني مغايرا**".

أولا: حق الدائن في رفع دعوى طلب الفسخ

يعتبر الفسخ وسيلة أخرى لضمان حقوقه، إذ له أن يختار الفسخ بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد، أي حل الرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقدين نهائيا، وبذلك فالبائع الذي لم يحصل على ثمن الشيء المبيع يستطيع أن يطلب بالفسخ بدلا من التنفيذ العيني بدفع الثمن من قبل المشتري[1]، فالمادة 119 من ق.م.ج تمنح للدائن هذا الخيار، فبتالي يتحلل من الرابطة التعاقدية إذا كان الفسخ أفضل له ويسمح له الحصول على حقوقه[2]، ولقبول دعوى الفسخ لابد من توافر الشروط اللازمة لذالك وهي: الشروط الشكلية والتي تتمثل في رفع الدعوى بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف وهو ما نصت عليه المادة 14 من ق.ا.م.ا وإن عريضة افتتاح الدعوى لا بد أن تتضمن بعض البيانات تحت طائلة عدم وبولها شكلا وقد تضمنتها المادة 15 من ق.ا.م.ا وهي:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى م15 /ف1 من ق.ا.م.ا
- اسم ولقب المدعي وموطنه م 15/ف2 ق.ا.م.ا
- اسم ولقب وموطن المدعي عليه وان لم يكن له موطن معلون فاخر موطن له م15/ف3 ق.ا.م.ا
- عرض موجز للطلبات والوقائع والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى م15/ف 5 ق.ا.م.ا.

والخصومة تنعقد بتكليف المدعي عليه بالحضور، وهو ما نصت عليه المادة 18 من ق.ا.م.ا، كما أن المشرع ألزم على المدعي احترام المواعيد لأجل حسن سير القضاء وضمان حرية الدفاع للخصوم وهو ما نصت به المادة 20 من نفس القانون الذكور أعلاه[3]

1-**francois collart Dutilleul**, contrats civils, op.cit, p 203.

2-**Christian lapoyade Deschamps**, droit des obligations, ellipses, paris, 1998, p 113.

3- **جوهري سعيدة**، سلطة القاضي قي فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2013، ص ص 22-23.

الشروط الموضوعية حيث يشترط القانون لرفع دعوى الفسخ ثلاث عناصر يجب توافرها في الشخص وذكرها في المادة 13 من ق.ا.م.ا هي الصفة: فهي صلاحية الشخص في لمباشرة الدعوى القضائية، سواء بنفسه كونه صاحب المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، أو عن طريق ممثله القانوني إذا كان له عذر مشروع فيستطيع أن يحضر المحامي نيابة عنه أو شخص أخر عن طريق وكالة خاصة[1].

ثانيا: المصلحة

فطالب الفسخ لا تصح دعواه إلا إذا كانت له مصلحة من وراء رفعها إلى القضاء، أي الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تستند إلى حق تم الاعتداء عليه[2]، وأخيرا الأهلية: نظم أحكامها المادة 40 من ق.م.ج[3] أي يجب أن يتمتع الشخص بأهلية الوجوب أي القدرة للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات التي يفرضها القانون.

ثالثا: جواز عدول الدائن عن طلب الفسخ

يجوز للدائن في العقود الملزمة للجانبين أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، بكونه الادرى بالوسيلة التي يمكن أن تحقق مصالحه وتوفر له الحماية القانونية لحقوقه ولذلك لا يجوز حرمانه منها، خاصة وأن الغاية من وضع نظرية الفسخ هي حماية مصلحة الدائن فإذا كانت مصلحة هذا الأخير في عدم الاستمرار في الفسخ والعدول إلى التنفيذ[4].

خاصة وان الفسخ القضائي لا يقع إلا بصدور حكم قضائي من القاضي المعروض أماه النزاع، ما يعني أن إذا صدر القاضي الحكم بالفسخ وكان هذا الحكم حائز على قوة الشيء المقضي وأصبح نهائيا لأنه إذا كان الأمر كذلك فان الرابطة التعاقدية التي كانت موجودة من قبل، وكانت محلا للنزاع، لم تعد موجودة في نظر القانون فلا جدوى لهذا

1-**عبد الرحمان بربارة**، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 34.

2- **المرجع نفسه**، ص 28.

3- تنص المادة 40 من ق.م.ج :" **كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية**

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

4- **على فيلالي**، مرجع سابق، ص 35.

العدول[1]. سواء كان أمام المحكمة الابتدائية أو أمام المجلس ذلك لأنه كما قلنا سابقا يعد هذا الطلب أمام المجلس من الطلبات المرتبطة بالطلبات الأصلية لأنه إذا تحقق التنفيذ ما كان للدائن أن يطلب الفسخ[2].

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الفسخ القضائي

من خلال المادة 119 من ق.م.ج /ف2 فالقاضي ليس مجبرا بالحكم بالفسخ، بل له سلطة مزدوجة في مواجهة الدائن طالب الفسخ، إذ يجوز له أن يحكم بالفسخ أو لا يحكم به بحيث له الحق في منح المدين أجلا للقيام بالتنفيذ قبل أن يحكم بالفسخ العقد ويجوز له أن يرفض الفسخ نهائيا إذا تبين أنه لا مبرر لذلك، كما أن للقاضي سلطة تقديرية في التحقق من واقعة الخلال بالالتزام **(الفرع الأول)**، وكذلك سلطة في الحكم بالفسخ من عدمه**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تقدير القاضي لواقعة الإخلال بالالتزام

يقصد بإخلال المدين بالتزامه عدم وفائه لالتزامه على النحو المتفق عليه في العقد حسب ما تقتضيه حسن النية ومبادئ العدالة[3].

فأول الشروط الواجب توافرها للحكم بالفسخ هي أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى خطا المدين فالقاضي هنا يقوم بتقدير واقعة عدم التنفيذ ونسبتها إلى خطا المدين، فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فهنا ينفسخ العقد بقوة القانون[4].

1- **عبد الكريم بلعيور**، نظرية فسخ العقد...، مرجع سابق، ص 179.

2- فسخ العقد في القانون المدني انظر الموقع: http://qawaneen.blogspot.com

3- **عبد الحكم فوده**، إنهاء القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص 443.

4- **إبراهيم بن حرير**، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية و نقدية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،، ابن عكنون، الجزائر، 1995، ص 133.

ويعتمد القاضي على المعيار الموضوعي في تقديره للواقعة عدم التنفيذ ونسبتها إلى خطا المدين، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سببين أحدهما إلى فعل المدين والأخر إلى خطا الغير، فالقاضي هنا يتولى تقدير مدى مساهمة خطا الغير[1].

كما يقوم القاضي بتقدير مدى جسامة واقعة الإخلال بالالتزام فقد يكون عدم تنفيذ كلي، **(أولا)** أو جزئي **(ثانيا)**، وتأخير المدين عن التنفيذ **(ثالثا)**.

أولا: عدم التنفيذ الكلي

يكون عدم التنفيذ كليا في حالة عندما يرفض المدين ينفذ ما التزم به في العقد، كان يخل المستأجر بالتزاماته التعاقدية وهو ما قضت به المحكمة العليا في قضية لها في تاريخ 2002/09/17/ ملف رقم 2702016 حيث أن موضوع النزاع المطروح هو فسخ عقد الإيجار بسبب توقف المدين من دفع بدل الإيجار المترتب في ذمته وعدم امتثاله للإنذار الموجه له في تاريخ 2002/02/27 وذلك لسبب الإيجار من الباطن للعين المؤجرة دون رضا المؤجر، واعتبر قضاة المجلس أن ذلك سببا كافيا ليفقد صفة حسن النية للمستأجر بمعنى القانون في شغل العين المؤجرة، وتمنح الحق للمؤجر في فسخ العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ما دام أن المستأجر اخل بالتزاماته التعاقدية حسب نص المادة 119 من ق.م.ج[2].

ثانيا: عدم التنفيذ الجزئي

ففي عدم التنفيذ الجزئي ينظر القاضي فيه إذا كانت الكمية الغير منفذة بقدر من الأهمية مقارنة بالكمية المنفذة، وعليه ففي عقد البيع مثلا إذا لم يقم المشتري في عقد البيع بتنفيذ التزاماته كاملة بدفع الثمن وقام بالوفاء بجزء فقط من الثمن المطلوب فقد يحكم

1- **جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 3.

2- قرار المحكمة العليا رقم 2702016 بتاريخ 2002/09/17/ مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2004 ص ص 175-176.

القاضي في هذه الحالة بالفسخ أو قد لا يحكم به فإذا كان الجزء الباقي قليل الأهمية اكتفى الحكم بالتعويض وإلا حكم بالفسخ[1].

ثالثا: تأخير المدين عن التنفيذ

قد ينصب التأخير في التنفيذ على كل الالتزام أو على جزء منه، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ منصبا على الالتزامات الرئيسية كما هو الحال بالنسبة إلى نقل الملكية في عقد البيع مقابل دفع الثمن أو الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل دفع بدل الإيجار حسب المدة المتفقة عليها في العقد، كما قد ينصب على التزامات تبعية كالتزام البائع إلى جانب نقل الملكية بتسليم المبيع إلى المشتري[2].

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/04/23 ملف رقم 348596 حيث يتبن من القرار أن القضاة يبين وأن المطعون ضدها وجهت إنذار للمطعون بواسطة محضر قضائي بتاريخ 2000/07/04 عند عدم الامتثال وانه عملا بالمادة 191 من ق.ت.ج، يجوز فسخ عقد الإيجار في حالة عدم دفع بدل الإيجار وأن الطاعن عرض استعداده للدفع بدل الإيجار بعد فوات الأجل فبذلك حكم بفسخ عقد الإيجار بسبب التأخر في تسديد بدل الإيجار و كونه سبب جوهريا للفسخ[3].

