



جامعة مولود معمري - تيزي وزو



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون

## انحلال العقد

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص الداخلي

تحت إشراف الأستاذ:

زقان نبيل

من إعداد الطالب:

كسيل محلوف

لجنة المناقشة:

- د/معاشوا فطة، أستاذة ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسة
- زقان نبيل، أستاذ مساعد (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقررا
- د/ أيت ساحد كهينة، أستاذ محاضرة(ب) ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2016/10/04

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم صلي الصلاة الكاملة وسلم التسليم التام على سيرنا محمد  
الذي تنحل بع العقرب وتنفرج به الكرب وتقضي به الحوائج  
وحسن الخواتيم ويستسقى الغمام بوجهه الكريم  
وعلى آله وصحبه في كل حمة ونفس عرو كل معوم لك يا الله يا حي يا قيوم

# إهداء

أهدي عملي المتواضع هذا

إلى روح عمتي الصابرة المحتسبة حسنى مرحمها الله وجعل الجنة مثواها

وإلى ولية نعمتي ومحفرتي على الجِد والعمل والدتي الكريمة ووالدي أقر الله

عينهما بي

وإلى عمتي ومريتي نزهة وعمي علي وفقني الله

لرد جميليهما وإحسانهما لي

وإلى اخواتي تينهيان كهينة هدى وأبنائها نرينة العائلة وبهجتها سامي و

ماكسان

وإلى جدتي المعمرة البركة لالة فاطمة

وإلى أحبابي وأصدقائي ومشائخي .....

كلمة مخلوف.

# شكر و عرفان

أحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإتمام هذا العلم فاللهم  
لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا مرضيت ولك الحمد على

حمدنا إياك

اللهم إن أصبت في عملي هذا فممنك وحدك لا شريك لك

وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان .

أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل نبيل نرقان الذي

حرص على إتمام هذا العمل وإخراجه في أحسن حلة جزاه الله

عني كل خير

مخلوف

بسم الله الرحمان الرحيم

اللهم صلي الصلاة الكاملة وسلم التسليم  
التام على سيدنا محمد

الذي تنحل بع العقد وتنفرج به الكرب  
وتقضئ به الحوائج

وحسن الخواتيم و ويستسقى الغمام بوجهه  
الكريم

وعلى آله وصحبه في كل لحمة ونفس عدد كل  
معوم لك يا الله يا حي يا قيوم

# إهداء

أهدي عملي المتواضع هذا

إلى مروح عمتي الصابرة المحتسبة حسنى مرحمها الله وجعل الجنة مثواها

وإلى ولية نعمتي ومحفرتي على الجهد والعمل والدتي الكريمة ووالدي أقر الله عينهما بي

وإلى عمتي ومرييتي زهور وعمي علي وفقني الله

لرد جميلتهما وإحسانهما لي

وإلى اخواتي تينهيان كهيئة هدى وأبنائها نرينة العائلة وبهجتها سامي وماكسان

وإلى جدتي المعمرة البركة لالة فاطمة

وإلى أحبائي وأصدقائي ومشائخي . . . . .

محبكم مخلوف

# شكر وتقدير

أحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإتمام هذا العلم فاللهم لك الحمد حتى  
ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد على حمدنا إياك  
اللهم إن أصبت في عملي هذا فمناك وحدك لا شريك لك  
وإن أخطأت فمن نفسي و الشيطان .

أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل نبيل زقان الذي حرص على إتمام هذا  
العمل وإخراجه في أحسن حلة جزاه الله عني كل خير

مخلوف كسيلي

:

:

:

-

ت.م.ج: التقنين المدني الجزائري

ت.م.م: التقنين المدني المصري

ت.م.أ: التقنين المدني الأردني

ت.م.س: التقنين المدني السوري

ت.م.ع.ل: تقنين الموجبات والعقود اللبناني

ت.م.ع.م: التقنين المدني العربي الموحد

ت.م.ع: التقنين المدني العراقي

ت.م.ل: التقنين المدني الليبي

ت.م.ي: التقنين المدني اليمني

ت.م.ق: التقنين المدني القطري

ت.م.ك: التقنين المدني الكويتي

ت.م.ب: التقنين المدني البحريني

ت.م.م.س: تقنين المعاملات المدنية السوداني

ت.م.م.إ: تقنين المعاملات المدنية الإماراتي

ت.م.م.ع: تقنين المعاملات المدنية العماني

:

ت.إ.ع.م.غ: تقنين الالتزامات والعقود المغربي

ت.إ.ع.م.ر: تقنين الالتزامات والعقود الموريتاني

م.إ.ع.ت:مجلة الالتزامات والعقود التونسية

م.أ.ع: مجلة الأحكام العدلية

ت.أ.ج: تقنين الأسرة الجزائري

م: المادة

ف: فصل

ج: الجزء

ع: العدد

ج.ر.جريدة رسمية

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

د.ت.ن: دون تاريخ نشر

- :