فعلى الرغم من الفرق بين الالتزامات الرئيسية والتبعية إلا انه إذا لم يتحقق احد منهما فهذا يعتبر إخلال بالالتزام في نظر القانون، مما يعطي الحق للمتعاقد الأخر في طلب فسخ العقد، كما انه لا يمكن الفصل بين الالتزامات الأساسية التي نفذت والالتزامات التبعية التي لم تنفذ لان هناك صلة بينها، وهو ما أكدته المادة 167 من ق.م.ج: " **الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بالتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم**"، ذلك لان التسليم

1- **عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 169.

2- **المرجع نفسه**، ص 169.

3-قرار المحكمة العليا رقم 348596 بتاريخ 2005/04/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2005، ص208.

التزام تبعي وعدم القيام به يعتبر إخلال بالتزام من الالتزامات التي ينشئها العقد، مما يعطي الحق لدائن في طلب الفسخ[1].

أما عن كيفية التنفيذ فينظر القاضي فيها إذا ما تمت حسب الكيفية المتفق عليها في العقد، والذي يحقق الغرض الاقتصادي من التعاقد ويعود بالنفع على الدائن أم أنها لم تتم كذلك. فإذا كان مثلا بصدد عقد اتفق فيه الدائن مع الصانع المدين على صنع شيء بمواصفات معينة فأنجزها الصانع ولكن مغايرة لتلك المتفق عليها فان عدم التنفيذ يكون قد وقع من حيث الكيف، فتكون للقاضي السلطة للحكم بالفسخ من عدمه[2].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في فسخ العقد

تنص المادة 119 فقرة 2: "...**ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات**"، فستفاد من ذلك أن القاضي ليس ملزما بإيقاع الفسخ بل له سلطة تقديرية واسعة حيث يجوز له اختيار الحل المناسب وفقا للظروف التي وقع فيها الخلال بالالتزام العقدي، فيجوز له أن يمنح أجلا للمدين(**أولا**)، كما يمكن له أن لا يحكم بالفسخ أصلا (**ثانيا**)، ويمكنه أن يفسخ العقد جزئيا(**ثالثا**)

أولا: منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه

قد تتوفر للدائن كل الشروط القانونية لفسخ العقد والتحلل من الالتزامات التعاقدية التي هي على عاتقه، لكن القاضي لما له من سلطة تقديرية واسعة لا يحكم فورا بالفسخ وإنما يمكنه أن يمنح للمدين أجلا معينا للقيام بالتنفيذ،لعله يقوم به خلال هذه الفترة مما سيجعل الفسخ لا مبرر له لان الأصل في إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها[3].

1-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 37.

2-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 71.

3-**حسين تونسي**، انحلال العقد، مرجع سابق، ص 35.

إن سلطة القاضي في منح الأجل للمدين يعتبر استثناء إذ أن الأصل أنه حسب المادة 119/ف1 فبمجرد عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته يحق للمتعاقد الأخر أن يطلب بفسخ العقد،لكن هناك آجالا أخرى مذكورة في القانون المدني وبالتحديد في المادة 281/ف2 "...**غير انه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز سنة**"

لكن الأجل المذكور في المادة 281/ف2 تكون بصدد دعوى التنفيذ، وأساسه هو قواعد العدالة والتخفيف من شدة القاعدة التي تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين الواردة في المادة 106 من ق.م.ج، ومنه لا يجوز للقاضي منح المدين أجلا في دعوى المطالبة بالتنفيذ إلا في حالات خاصة تتطلبها حالته الاقتصادية أو مركزه المالي، ولا يمكن أن يتعدى اجله سنة وإلا أدى ذلك بإلحاق ضرر بالدائن[1].

أما الأجل الممنوح وفقا للمادة 119/ف2 من ق.م.ج فيكون بصدد دعوى الفسخ، فأساسه الحد من صرامة الفسخ الذي يعتبر جزاء و وسيلة يترتب على استعمالها اثأر خطيرة بالنسبة للعقد، لذلك فان منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن بواسطته تفادي ما قد يقع من جراء فسخ العقد، خاصة إذا كان المدين حسن النية بالنسبة للتأخير في تنفيذ الالتزام وانه لم يلحق بالدائن أي ضرر[2].

وعليه فالأجل الذي يعتد به في الفسخ القضائي هو الأجل الوارد في المادة 119/ف2 في نوع العقود الملزمة للجانبين إذا وجد مبرر لذلك، فالأجل الذكور في المادة 281 من ق.م.ج يمثل استثناء للقاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين، وخروجا عن القوة الملزمة للعقد التي تعتبر مبدأ مسلما به في مختلف القوانين، ففيها يمنح القاضي مهلة للمدين بدين مستحق الأداء، مستندا للظروف السيئة التي يوجد فيها المدين فهي وسيلة استثنائية

1-**عائشة لبيوض**، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، السنة الأكاديمية 2007-2008، ص 14.

2- **عبد الحي حجازي**، مرجع سابق، ص ص 31-32.

وسلطة تقديرية منحها القانون لمساعدة المدين سيئ الحظ بتأجيل الوفاء إذا استدعت الظروف ذلك ولم يلحق بالدائن ضرر جسيم[1].

فقد يرى القاضي المدين حسن النية سيئ الحظ قد صادفته ظروف قهرية أدت إلى عدم تنفيذ الالتزام في الميعاد، بمعنى أن عدم تنفيذ المدين للالتزام له سبب، أو إذا كان الدائن هو المتسبب في هذا التأخير، وإن الجزء المتبقي من الالتزام قليل الأهمية لباقي الالتزامات بحيث يمكن تنفيذه إذا منح أجلا للمدين بذلك[2].

غير أنه إذا منح القاضي للمدين أجلا وجب على هذا الأخير تنفيذ التزامه من خلاله، وليس للقاضي أن يمنحه أجلا أخر بل يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانقضاء ذلك الأجل ولو لم ينص القاضي على ذلك في حكمه[3].

- **موانع منح القاضي للمدين أجلا:**

لا يجوز للقاضي أن يبالغ في سلطته التقديرية، إذ توجد حالات لا يجوز للقاضي أن يمهل فيها للمدين كما كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل ثم قام به إذ يصبح تنفيذ الالتزام الذي يرجوه الدائن مستحيلا مما يجعل الأجل لا فائدة منه[4].

ونفس الحال إذا ما التزم المدين بالقيام بعمل في وقت معين، ثم لم يقم به في ذلك الوقت المتفق عليه مما يجعل التنفيذ لا فائدة منه بالنسبة للدائن، ومن ثم لا فائدة من إعطاء المدين أجلا للتنفيذ.

كما أن المدين سيئ النية لا يجوز أن يعطى له أجلا للتنفيذ لان الأصل في تنفيذ العقد هو حسن النية حسب المادة 107من ق.م.ج[5]، ومنه يجب مجازاته بجزاء مشدد لا أن يعامل معاملة حسنة، ومما سبق يتضح أن منح المدين منح الأجل هو أمر متروك للقاضي

1- **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، د.ت.ن

2- **حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 75.

3- **العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام،...، مرجع سابق، ص ص 310-311.

4-**عبد الكريم بلعيور**، نظرية فسخ العقد....، مرجع سابق، ص 183.

5- المادة 107 من ق.م.ج: " **يجب أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية**".

المعروض أمامه النزاع، فإذا تبين انه للدائن فائدة في ذلك منح القاضي للمدين أجلا أما إذا تبين انه لا جدوى من ذلك فحكم بالفسخ دون منحه أجل[1].

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ

بناءا على نص المادة 119/ف2 التي جاء فيها: "....**كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات**"، فمن خلال المادة السابقة الذكر فالقاضي إلى جانب تمتعه بسلطة تقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن له أن يرفض طلب الدائن للفسخ العقد وأيضا له سلطة تقديرية كما قلنا سابقا في تقدير جسامة عدم التنفيذ التي أدت بالدائن إلى المطالبة بفسخ العقد، فيمكن أن يكون عدم التنفيذ المدعى من طرف الدائن كليا أي أن المدين لم يقم بتنفيذ جميع الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه، وفي مثل هذه الحالات غالبا ما يستجيب القاضي للطلب الفسخ.

كما يجوز للقاضي أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لباقي الالتزامات[2]، هنا نكون أمام تنفيذ جزئي للالتزام أي أن تقصير المدين ليس في درجة الجسامة حتى يحكم القاضي بالفسخ، فيكتفي في هذه الحالة بالحكم بالتعويض للدائن على الضرر الذي لحق به جراء عدم التنفيذ الجزئي للعقد او التنفيذ المعيب أو التأخير في التنفيذ[3].

بناءا على كل هذا تظهر فيه السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في رفض الحكم بالفسخ بناءا على تقديره لجسامة عدم التنفيذ، والقاضي يعتمد على معيارين في ذلك وهما:

- **المعيار الذاتي:**

مفاد هذا المعيار أن القاضي عندما يقوم بتقدير جسامة عدم التنفيذ يأخذ في اعتباره بنية الدائن،بحيث إذا تبين للقاضي أن عدم التنفيذ وان كان جزئي يحرم الدائن من أداء

1- **جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 41.

2-**pierre guiho**,**George Peyrard**, droit civil..., op.cit, p 265.

3-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 79.

يعتبر في نظره أهم عنصر في العقد كان ذلك كافيا ليحكم بالفسخ، أما في غير ذلك لا يحكم بالفسخ[1]، وقد وردت في القانون المدني عدة تطبيقات لهذا المعيار، نذكر مثلا ما ورد في نص المادة 365 من ق.م.ج: " **إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير انه لا يجوز للمشتري أن يطلب بفسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا اثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع**".

كما نصت المادة 370 من نفس القانون:" **إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري، إما أن يطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرا قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن**".

وانطلاقا من النصوص السابقة الذكر يتضح أن المعيار الذاتي هو الأساس الذي يستعين به القاضي خلال تقديره لأهمية عدم التنفيذ الذي تسبب به المدين، وذلك بان يعود إلى إرادة الدائن بالتزام لا على إرادة المدين ولا على إرادته هو[2].

فالمعيار الذاتي يحقق العدالة التي تنشدها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك أن القاضي عندما يستعين بالمعيار الذاتي لا يقف عند القيمة المادية للالتزامات المتقابلة وإنما يتجاوز ذلك إلى أهميتها في نظر المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ[3].

- **المعيار الموضوعي:**

المقصود به القواعد الموضوعية التي يستند إليها القاضي خلال بحثه في تقدير جسامة عدم التنفيذ، هو أن لا يكون دائما على أساس نظرة الدائن إلى مصلحته المعتدى عليها من طرف المتعاقد الأخر، بل لابد أن يأخذ بما يرتبه عدم التنفيذ من الاختلال في

1-**عائشة لبيوض**، فسخ العقد...، مرجع سابق، ص 16.

2-**عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 186.

3-**أمازوز لطيفة**، مرجع سابق، ص 449.

التوازن بالنسبة للالتزامات المتقابلة في مجموعها ولو لم يكن الدائن بالالتزام يتوقع ذلك عند إبرامه العقد[1].

فالقاضي ما عليه إلا أن يقارن بين مقدار ما لم ينفذ من الالتزام مقارنة لباقي الالتزامات التي رتبها العقد[2].

وتظهر أهمية السلطة التقديرية للقاضي في حالة ما إذا كان عدم التنفيذ جزئيا بحيث إذا كان كليا فغالبا ما يستجيب لطلب الفسخ فإذا قدر القاضي أن الالتزامات التي لم تنفذ تفوق ما نفذه المدين فما عليه إلا أن يستجيب إلى طلب الفسخ[3].

ثالثا: سلطة القاضي في الحكم بالفسخ

إن القواعد العامة لنظرية الفسخ تقضي بان يكون فسخ العقد بالنسبة إلى جميع أجزائه عندما يكون عدم التنفيذ كليا، والقول بغير ذلك يخالف المنطق الذي قامت عليه نظرية الفسخ، وإن الفسخ الكلي للعقد أو رفضه نهائيا هو الأصل العام الذي تبنى عليه السلطة التقديرية للقاضي[4]، غير انه يرد على هذه القاعدة استثناء يجوز فيه للقاضي وفقا للقانون والنطق القانوني أن يتخذ موقفا وسطا بين إبقاء العقد مع التعويضات، وفسخ العقد كله وهذا الحل يتمثل في الفسخ الجزئي[5].

ففي الفسخ الكلي للعقد إذا ما تبين من الظروف على عدم الجدوى من الإبقاء على العقد فيستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ، أو سوء نية المدين أو تعمده على عدم التنفيذ أو إهماله الذي أدى بإلحاق الدائن بضرر جسيم وذلك رغم اعذاره، ويكون ذلك في حالة عدم تنفيذ الالتزام في كل أجزائه، أو عدم تنفيذ الجزء الأكبر فيه، أو التنفيذ المعيب أو المتأخر للالتزام بحيث لا يحقق الغرض المقصود منه[6].

1-**عبد الحميد الشواربي**، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، مرجع سابق، ص 38.

2-**دحماني رشيد**، حماية العقد من الإبطال والفسخ، مرجع سابق، ص 184.

3-**المرجع نفسه**، ص 185.

4-**بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 191.

5-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 46.

6-**محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 411.

كما أن للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان يحتملها لكن الجزء الباقي من العقد يعتبر هو الجزء الأساسي في العقد[1]، أما بالنسبة الفسخ الجزئي للعقد: فيتحقق عندما يقضي القاضي بفسخ جزءا من العقد ويبقي بقية الأجزاء الأخرى، ويتحقق ذلك إذا كان الالتزام قابلا للتجزئة، كما في عقد البيع مثلا عندما يقوم البائع بتسليم جزء من المبيع، فيحكم القاضي بفسخ العقد حتى يحتفظ المشتري بالجزء الذي استلمه من البائع، فالفسخ الجزئي للعقد يقع على العقود التي تتضمن اداءات متتبعة أكثر من غيرها، كما لو كان الأمر يتعلق معظم الحالات مجموعة من الاداءات مستقلة بعضها عن البعض، فيترتب عن ذلك جواز الحكم بالفسخ على إحداها دون أن تمس بالأدوات الأخرى[2].

1-**أنور طلبة**، انحلال العقود...، مرجع سابق، ص 8.

2-**لطيفة أمازوز**، مرجع سابق، ص ص 451-452.

المبحث الثاني

الفسخ الاتفاقي للعقد

يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين، اتفاق المتعاقدين على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون، إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء.

فسوف نتطرق في هذا المبحث إلى التعرف على الشروط الواجب توفرها للفسخ الاتفاقي، والإجراءات وخيار الدائن في الفسخ الاتفاقي(**المطلب الأول**)، ثم نتعرض إلى سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الاتفاقي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

جواز الاتفاق على فسخ العقد

للمتعاقدين الحق في فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء إذا تضمن العقد اتفاقا يقضي بفسخه بإرادة المتعاقدين بعد توفر شروط معينة وإتباع إجراءات قانونية، ليكون بعد ذلك للدائن الحق في الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو الفسخ بشروط وإجراءات (**الفرع الأول**)، مع منح الدائن خيار الفسخ (**الفرع الثاني**)

الفرع الأول

شروط وإجراءات الفسخ الاتفاقي

لم تحدد التشريعات التي نظمت الفسخ الاتفاقي شكلا معينا للاتفاق الذي يمكن فسخ العقد بناءا عليه، فيمكن أن يكون الاتفاق على فسخ العقد بأي عبارة تفيد ذلك، فلكي يتقرر الفسخ الاتفاقي يجب على الدائن التقيد بمجموعة من الشروط (**أولا**) وإتباع إجراءات معينة لذلك(**ثانيا**).

أولا: شروط الفسخ الاتفاقي

لكي يتقرر هذا النوع من الفسخ لا بدمن توفر بعض الشروط الموضوعية وهي وجود اتفاق لذلك(**1**)، استبعاد الفسخ القضائي في العقد(**2**)، مع توفر واقعة عدم التنفيذ(**3**)[1].

1- وجود اتفاق بين المتعاقدان على فسخ العقد:

لا يوجد ما يمنع الطرفين أن يتفقا على أن يعتبرا العقد مفسوخا إذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزاماته وعمل هذا الشرط يختلف بحسب ما تم الاتفاق عليه في بين الطرفين، فهذا الأمر له أهمية كبيرة في مجال نظرية الفسخ، فقد يكون خلاف بين المتعاقدين حول بنود العقد في مرحلة إبرام العقد، مثلا أن يكون الفسخ من بين المسائل التي كانت محل الخلاف بين الدائن والمدين عند إبرام العقد، ثم اتفق الطرفان على جميع الخلافات باستثناء فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدائن، فالعقد هنا لا يعتبر متضمنا شرطا فاسخا، وبتالي إذا وقع عدم تنفيذ الالتزام من احد الطرفين فيجب تطبيق قاعدة الفسخ القضائي الواردة في المادة 119 من ق.م.ج، وليس الاستثناء الوارد في المادة 120 من نفس القانون، لذلك فمن الأفضل الاتفاق على فسخ العقد بصفة مستقلة عن بقية أجزاء العقد الأخرى، حتى لا يثار أي غموض مستقبلا[2].

2- استبعاد الفسخ القضائي في مضمون الاتفاق:

بالإضافة إلى وجود اتفاق على فسخ العقد، يضاف إلى ذلك وجوب انصراف نية المتعاقدين إلى استبعاد الفسخ القضائي، فيقتصر دوره في التحقق من توفر الشروط التي وضعت في العقد لحل الرابطة التعاقدية، فيفسخ العقد بمجرد تحقق الشروط عكس الفسخ

1- تنص المادة 120 من ق.م.ج على: " **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 الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من المتعاقدين**".

2- **شباطة فريد**، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 28.

القضائي، حيث يبقى العقد قائما إلى غاية صدور حكم قضائي، وبالتالي فالحكم الحكم الذي يثبت فيه الفسخ الاتفاقي يعتبر حكما كاشفا للفسخ وليس منشأ له[1].

والصيغ التي يقع بها الاتفاق على استبعاد الفسخ القضائي قد تختلف من حيث قوتها ودرجة قسوتها على المدين، فقد يدرج المتعاقدان وقت إبرام العقد على أن يعتبر العقد مفسوخا في حالة ما لم يقم احد المتعاقدان بتنفيذ التزاماته، وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بان يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي[2].

3- واقعة عدم التنفيذ كسبب للتمسك بالفسخ:

من خلال المادة 120 من ق.م.ج يتضح لنا أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا عند عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته اتجاه المتعاقد الآخر، وبتالي، فواقعة عدم التنفيذ تعتبر شرطا ضروريا لكي يتسنى للمتعاقد الدائن أن يستعمل حقه في الفسخ دون اللجوء إلى القضاء[3] ونشير في هذا الصدد أن معظم التشريعات التي أخذت بالفسخ الاتفاقي لم تحدد الالتزامات التي تكون مجالا للاتفاق على الفسخ عند عدم تنفيذها، ومن ذلك يجوز للمتعاقد الدائن أن يمارس حقه في الفسخ الاتفاقي سواء كان عدم التنفيذ واقع على التزام جوهري أو غير جوهري، كليا أو جزئيا[4].

ونشير أيضا أنه على الرغم من أن المادة 120 من ق.م.ج قد جاءت خالية من أي قيد إلا أنه يجب عدم الإساءة في استعمال هذا الحق ومراعاة القواعد العامة في هذا المجال، كما في المادة 124 مكرر من ق.م.ج والتي تقضي بعدم الإساءة في استعمال الحق، بالإضافة إلى مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 107 من ق.م.ج الذي يجب مراعاته في جميع الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ[5].

1- **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 354 .

2- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 810.

3- **شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 29.

4- **جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 66.

5- **حسين تونسي**، انحلال العقد، مرجع سابق، ص47.