C.c.fr : code civile français

A.r.t : article

P.r : paragraphe

T : tome

Ed : édition

:

---

O.p.cit : ouvrage précédemment citée

## مقدمة:

يعد القانون أهم مصدر تنشأ عنه الالتزامات، ويأتي العقد بعده من حيث أهميته كمصدر من مصادر الالتزام ، وإذا كان القانون المدني أوسع القوانين نطاقا وأعلىها مرتبة ومنزلة فلا شطط إذا أسميناه أبو القوانين، ويحتل العقد من هذا القانون مكانة عليا ثم تأتي بعده مصادر الالتزام الأخرى، فهو وسيلة لتبادل المصالح بين الناس وإشباع حاجياتهم فالعقد يحقق غايات اجتماعية واقتصادية، فأما غاياته الاقتصادية فتتمثل في تبادل السلع والخدمات بين الأفراد، فصاحب السلعة والخدمة يحتاج للمال وصاحب المال يحتاج للسلعة والخدمة، لذا وجد هذا الأخير لسد هذه الحاجيات المتقابلة، أما تلك الاجتماعية فتتمثل في تلك الروابط التي تتوثق بين الافراد بعد التعاقد .

لا يرتب العقد آثاره ولا تتحقق المصالح المرجوة منه إلا إذا نشأ صحيحا مستوفيا لأركان انعقاده وشروط صحته، ومن ثم يصبح المتعاقدان خاضعين للقوة الإلزامية للعقد مادامت الرابطة التعاقدية قائمة، والأصل في العقد أنه ملزم لطرفيه فلا يمكن لأحد نقضه ولا تعديله إلا في حدود ما يسمح به القانون أو الاتفاق وهو ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد.

بعد نشوء العقد صحيحا ومرتبيا لآثاره فإن مصير هذه الرابطة بعد ذلك الزوال، ويزول العقد إما بانقضائه وذلك بتنفيذ الالتزامات وهو الطريق العادي لانقضاء العقود، وقد يزول ببطلانه في حال تخلف أحد أركانه أو شروط صحته، كما ينقضي أيضا بانحلاله وذلك إما بفسخه في حال عدم التنفيذ أو بانفساخه إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي عنه وقد ينحل العقد باتفاق الأطراف على حله بالتقاييل.

يقصد بانحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد، ويفترض في انحلال العقد وجود عقد قائم منتج لآثاره ورد عليه سبب أزال وجوده ومحا أثره فهي آفات تصيب العقد وتؤدي به إلى الزوال.

يختلف انحلال العقد عن انقضائه بالوفاء ففي الانقضاء بالوفاء يضل العقد قائما ويرد الانقضاء على الالتزامات الناشئة عنه، كما يختلف الانحلال عن البطلان كون البطلان يرد

على العقد قبل تكوينه وتنفيذه، يختلف كذلك عن الإنهاء كون هذا الأخير لا يكون إلا في العقود المستمرة التي تمتد آثارها عبر الزمن.

نظم المشرع الجزائري انحلال العقد في القسم الرابع من الفصل الثاني من الكتاب الثاني من التقنين المدني الجزائري وذلك في المواد 119-123 منه<sup>(1)</sup>، وتشكل هذه المواد النظرية العامة لانحلال العقد في القانون الجزائري، ولقد ضيق المشرع الجزائري من هذه النظرية مقارنة له بغيره من التشريعات العربية، إذ لم يدرج المشرع الجزائري مواد تنظم الإقالة ضمن انحلال العقد ومعروف أنها طريق تتحل بها العقود رغم كثرة استعمالها في الحياة العملية للأفراد نظرا لعدم خطورة آثارها وأنها تتم وديا وعن تراض.

أمام ضيق نظرية انحلال العقد في القانون الجزائري آثرت أن ادرس هذا الموضوع لا أقول دراسة مقارنة بل دراسة تكاملية نستفيد منها في هذا الموضوع من التشريعات العربية التي نجدها أكثر عملية ومسايرة للواقع من التقنين الجزائري وهذه التشريعات هي كل من القانون المدني المصري<sup>(2)</sup>، الأردنني<sup>(3)</sup>، السوري<sup>(4)</sup>، العراقي<sup>(5)</sup>، الليبي<sup>(6)</sup>، القطري<sup>(7)</sup>، البحريني<sup>(8)</sup>، الكويتي<sup>(9)</sup>، اليمني<sup>(10)</sup>، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي<sup>(11)</sup>، العماني<sup>(12)</sup>، السوداني<sup>(1)</sup>، وقانون الموجبات و العقود اللبناني<sup>(2)</sup>، وقانون الالتزامات والعقود

<sup>1</sup> - المواد 119 - 123، من الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، ج.ر، ع 78 لسنة 1975 معدل ومتمم

2 - القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري، المؤرخ في 09/07/1948 مجلة الوقائع عدد رقم 108 مكر (أ)