فإذا كان الاتفاق مخالفا لتلك القواعد العامة يعتبر باطلا ويكون خاليا من أي اتفاق على الفسخ، ففي هذه الحالة إذا أراد المتعاقد الدائن أن يتحلل من الرابطة التعاقدية وبالتالي التحلل من الالتزامات التي وقعت على عاتقه اتجاه المتعاقد الآخر فعليه أن يلجا إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ طبقا للمادة 119 وليس المادة 120[1].

ثانيا: إجراءات الفسخ الاتفاقي.

لجعل الفسخ الاتفاقي منتجا لأثاره، يجب احترام إجراءات معينة وهي الاعذار **(1)**، وإعلان الدائن التمسك بالفسخ **(2)**.

1- الاعذار:

الاعذار لا يجوز الإعفاء منه حسب المادة 120 من القانون المدني الجزائري، فيجب على الدائن أن يوجه الاعذار للمدين لكي يطالبه بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فيشترط القانون المدني على الدائن أن يوجه اعذار للمدين المقصر في تنفيذ التزامه طالبا إياه بالتنفيذ، لان ذلك هو الذي يضع المدين موضع التقصير، ويتم الاعذار عن طريق مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته التي تخلف عن تنفيذها، أي دعوة المدين إلى الوفاء بالالتزام وتسجيل التأخير في تنفيذه وكما جاء في المادة 180 من ق.م.ج فيكون الاعذار المدين بإنذاره، أو ما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإنذار عن طريق البريد، كما يجوز أن يكون مترتبا يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء أخر، فالاعذار لا يتم بمجرد طلب الفسخ أو التهديد به، بل من وقت التكليف بالوفاء[2].

فالإعذار إجراء ضروري يجب أن يقوم به الدائن حتى وان كان هناك اتفاق على فسخ العقد، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الاعذار حسب نص المادة 120 من ق.م.ج أين جاء فيها: "....**وهذا لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين**"، وهذا الأمر في الحقيقة يحد من حرية المتعاقدين دون فائدة، ولا منطق

1- **عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 217.

2- **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 408.

قانوني، لان المنطق القانوني يقضي بأنه إذا كان للمتعاقدين الحق في الاتفاق مسبقا على فسخ العقد، فانه يجوز لهما تبعا لذلك وبحريتهما المطلقة أن يتفقا على الإعفاء من الاعذار في حالة تخلف احدهما على تنفيذ التزاماته.

وأيضا في إعطاء الحق للمتعاقدين للاتفاق من الإعفاء من الاعذار، يجعل بذلك كل متعاقد حريصا على تنفيذ ما التزم به، لان ذلك يجعله على علم مسبق بأنه في هذه الحالة يحق للطرف الأخر في فسخ الرابطة التعاقدية دون أن يقوم باعذاره[1].

2- إعلان الدائن بتمسكه بفسخ العقد:

إن الفسخ لا يتم بمجرد عدم التنفيذ بناءا لاشتراط الفسخ، بل يكون ذلك باستعمال الدائن لحقه الإرادي عن طريق التعبير الذي يعلن فيه تمسكه بفسخ العقد إلى الطرف الأخر، ففسخ العقد لا يتم فعلا إلا بعد تحقق واقعة عدم التنفيذ، وتمسك الدائن بحقه في الفسخ عن طريق التعبير عنه[2].

لأنه يمكن أن يتحقق عدم التنفيذ، في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا، ومع ذلك يبقى العقد قائما من الناحية القانونية، ما دام المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ لم يعلن رغبته في الفسخ، فإذا أعلن المتعاقد الدائن عن تمسكه بفسخ العقد، انحلت الرابطة التعاقدية كنتيجة حتمية لهذا الحق[3].

ويجب كذلك أن يكون تمسك الدائن في طلب الفسخ العقد قاطعا في الدلالة على ذلك، بحيث لا يجوز استنتاجه أو استنباطه من مضمون العبارات والألفاظ الصادرة من المتعاقد الدائن، ويجب أن يتصل هذا الإعلان بعلم الطرف المدين تطبيقا لنص المادة 61

1-**بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 220.

2-**عبد الحي حجازي**، مدى خيار الدائن بين طلب الفسخ آو التنفيذ، مرجع سابق، ص 129.

3-**بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 222.

من ق.م.ج والتي تنص:" **ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك** "[1].

فتمسك الدائن بفسخ العقد ضروري ومهم لانحلال الرابطة التعاقدية، لان عدم التنفيذ يمنحه فقط الحق في طلب الفسخ، أما التمسك بالفسخ فيتحقق به الفسخ فعلا [2].

إذا قام الدائن بهذا الإعلان على النحو القانوني، فلا يهم موافقة المدين من عدمها على فسخ العقد، لان الدائن لا يهدف بهذا الإعلان طلب موافقة المدين، وإنما إبلاغه بفسخ العقد والتحلل من الالتزامات الموجودة على عاتقه[3].

الفرع الثاني

خيار الدائن في الفسخ الاتفاقي

لقد رأينا في الفسخ القضائي أن للدائن الحق في الاختيار بين طلب تنفيذ العقد، أو طلب الفسخ، فهنا نفس الشيء إذا كان هناك اتفاق على فسخ العقد متى اخل المدين بالتزاماته التعاقدية اتجاه الدائن، فالدائن إذا أن يختار التنفيذ العيني(**أولا**)، كما له الحق أن يتمسك بفسخ العقد إذا كانت مصلحته تقضي ذلك (**ثانيا**)

أولا- حق الدائن في المطالبة بتنفيذ العقد:

إن العقد الذي تم فيه اتفاق مسبق على فسخه لا يفسخ مباشرة من تلقاء نفسه بمجرد عدم التنفيذ، بل يكون الأمر متروكا لتقدير الدائن، فيستطيع أن يطلب بتنفيذ العقد بدل التمسك بالفسخ(**1**)، فالعقد إذا يفسخ فقط إذا تمسك الدائن بهذا الحق اثر عدم تنفيذ المدين بالتزامه ويذلك يحق للدائن أن يطالب بالتنفيذ، ولا تعتبر المطالبة بالتنفيذ نزولا عن حقه في المطالبة بالفسخ، بل يجوز له أن يعدل عن التنفيذ إلى المطالبة بالفسخ(**2**)[4].

1-**عبد الحكم فوده**، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 99.

2-**عبد الحي حجازي**، مرجع سابق، ص 131.

3-**شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 40.

4-**الشواربي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 50.

1- بدا الدائن بطلب التنفيذ:

يحق للمتعاقد الدائن قبل المطالبة بالفسخ العقد أن يطلب بتنفيذه، لأن الفسخ لا يتقرر في العقد الذي كان فيه اتفاق على ذلك إلا عند تمسك الدائن به، حيث أن المتعاقد الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ يكون له حق أصلي ألا وهو تنفيذ العقد، وينشئ عنه حق احتياطيا وهو الحق في فسخ العقد، فإذا اختار الدائن المطالبة بالتنفيذ الالتزام رغم الاتفاق على فسخ العقد وتحقق واقعة عدم التنفيذ، فهذا لا يتعارض مع الاتفاق على فسخ العقد، ذلك لان مصلحة المتعاقد الدائن متروكة لتقديره هو[1]، فاشتراط الفسخ يكون دوما في مصلحة الدائن بالتزام الذي لم ينفذ، لذلك لا ينبغي أن يكون لهذا الاشتراط اثر تلقائي، بل يكون للدائن الخيار بين طلب التنفيذ آو المطالبة بالتحلل منه، و نضيف إلى ذلك أن الاتفاق على فسخ العقد لا يعد أمرا حتميا على الدائن، فإذا أراد طالب بالتنفيذ وإذا لم يكن للتنفيذ جدوى تمسك بالفسخ[2].

فبرجوع إلى نص المادة 120 من ق.م.ج يتبين لنا بان الدائن له الحق في أن يختار طلب التنفيذ بدل الفسخ، ولا يوجد ما يمنعه من ذلك من الناحية القانونية، بل أن المنطق القانوني يتفق مع هذا التفسير وهذا ما ذهب إليه الفقه الحديث، وتمسك الدائن بطلب التنفيذ لا يعد منه نزولا عن حقه في المطالبة بفسخ العقد[3].

2- عدول الدائن عن طلب التنفيذ:

إذا كان الدائن قد بدا بالمطالبة بالتنفيذ الالتزام، فانه يستطيع أن يعدل عنه إلى طلب فسخ العقد[4]، ففي الفسخ القضائي يجوز للدائن ذلك،ولكن عندما نكون في حالة ما إذا كان هناك اتفاق صريح على فسخ العقد عند عدم التنفيذ فهناك رأيين في هذا الصدد فالرأي الأول يقول أنه إذا اختار الدائن المطالبة بالتنفيذ العقد فذلك يزيل له الحق في المطالبة بالفسخ

1-**بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 234.

2-**توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد....، مرجع سابق، ص 200.

3-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 73.

4-**أمجد محمد منصور**، مرجع سابق، ص 209.

بإرادته المنفردة، ويبقى له الحق في اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقضي بالفسخ، إي عند عدم تنفيذ المدين للالتزام العقدي تنفيذا صحيحا وفي الميعاد المتفق عليه فيكون للدائن الخيار أن يستعمل حقه في الفسخ أو لا يستعمله فعليه يكون بالخيار بين التنفيذ أو الفسخ[1].

أما الرأي الثاني يذهب إلى انه إذا بدا الدائن بالمطالبة بالتنفيذ العيني، فذلك لا يمكن اعتباره حجة على انه تنازل عن حقه في المطالبة بالفسخ بمقتضى الاتفاق، لان الهدف من الاتفاق هو تقوية مركز الدائن وحماية أكثر لحقوقه فليس من المعقول ولا من المنطق القانوني أن يحرم الدائن بهذا الحق بحجة انه اختار المطالبة بالتنفيذ[2] وهو كما قلنا الأصل في العقود، بتالي إذا لم يحصل على الأداء الواجب على عاتق المدين يحق له أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى فسخ العقد والتخلص من الالتزامات الواقعة على عاتقه، فإذا كانت المطالبة بالتنفيذ لا تسقط الحق في المطالبة بالفسخ في الفسخ القضائي، فذلك يمكن أن يجوز أيضا في الفسخ الاتفاقي[3].

ونشير أيضا أن حق الفسخ بالإرادة المنفردة كغيره من الحقوق يمكن للدائن أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنيا، فإذا ما نزل عنه الدائن فانه يترتب من ذلك التنازل أن المتعاقد الدائن يفقد حقه في طلب الفسخ بناءا على الاتفاق المسبق الموجود بينه وبين المدين ولكن يبقى حقه سليما في المطالبة بالفسخ أمام القضاء وفقا للمادة 119 من ق.م.ج[4].

ثانيا: اختيار الدائن التمسك بالفسخ الاتفاقي.

في العقد الذي تضمن اتفاقا يقضي بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، في حالة عدم تنفيذ المدين لهذا العقد يجوز للدائن أن يبدأ باختيار الفسخ(**1**)، كما يجوز له أن يعدل عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ(**2**).

1-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 58.

2- فقضت محكمة النقض الفرنسية: " **إذا كان سند الدائن يخوله الحق في طلب التنفيذ و الحق في طلب الفسخ فلا يعتبرا متنازلا عن الحق الثاني لمجرد استعماله الحق الأول**" نقلا عن: **عبد الحي حجازي**، مرجع سابق، ص 123.

3-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 74.

4-**الشواربي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 51.

1-تمسك الدائن بالفسخ:

إن الفسخ لا يقع إلا بتحقق واقعتين وهما عدم التنفيذ والتمسك بالفسخ عن طريق التعبير عنه، فلا يحق للدائن أن يتمسك بالفسخ قبل تحقق واقعة عدم التنفيذ، فإذا اختار المتعاقد الدائن التمسك بالفسخ المتفق عليه، دون المطالبة بالتنفيذ بمجرد وقوع عدم التنفيذ، فيكون بذلك قد فضل استعماله لحقه الاحتياطي المتفق عليه في العقد بدلا من حقه الأصلي الذي هو التنفيذ وهو الذي تنشا من أجله العقود[1].

والتعبير لا يشترط أن يأخذ شكلا معينا فيمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا فيمكن أن يعتبر التكليف بالحضور أمام المحكمة تعبيرا عن الفسخ، فكما يجوز أن يحصل بالكتابة يمكن أن يكون باللفظ، ولا يشترط ألفاظ معينة لأداء هذا التعبير وإنما يجب أن يكون التعبير بصورة واضحة تتضح من خلالها إرادة الشخص في التمسك بالفسخ[2].

غير أن سكوت الدائن في استعمال حقه في الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ لا يجوز اعتباره عامة انه نزولا عن التمسك بحق الفسخ[3].

فلا يجوز للمدين أن يستمر في عدم التنفيذ، ثم يؤاخذ الدائن عن سكوته فيمكن أن يكون سكوت الدائن للتمكين المدين من تنفيذ التزاماته التعاقدية، لذلك لا يحق للمدين أن يفهم من سكوت الدائن رغبة منه في الاستمرار في عدم التنفيذ[4].

أما عن الميعاد، فليس هناك وقت يلتزم به الدائن للتعبير عن تمسكه بالفسخ، وإلا سقط حقه به، إلا إذا حدده الطرفان في العقد فالمادة 120 من ق.م.ج لم تحدد ذلك[5].

1-**مصطفى عبد السيد الجارحي** ، فسخ العقد...، مرجع سابق، ص ص 83-84.

2-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق ص 75

3-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 61.

4-**عبد الحي حجازي**، مرجع سابق، ص 134.

5- **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 408.

2-عدول الدائن عن طلب الفسخ:

يستطيع الدائن الذي رفع دعوى الفسخ أن يعدل عن ذلك إلى طلب تنفيذ العقد قبل صدور حكم نهائي، فإذا جاز له ذلك في الفسخ القضائي فلما لا يجوز له في الفسخ الاتفاقي، غير انه هناك اختلاف بينهما من حيث الأثر ففي الفسخ القضائي إذا تمسك الدائن بفسخ العقد فذلك لا يؤدي بضرورة إلى الفسخ بل يضل العقد قائما إلى غاية صدور حكم نهائي[1]، فإذا بدا الدائن بطلب الفسخ فان هذا الأخير لا يصير حتميا ما دام لم يصدر حكم نهائي يقرره فيحق له أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ[2].

فالأمر يختلف في حالة الفسخ الاتفاقي فإذا عدل الدائن عن الفسخ قبل أن يلحق هذا الإعلان إلى المدين وعلمه بذلك، فالعقد قبل ذلك لا يزال قائما، ففي هذه الحالة ليس هناك ما يمنع الدائن من العدول عن تمسكه بالفسخ إلى طلب تنفيذ العقد[3].

أما في غير هذه الحالة لا يمكن للدائن العدول من طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، لان بمجرد اتخاذ الدائن موقفه في التمسك بالفسخ فلم يعد هناك وجود لذلك العقد من الناحية القانونية، حتى يمكن القول بجواز طلب التنفيذ، لأن الاعذار الذي يوجهه الدائن للمدين، أين يبر فيه نيته في فسخ العقد، هو الذي يجعل الرابطة العقدية منحلة.

ويضاف إلى ذلك أن إذا ما أخذنا بجواز العدول في الفسخ الاتفاقي إلى طلب التنفيذ بعد إعلان الدائن عن نيته في فسخ العقد، فهذا غير مفيد من الناحية العملية إذ يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، لأن الأخذ به يجعل المدين يبقى مهددا في أي لحظة بمطالبة الدائن له بالتنفيذ ولو بعد مدة طويلة من إعلان الفسخ، فيكون مصير العقد في هذه الحالة مجهول بالنسبة للمدين[4].

1- **عبد القادر الفار**، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 138.

2- **حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 61.

3- **بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 237.

4- **المرجع نفسه**، ص 237.

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الاتفاقي

إذا كان للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الفسخ القضائي، فالأمر يختلف في حالة الاتفاق على الفسخ، إذ يحصل الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم،غير انه لا يجب أن يفهم انه ليس للقاضي دور في الفسخ الاتفاقي، ففي الحقيقة إذا كان هناك نزاع بين المتعاقدين وعرض النزاع أمام القضاء، فيكون تدخل القاضي ضروري لحل الرابطة التعاقدية، فله إذا سلطة في الفصل في النزاع، غير أن سلطته في الفسخ الاتفاقي ليست هي نفس السلطة التي يتمتع بها في مجال الفسخ القضائي، فهو يتحقق أولا من وجود الشرط الفاسخ الصريح **(الفرع الأول)**، ثم بعد ذلك يتحقق من واقعة الإخلال بالالتزام لإعمال ذلك الشرط **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح الفاسخ

قبل أن يتحقق القاضي من واقعة الإخلال بالالتزام عليه أولا أن يتحقق من أن هناك شرط فاسخ بين المتعاقدين**(أولا)**، ثم بعد ذلك التحقق من صورته**(ثانيا)**.

أولا: أنواع الشرط الفاسخ

على القاضي أن يتحقق في وجود الشرط الفاسخ إذا ما كان صريحا**(1)** أو ضمنيا**(2)**، أو عاديا**(3)**.

1- الشرط الفاسخ الصريح:

يعتبر الشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وهو نوعان شرط واقف فإذا كان وجود الالتزام واقف على تحقق الشرط كان الشرط واقفا، أما إذا ترتب وقوع الشرط زوال الالتزام فيسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ وبذلك يكون العقد معلقا على شرط فاسخ إذا تحقق أدى بذالك إلى زوال الالتزامات الناشئة عنه بأثر رجعي دون حاجة إلى حكم أو اعذار[1].

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

فيتمثل الشرط الفاسخ الصريح في اتفاق الأطراف مسبقا غلى أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ الالتزام من طرف أحدهما، وبذلك لا يحق للقاضي أن يمنح مهلة للمدين من أجل تنفيذ التزامه ويشترط في الفسخ الصريح أن يكون ذو دلالة قاطعة على اتجاه نية المتعاقدين إلى الفسخ في حالة عدم تنفيذ احدهم بالتزاماته العقدية[1].

ويجب على القاضي إعمال أثره متى تحقق من واقعة عدم التنفيذ وتحقق الشرط الفاسخ الصريح واعذار المدين بذلك فالقاضي ملزم بالحكم به ويكون حكمه مقررا للفسخ وليس منشأ له[2].

2-الشرط الفاسخ الضمني:

يكون الشرط الفاسخ الضمني في العقود، متى اتجهت إرادة المتعاقدين إلى فسخ العقد عند وقوع الإخلال بالالتزام من طرف أحدهم، فيكون في هذه الحالة جزاء على وقوع هذا الإخلال مباشرة، لكن هذا الجزاء لا يمكن إعماله إلا بعد اعذار المدين من جهة وصدور حكم قضائي من جهة أخرى، ففيه يستطيع القاضي أن يمنح المدين مهلة للوفاء، إذ نكون أمام فسخ قضائي للعقد يتمتع فيه القاضي بسلطة الحكم بالفسخ من عدمه[3].

3-الشرط الفاسخ العادي:

يتفق الشرط الفاسخ العادي مع الشرط الفاسخ الصريح، فهما يتحققان على اثر حادثة مستقبلية عير محققة الوقوع، بحيث إذا تحققت الحادثة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى اعذار أو حكم، وان ألزم الأمر فالقاضي يكون مقررا للفسخ ولا منشأ له، وليس للقاضي السلطة في رفضه، بل يقتصر دوره في التأكد من قيام الشرط وشروط إعماله[4].

لكن الاختلاف الموجود بينهما أن الشرط الفاسخ الصريح يكون إعماله واقفا على إرادة الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ، فيتحقق باجتماع واقعتي وقوع عدم التنفيذ، وتمسك

1-**شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 69.

2-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 79.

3-**محمد حسين منصور**، الشرط الصريح الفاسخ، مرجع سابق، ص 52.

4-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 105.

الدائن بإعماله، إذ له الحق في اختيار عدم التنفيذ بدل الفسخ، أما الشرط الفاسخ العادي فبمجرد تحقق الواقعة موضوع الشرط ينفسخ العقد من تلقاء نفسه، بحيث لا دخل لإرادة الأطراف فيه، دون الحاجة إلى التحقق إذا ما تم التنفيذ أو لا، كما أن الحادثة في الشرط الفاسخ الصريح تتمثل في عدم التنفيذ إذ أنها ذو طابع شخصي، عكس الشرط الفاسخ العادي أين تكون الحادثة ذو طابع موضوعي، بحيث يتقرر هذا الفسخ حتى وان لم يكون هناك عدم تنفيذ[1].

ثانيا: صور الشرط الصريح الفاسخ.

فمن خلال المادة 120 من ق.م.ج[2]، يظهر لنا أن للمتعاقدين الحق في الاتفاق عند إبرام العقد على الفسخ، واختيار الكيفية التي بمقتضاها يتم إعمال الشرط الفاسخ الصريح، فان وجود هذا الأخير متوقف على الإرادة التعاقدية وتفسيرها، فعلى القاضي التحقق من مدى اتجاه نية المتعاقدين إلى استبعاد سلطة القاضي واعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وتتمثل صور الشرط الفاسخ الصريح فيما يلي:

1- الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا:

قد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ، لكن يصعب حقا إعمال هذا الشرط إذ أن الحكم به في الفسخ يتوقف على نية المتعاقدين، فقد تتجه نيتهم إلى وقوع الفسخ بمجرد وقوع عدم التنفيذ بالتزام، أو يكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين مقدما على ذلك، وفي الحقيقة يصعب استخلاص نية الأطراف بمجرد ورود شرط على هذا النحو[3].

1-**شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 71.

2- جاء في نص المادة 120 من ق.م.ج: " **يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها، بدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين**".

3-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 84.

2- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه:

يفهم من هذا الاتفاق على أن إرادة المتعاقدان اتجهت إلى سلب القاضي سلطته التقديرية المقررة له بجواز الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به، وبتالي لا يكون أمام القاضي في هذا الشرط إذا تحقق إلا الحكم بالفسخ، فلا يمكن له أن يحكم بالتنفيذ بدل الفسخ إذا لم يطلب بذلك الدائن، أو منح اجل للمدين للتنفيذ، بل يكمن دوره في التحقق من توافر شروطه، والقاضي في مثل هذه الحالة يكون مقررا للفسخ وليس منشأ له[1].

ولكن هذا الشرط لا يستبعد ضرورة الاعذار، فهو واجب في المادة 120 من ق.م.ج، ولا يقع الفسخ تلقائيا طالما لم يتم الاعذار، وكذلك لا يعفي من اللجوء إلى القضاء، حيث انه على الدائن أن يرفع دعوى الفسخ، وقبول طلبه[2].

3- الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا دون حاجة إلى حكم قضائي:

تعد هذه الصورة من أعلى درجات الفسخ الاتفاقي، ففي هذه الحالة يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى رفع دعوى قضائية للحصول على الحكم بالفسخ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد إخلال احد المتعاقدين بالتزامه، وكذلك هذا الشرط لا يعفي من الاعذار فلا يكفي حلول الأجل وعدم التنفيذ، بل يتطلب الأمر لفت نظر المدين إلى ضرورة تنفيذ التزامه، وإلا طبق جزاء الفسخ[3].

فقد ترفع دعوى عند منازعة المدين في إعمال الشرط، إذا ادعى انه قد وفى بما أوجبه عليه العقد، فبتالي دور القاضي في هذه الحالة ينحصر في التحقق من عدم أداء المدين لالتزامه حتى يمكنه الفسخ، وحكمه يكون مقررا للفسخ وليس منشأ له[4].

1-**محمد حسين منصور**، الشرط الصريح الفاسخ، مرجع سابق، ص 57.

2-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 112.

3- **المرجع نفسه**، ص 113.

4- **أمجد محمد منصور**، مرجع سابق، ص 212.

الفرع الثاني

تحقق القاضي من واقعة الإخلال بالالتزام وإعمال الشرط

للقاضي دور مهم في التحقق من الإخلال بالالتزام في العقد المراد فسخه(**أولا**)، وكذا دوره مهم في إعمال الشرط الفاسخ الصريح أو عدم إعماله (**ثانيا**).

أولا: واقعة عدم التنفيذ

يمكن أن يكون عدم التنفيذ كلي كما يمكن أن يكون جزئي، أو تنفيذ سيئ أو تأخير في التنفيذ، كما يعتبر المتعاقد مخلا بالتزامه سواء وقع على التزامات رئيسية أو ثانوية[1].

فعلى القاضي التحقق من السبب الذي أدى بالمتعاقد الدائن إلى المطالبة بفسخ العقد، بتالي التحقق من وجود تقصير من جانب المدين الذي لم يوف بالتزاماته، وهذا يعتبر الأساس الجوهري من قيام حق الدائن في التحلل من الرابطة التعاقدية[2]،فيكون على القاضي الذي يطرح أمامه النزاع التحقق على وقوع عدم التنفيذ من طرف المدين اتجاه المتعاقد الدائن، حتى ولو تضمن العقد اتفاقا على فسخ العقد، ويعتبر المدين مخلا بالتزامه إذا لم ينفذه في الآجال المطلوب أو إذا أعلن قبل حلول الأجل عن نيته في عدم التنفيذ، أو إذا أصبح الالتزام غير مجد بفعله، ففي هذه الحالات يحق للدائن أن يبادر بطلب الفسخ دون انتظار حلول الأجل[3]، فالقاضي في الفسخ القضائي يتمتع بسلطة تقدير واقعة عدم التنفيذ أي إذا كان الجزء الذي لم ينفذ ذو أهمية بالنسبة للباقي الالتزامات الأخرى التي نفذت لكي يحكم بالفسخ، وكذا إعطاء مهلة للمدين للتنفيذ العقد بدل الحكم بالفسخ مباشرة، وكذا له سلطة في الحكم بالفسخ الجزئي إذا كان الالتزام يقبل التجزئة.

غير أنه في حالة اتفاق الأطراف مسبقا على الشرط الفاسخ الصريح، فلا يتمتع القاضي بنفس السلطة التقديرية، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية (بأن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو اعذار، يؤدي إلى سلب

1- **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 351.

2- **بلعيور عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 226.

3- **محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 405.

القاضي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ، وحسبه أن يتحقق من توفر شروطه، وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالتزامات ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا). لذلك عندما نكون أمام اتفاق صريح على الفسخ في حالة عدم تنفيذ التزام معين، أو جزء منه أي كان أهمية الالتزام أو الجزء الغير منفذ، ففيه لا يجوز للقاضي أن يقدر أهمية عدم التنفيذ بالنسبة إلى العقد، لان إطراف العقد يجوز لهم الاتفاق على الفسخ عند عدم التنفيذ ، حتى وان كان هذا الأخير قليل الأهمية[1].

ثانيا: دور القاضي في إعمال الشرط الفاسخ.

إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على الشرط الفاسخ الصريح، وتحقق الخلال بالالتزام فان هذا الشرط يقتضي مباشرة فسخ العقد طالما كانت صيغته صريحة وتدل على وجوب الفسخ بمجرد تحققه(**1**)، غير أنه تكون هناك في بعض الأحيان ظروف تؤدي إلى عدم إمكانية إعمال الشرط بالرغم من النص عليه في العقد (**2**).

1- إعمال القاضي للشرط الفاسخ الصريح:

إذا تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح الفاسخ، فتختفي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ، فيقتصر دوره في إعمال الشرط الفاسخ الصريح المذكور، وتقرير الفسخ عند التحقق من شروطه، ولا يحق للقاضي أن يقرر التنفيذ المتأخر للمدين، أو منحه مهلة للوفاء بالتزامه.

ويقف إعمال الشرط الفسخ الصريح على إخلال المدين لالتزامه، وإعلان الدائن عن رغبته في التمسك بالفسخ، فلا يقع الفسخ بالرغم من وجود الشرط الفاسخ الصريح إلا إذا أعلن الدائن تمسكه بذلك[2].

1- **محمد حسين منصور**، الشرط الصريح الفاسخ، مرجع سابق، ص 96.

2- **المرجع نفسه**، ص 97.

وفسخ العقد بموجب الاتفاق قد يؤدي من الناحية العملية إلى نزاع معقد بين الدائن والمدين، لذلك يستوجب تدخل القاضي لحل النزاع، وبتالي يكون للقاضي سلطة تقديرية في الفصل في النزاع، ولكن ليست نفس السلطة التي يتمتع بها في الفسخ القضائي[1].

2- موانع إعمال الشرط الفاسخ الصريح:

هناك بعض الظروف التي تحول دون إعمال الشرط الفاسخ الصريح وتتمثل هذه الظروف أساسا في الحالات التالية:

أ- تنازل الدائن عن طلب الفسخ:

فالفسخ حق قرره المشرع للمتعاقد الدائن في حالة إخلال المدين عن الالتزامات التي في عاتقه بموجب العقد، غير أن هذا الحق يسقط إذا تنازل عنه صاحبه، صراحة أو ضمنيا، ومنه إذا تبين للقاضي أن الدائن تنازل عن حقه في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، أن يعمل بالمادة 119 المتعلقة بالفسخ القضائي بدلا من المادة 120، وعليه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الفسخ في جميع حالات عدم التنفيذ، أو للبعض الحالات دون غيرها، كما يجوز لهمل الاتفاق على أن ينزل حدهما أو كلاهما عن هذا الحق مسبقا[2].

يمكن للدائن أن ينزل عن حقه في طلب الفسخ طبقا للقواعد العامة باللفظ، أو الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته أن المقصود منه هو التنازل عن الفسخ، كما يجوز أن يكون ضمنيا إذا ما لم ينص القانون أو اتفاق الطرفين خلاف ذلك[3]، فيمكن أن يكون النزول الضمني عن طريق السكوت بالتمسك بالفسخ، وعلى القاضي أن يكون متشددا ودقيقا في التأكد من نية الدائن انه يريد التنازل عنه[4].

1- **عبد الكريم بلعيور**، مرجع سابق، ص 223

2-**عبد الحي حجازي**، مدى خيار الدائن....، مرجع سابق، ص 471.

3-**مصطفى عبد السيد الجارحي**، مرجع سابق، ص 203.

4-**شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 81.

ب- خطا الدائن المتسبب في عدم التنفيذ:

لا يمكن إعمال الشرط الفسخ الصريح إذا كان الدائن سوء النية هو المتسبب في عدم تنفيذ المدين حسن النية لالتزاماته، فطبقا للقواعد العامة لا يمكن تمكين المخطئ من الاستفادة من خطئه ومنع الطرف الأخر من تنفيذ التزامه، وذلك ينطبق على الشرط الفاسخ الصريح أو الضمني[1]، فمثلا إذا تسبب الدائن في إتلاف أو هلاك الشيء الذي يلتزم بتسليمه للمدين، أو تزويد بيانات غير صحيحة للمدين والتي توقعه في التنفيذ الخاطئ للالتزام[2]، وبذلك يحكم القاضي بفسخ العقد مع تعويض المدين على ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب طبقا للقواعد العامة سواء كان ذلك في المسؤولية العقدية أو التقصيرية[3].

ج- مشروعية امتناع المدين:

ينطبق إعمال الشرط الفاسخ الصريح إذا كان امتناع المدين عن التنفيذ بغير حق، أما إذا كان امتناع المدين مشروعا فلا يمكن أن نطبق الشرط الفاسخ الصريح، ويكون الامتناع مشروعا في حالة الدفع بعدم التنفيذ إذا توفرت شروطه حسب المادة 123 من ق.م.ج، فإذا كان الدائن لم يقم بتنفيذ التزامه لا يحق له ان يطلب من المدين بتنفيذ ما عليه من التزام[4].

د- حسن نية المدين:

إذ كان المدين حسن النية ولايد له في عدم التنفيذ، كما لو كان هناك قوة قاهرة أو خطا الدائن أو فعل الغير، فللقاضي أن لا يحكم بالفسخ فله أن يمنح مهلة للمدين للتنفيذ إذا كانت ظروف المدين تقتضي ذلك، كان يكون له عذر مقبول للتأخير في تنفيذ التزامه، أو انه أساء في فهم العقد مثلا فيتأخر عن التنفيذ، ففي هذه الحالات ليس هناك مبرر للفسخ[5].

1-**حمو حسينة**، مرجع سابق، ص 123.

2-**جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 94.

3-**شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 83.

4- **جوهري سعيدة**، مرجع سابق، ص 94.

5- **محمد حين منصور**، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 418.

لذا إذا كان العقد متضمنا الشرط الفاسخ الصريح وتأخر المدين في التنفيذ بحسن نية فجاز للقاضي هنا أن يتدخل ويعطل الحكم بهذا الشرط استنادا إلى مبدأ حسن النية والى عدم التعسف في استعمال الحق[1].

هـ- الظروف الخارجية ذات الطبيعة القانونية:

إذا حلت ظروف استثنائية لا يمكن توقعها وجعلت تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا فيجوز فيه للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، فلا يحكم بالفسخ حتى ولو تضمن العقد شرط فاسخ صريح بل يتدخل للتعديل العقد فقط مراعاة لتلك الظروف.

و- إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا مقارنة بالطرف الأخر:

إذ أن هناك حالة غبن، فيحق للقاضي أن يبطل العقد آو ينقص في التزامات المتعاقد المغبون بطلبه[2].

1- **محمد حسين منصور**، الشرط الفاسخ الصريح، مرجع سابق، ص 127.

2- **شباطة فريد**، مرجع سابق، ص 86.

الخاتمة:

إن الفسخ أخذت به معظم التشريعات الحديثة ومنها القانون الجزائري ويفهم منه انه حق جزاء على المدين وحق أو حماية ممنوحة للدائن من عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية وبتالي فيستعمله للتحلل من الرابطة التعاقدية جراء ذلك والتخلص من جهته من الالتزامات التي وقعت على عاتقه.

فالفسخ يكون بطريقتين إما الفسخ القضائي وهذا يعتبر الأصل، لكن المشرع قد منح للأطراف الحق في الاتفاق على أن ينفسخ العقد بشكل ما في حالة عدم تنفيذ احدهم لالتزاماته التعاقدية وتحقق الشروط التي اتفقا عليها للفسخ وهذا ما يسمى في هذه الحالة بالفسخ الاتفاقي.

ولكي يتمكن الدائن من ممارسة حقه لابد من توافر شروط وإجراءات ألزمها القانون عليه لذلك، فلقد رأينا انه من الناحية العملية ليس بالشيء البسيط كما يظهر لنا من ناحية النصوص القانونية.

ويكتسي الاعذار كإجراء من إجراءات الفسخ أهمية بالغة، فلقد ركز المشرع الجزائري على هذه النقطة في المادة 119 والمادة 120، لأنه من جهة إذا ما استمر المدين بالتعنت في عدم التنفيذ بعد الاعذار فهذا يعتبر دليل قاطعا على انه لا يريد أن يقوم بالتنفيذ ومن جهة أخرى قد يحدث انه إذا قام الدائن باعذار المدين فيتفطن وينفذ التزامه وبالتالي لا ضرورة للحكم بالفسخ.

لحسن النية أهمية بالغة في تنفيذ العقود فالقانون وقف ضد أي حيلة يستعملها أحد المتعاقدين قصد الإضرار بالطرف الأخر، أو الحصول على فائدة غير مشروعة من ذلك. إذ أن القاضي دائما يركز على النية التي هي في المتعاقدين للتأكد أنه ليست هناك نوايا أو حسابات سيئة تهدف إلى الإضرار بالغير.

ومن الجانب العملي فان القاضي يلعب دور مهم للفصل في النزاع القائم حول موضوع فسخ العقد، إذ انه يتدخل بحنكة للتوازي بين الأطراف المتنازعة حتى يتفادى تعسف

احدهم على الأخر وحتى يعطى لكل ذي حق حقه، فله سلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ القضائي إذ أنه يكمن له أن يرفض الفسخ ومنح أجل للمدين للوفاء، لكن ليس نفس الحال في الفسخ الاتفاقي إذ أن سلطته تقتصر في هذا المجال بحيث تكمن مهمته في التحقق من وجود الشرط الفاسخ الصريح وتحققه، فإذا تحقق واجب على القاضي أن يحكم بالفسخ.

ومن خلال تطرقنا للفسخ في النظامين رأينا أن هناك تفاصيل كثيرة تأخذ بعين الاعتبار لتقرير الفسخ، ويفهم من ذلك أن القانون والقضاء دائما يشجع الأطراف على تنفيذ العقد إذ أن الهدف من نشأة أو إبرام العقود هو تنفيذها فهذا يعتبر الأصل في العقود لان الفسخ هو استثناء فقط للحماية الطرف الدائن بصفته الطرف الضعيف أو المعرض للضرر المحدق من جراء عدم التنفيذ وما ينتج عنه، ومن جهة أخرى لأنه بالاستقرار واستمرار العلاقات والمعاملات يزدهر ويتطور المجتمع ولإشباع حاجياته.

قائمة المراجع

- **باللغة العربية**

أولا: الكتب:

1-**أحمد شوقي محمد عبد الرحمن**، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، د.ب.ن، 2002.

2- ـــــــــــــــــــــــــ، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، د.د.ن، د.ب.ن، 2008.

3-**أنور سلطان**، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية مصر، 1983.

4-**الحسناوي حسن، خنتوش رشيد**، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

5-**العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004.

6-**الشواربي عبد الحميد**، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1990.

7-ـــــــــــــــــ، البطلان المدني، منشاة المعارف، الإسكندرية 1991.

8-**أمجد محمد منصور**، النظرية العامة للالتزامات،مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي، مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009.

9-**أنور طلبة**، انحلال العقود المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.

10- **إسماعيل عبد النبي شاهين**، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.

11- **أبو الونيس الخويلدي**، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

12- **أحمد فراج حسين**، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د.ت.ن.

13- **توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال**، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

14- **توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للالتزام نظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، 1993.

15- **حسين تونسي**، انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

16- **حمدي عبد الرحمن**، الوسيط في النظرية العامة لالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.

17- **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

18- **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

19- **رمضان أبو السعود**، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2003.

20- **زهدي يكن**، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة صارو، بيروت، د.ت.ن.

21- **سليمان مرقش**، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، صادر للمنشورات القانونية، الطبعة الثانية، مصر، 1992.

22- **شريف أحمد الطباخ**، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، د. د.ن، مصر 2010.

23- **عبد الكريم بلعيور**، نظرية فسخ العقد في القانون الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1986.

24- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، د.ت.ن، د.ب.ن، 1952.

25- ـــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة المجلد الأول، د.ت.ن.

26- ـــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1997.

27- **عبد الحكم فوده**، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

28- ـــــــــــــــ، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

29- **عبد القادر الفار**، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2005.

30- **عبد القادر الفار، ملكاوي بشار عدنان**، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

31- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

32- **عادل جبري محمد حبيب**، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن.

33- **عبد الرحمان بربارة**، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

34- **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، د.ت.ن.

35- **علي فيلالي**، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001.

36- **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004.

37- **مصطفى عبد الجواد**، مصادر الالتزام(الجزء الثاني)، دار النهضة العربية، مصر، 2004.

38- **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992.

39- **محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بيروت، 2000.

40- ـــــــــــــــــ، الشرط الفاسخ الصريح، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.

41- **مصطفى الجمال**، أحكام الالتزام، دار الفتح، الإسكندرية، 2000.

42- **منذر الفضل**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، مكتبة الثقافة، د.ب.ن، 1998.

43- **همام محمد محمود زهران**، الأصول العامة للنظرية الالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

أ- اطروحات الدكتوراه:

1. **لطيفة أمازوز**، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوره في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

ب- مذكرات الماجستير:

1- **إبراهيم بن حرير**، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية ونقدية، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1995.

2-**إسماعيل عبد النبي شاهين**، الإقالة، فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كلية الدراسات العليا، مدرسة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

3-**جعفور محند سعيد**، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

4-**حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

5-**دحماني فريدة**، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

6-**دحماني رشيد**، حماية العقد من الإبطال والفسخ، دراسة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2016.

7-**لوني عبد المجيد**، الاعذار في المواد المدنية والتجارية طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005.

ج- مذكرات الماستر:

1- **بن زهرة لامياء**، أثار بطلان العقد على الغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في الحقوق أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.

2-**جوهري سعيدة**، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

3-**شباطة فريد**، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة ، 2013.

4-**كسيلي مخلوف**، انحلال العقد مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

5-**هدروق كهينة، فركان مريم**، زوال العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.

6-**عائشة لبيوض**، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، د.ب.ن، 2008.

رابعا: المقالات

1- **عبد الحي حجازي**، "**مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ**"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، العدد الأول السنة الأولى 1959، العدد الثاني السنة الأولى 1959، العدد الأول السنة الثانية 1960، العدد الثاني السنة الثانية 1960، ص.ص 53-482.

2-**محمد لبيب شنيب**، **الجحود المبتسر للعقد، دراسة للقانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، العدد الأول والثاني 1961، ص ص 260-479.

3-**مصطفى عبد السيد الجارحي**، **فسخ العقد**، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، 1988، ص ص 82-203.

خـامسا: النصوص القانونية

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

2. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

سادسا: المقالات المنشورة عبر شبكة الأنترنيت

1. فسخ العقد في القانون المدني: htttp://qawaneen.blogspot.com

2. سويد احمد سلطة القاضي في إيقاع الفسخ القضائي:
http://www.cadresorline.com

3. ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون المدني: http://iasj.net

سابعا: الاجتهادات القضائية

1-قرار المحكمة العليا رقم 115182، الصادر بتاريخ 1994/03/21 المجلة القضائية، العدد الثاني، الصادرة عن وزارة العدل، لسنة 1994، ص ص 167-169.

2-قرار المحكمة العليا رقم 270216 الصادر بتاريخ 2002/09/17 المجلة القضائية العدد الثاني، الصادرة عن وزارة العدل لسنة 2004، ص ص 175-176.

3-قرار المحكمة العليا رقم 348596 الصادر بتاريخ 04/13/ 2005 المجلة القضائية، العدد الثاني، الصادرة عن وزارة العدل، لسنة 2005، ص 208.

باللغة الفرنسية :

I. Ouvrages:

1-**CABRILLAC Rémy**, Droit des obligations, 2éme ed, Dalloz, Paris, 1993.

2-**CARBONNIER Jean**, Droit civil, les obligations, p.u.f, Paris.

3-**François collart Dutilleul.Philippe Delebecque**, Contrats civils et commerciaux, Dalloz. Paris, 3éme edition, 1996.

4- **François chabas, mazeaud (henri.léon.jean)**, leçons de droit civil, Obligations théorie générale, 9éme éditons, delta, paris, 2000.

5- **FLOUR jaques, Aubert jean Luc ,Flour Yvonne ,SAVAUX ERIC**, droit civil, les obligations, le rapport de l'obligation, 2émé edi, dalloz, paris, 2001.

6- **Jaque guestin.christophe jamin.more billiau**, Traité de doit civil, Les effets du contrat, L.G.D.G, paris, 2éme édition, 1994.

7- **Jérôme Huet.** traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, Presses universitaires de France, l.g.d.j, (e.j.a), paris, 1996.

8- **Pierre guiho, George peyrard**, droit civil, les obligations, tome 2 le régime géneral, l'érmes, 3eme édition, paris, 1992.

9- **Philippe le tourneau**, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2éme édition, paris, 2006.

II. Articles :

1- **Abdel Rahim Fathi « l'exécution en nature du contrat en droit comparé (Égypte-France. Angleterre) »**, revue alquanu wal iqutisad de la page 1 a la page 60

2- la résolution du contrat : http://www.scribd.com.

3- **Christina corgas**, la résolution du contrat,

4- http://www.oboulo.com/résolution-contrat-36807-html

الفهرس

مقدمة.....01
الفصل الأول: المبادئ العامة لحق فسخ العقد.....04
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لحق الفسخ.....05
المطلب الأول: مفهوم فسخ العقد.....05
الفرع الأول: تعريف الفسخ.....05
الفرع الثاني: الأساس القانوني للفسخ.....06
أولا: الشرط الفاسخ الصريح كأساس للفسخ.....07
ثانيا: فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ.....09
ثالثا: فكرة السبب كأساس للفسخ.....10
رابعا: فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ.....11
المطلب الثاني: مقارنة الفسخ مع ما يشابهه من أنظمة قانونية.....13
الفرع الأول: الفسخ والبطلان.....13
الفرع الثاني: الفسخ والمسؤولية العقدية.....15
الفرع الثالث: الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وعدم النفاذ.....18
المبحث الثاني: الإطار الإجرائي لنظام الفسخ.....22
المطلب الأول: شروط الفسخ وأنواعه.....22
الفرع الأول: شروط الفسخ.....22
أولا: أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين.....23
ثانيا: أن يكون هناك عدم تنفيذ من طرف أحد المتعاقدين.....24
ثالثا: أن يكون الدائن مستعدا للتنفيذ التزامه وإعادة الحال إلى أصله.....29
الفرع الثاني: أنواع الفسخ.....29
أولا: الفسخ القضائي.....30

ثانيا: الفسخ الاتفاقي.....30
ثالثا: الفسخ بقوة القانون.....31
المطلب الثاني: إجراءات الفسخ.....32
الفرع الأول: اعذرا المدين.....32
الفرع الثاني: رفع دعوى الفسخ.....35
الفصل الثاني: طرق ممارسة الدائن لحق الفسخ.....37
المبحث الأول: الفسخ القضائي للعقد.....38
المطلب الأول: اختيار الدائن بين التنفيذ أو الفسخ.....38
الفرع الأول: اختيار الدائن التنفيذ.....38
أولا: التنفيذ العيني.....39
ثانيا: التنفيذ عن طريق التعويض.....46
ثالثا: عدول الدائن عن طلب التنفيذ.....48
الفرع الثاني: إختيار الفسخ.....50
أولا: حق الدائن في دعوى طلب الفسخ.....51
ثانيا: المصلحة.....52
ثالثا: جواز عدول الدائن عن طلب الفسخ.....52
المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الفسخ القضائي.....53
الفرع الأول: تقدير القاضي لواقعة الإخلال بالالتزام.....53
أولا: عدم التنفيذ الكلي.....54
ثانيا: عدم التنفيذ الجزئي.....54
ثالثا: تأخير المدين عن التنفيذ.....55
الفرع الثاني: سلطة القاضي في فسخ العقد.....56
أولا: منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه.....56

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ.....59
ثالثا: سلطة القاضي في الحكم بالفسخ.....61
المبحث الثاني: الفسخ الاتفاقي للعقد.....63
المطلب الأول: جواز الاتفاق على فسخ العقد.....63
الفرع الأول: شروط وإجراءات الفسخ الاتفاقي.....63
أولا: شروط الفسخ الاتفاقي.....64
ثانيا: إجراءات الفسخ الاتفاقي.....66
الفرع الثاني: خيار الدائن في الفسخ الاتفاقي.....68
أولا: حق الدائن في المطالبة بتنفيذ العقد.....68
ثانيا: اختيار الدائن التمسك بالفسخ الاتفاقي.....70
المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الاتفاقي.....73
الفرع الأول: تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح الفاسخ.....73
أولا: أنواع الشرط الفاسخ.....73
ثانيا: صور الشرط الصريح الفاسخ.....75
الفرع الثاني: تحقق القاضي من واقعة الإخلال بالالتزام وإعمال الشرط.....77
أولا: واقعة عدم التنفيذ.....77
ثانيا: دور القاضي في إعمال الشرط الفاسخ.....78
خاتمة.....82
قائمة المراجع.....84
الفهرس.....93

الملخص

إن الفسخ هو حق يستعمله الدائن للتحلل من الرابطة التعاقدية وكذا التخلص من إلتزاماته في حالة تخلف المدين عن تنفيذ إلتزامات التي وقعت على عاتقه في العقد، ولا طالما أخذت التشريعات الحديثة بنظام الفسخ فلقد إختلفت أراء الفقهاء حول الأساس الذي يقوم عليه فهناك من يرى أنه يقوم على أساس فكرة الشرط الفاسخ الصريح وهناك من يعتبره شرطا فاسخا ضمنيا وفريق آخر يربطه إلى فكرة السبب وأخرون إلى فكرة إرتباط الإلتزامات كأساس له، ولابد من توفر شروط معينة لكى يتسنى للدائن المطالبة بالفسخ وكذا إتباع إجراءات معينة للحصول على حكم يقضى بالفسخ، ولقد أقر المشرع في القانون المدني الجزائري للدائن بفسخ العقد قضائيا أو إتفاقيا كما يمكن للدائن العدول عن الفسخ إلى تنفيذ العقد الذي يعتبر هو الأصل في العقود، وتختلف السلطة التقديرية للقاضي في كلا النظامين سواءا القضائي أو الإتفاقي بحيث أنه يمتلك سلطة أوسع نوعا ما في الفسخ القضائي ويكتسى الإعذار أهمية بالغة للمطالبة بالفسخ.

الكلمات الدالة:

الفسخ؛ البطلان؛ المسؤولية العقدية؛ فسخ العقد؛ أنواع الفسخ؛ الفسخ القضائي؛ الفسخ الاتفاقي؛ الفسخ بقوة القانون؛ إجراءات الفسخ؛ دعوى الفسخ؛ الدائن؛ المصلحة؛ القاضي؛ التنفيذ الكلي؛ التنفيذ الجزئي؛ الاتفاقي العقد؛ تنفيذ العقد؛ الفاسخ؛ أنواع الشرط الفاسخ