3 - القانون رقم 43 لسنة 1976 مؤرخ في 01/08/1976 العدد 2645 المتضمن القانون المدني الأردني

4 - القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم رقم 84 بتاريخ 18/5/1949

5 - القانون رقم 40 لسنة 1951، المتضمن القانون المدني العراقي

6 - القانون المدني الليبي المنشور بتاريخ 20 فبراير 1954

7 - القانون رقم 22 لسنة 2004 لإصدار القانون المدني القطري

8 - مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني لدولة البحرين

9 - مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي ( 67 / 1980 )

10 - القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002

11 - قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة

12 - قانون المعاملات المدنية لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 29 / 2013 ج ر، ع 1012

المغربي<sup>(3)</sup>، الموريتاني<sup>(4)</sup>، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية<sup>(5)</sup>، و القانون المدني العربي الموحد<sup>(6)</sup>

بالرجوع للمواد المنظمة لانحلال العقد سواء في التقنين المدني الجزائري أو في غيره من التقنينات العربية المذكورة يظهر لنا جليا كيف أن هذه التشريعات أولت الأهمية للفسخ دون غيره من وسائل الانحلال الأخرى كالانفساخ والتفاسخ (الإقالة)، وأمام هذا الوضع نجد بعض الفقه يعتبر الانفساخ فسخ قانوني والإقالة فسخ اتفاقي، لذا كان من الأهمية دراسة موضوع انحلال العقد وتسليط الضوء على كل طريق من طرق الانحلال المعروفة ودراسته على حده وتجنب ما وقع فيه الفقه من خلط بينها، كما تكمن أهمية دراسة الموضوع أيضا في كونه يتمتع بأهمية نظرية وعملية.

فأما الأهمية النظرية للموضوع فنكمن في كونه ينصب على موضوع هام من مواضيع نظرية الالتزام والتي تعتبر أهم نظرية قانونية، زد إلى ذلك عدم وجود بحث يجمع كل طرق انحلال العقد خاصة الإقالة منها على حد علمي، وقلة البحوث التي تدرسها على أنها طريق خاص تنحل بها العقود

- ارتباط موضوع انحلال العقد بنظرية العقد فلا يمكن حل العقد إلا اذا كان العقد قائما وصحيحا.

-تعلق هذا الموضوع بمرحلة تنفيذ العقد، حيث فلا يمكن لأحد المتعاقدين المطالبة بفسخ العقد إلا إذا نفذ هو التزامه

1 - قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر في 14 - 2 - 1984

2- قانون الموجبات و العقود اللبناني الصادر في 9-3-1932

3 -قانون الالتزامات و العقود المغربي الصادر بالظهير الشريف رقم 1،1،140، الصادر في 16 رمضان (17 أغسطس 2011) ج ر، ع 5980

4 - الأمر القانون 89، الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات و العقود الموريتاني المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر في 7 فبراير

5 - قانون ع 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بإعادة تنظيم أحكام مجلة الالتزامات و العقود التونسية

6-القانون المدني العربي الموحد الصادر بالقرار رقم 228 في 12 - 11 - 1996

---

أما الأهمية العملية للموضوع فتظهر في أنه متعلق بالغاية التي يريجوها المتعاقد من الدخول في الرابطة العقدية بحيث إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه أو ندم على دخوله في هذه الرابطة فلا سبيل أمامه إلا حل هذه الرابطة والتحرر منها.

أمام هذه الأهمية التي يحظى بها هذا الموضوع، وأمام التناقضات التي تدور حوله أصل إلى طرح إشكالية البحث وهي:

### **ما هي طرق انحلال العقد؟**

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت البحث إلى فصلين:

- الفصل الأول: تطرقت من خلاله لانحلال العقد عن طريق الفسخ.
- الفصل الثاني: وتناولت فيه انحلال العقد عن طريق الإقالة.

**الفصل الأول:  
انحلال العقد عن طريق الفسخ**

يعتبر الفسخ أهم الطرق والوسائل القانونية التي تتحلل بها العقود وذلك باتفاق التشريعات المقارنة، حيث نظمت أحكامه وحددت شروطه ونطاقه، وأنا بدوري سأحاول أن أدرس موضوع الفسخ في هذا الفصل بحيث سأقوم بتعريفه وتمييزه عن غيره من الأنظمة وتبيان شروطه وأنواعه، ثم آثاره، وذلك وفق الخطة التي وضعتها لإنجاز هذا البحث.

المبحث الأول: مفهوم الفسخ

المبحث الثاني: تقرير الفسخ و آثاره ( أنواع الفسخ )

## المبحث الأول: مفهوم الفسخ

أتناول في هذا المبحث مفهوم الفسخ، وذلك بعرض بعض التعاريف المختلفة التي عرف بها الفقهاء الفسخ، ثم نميز نظام الفسخ عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له، ثم أتطرق إلى الأساس القانوني الذي يقوم عليه وذلك بغرض النظريات المختلفة التي أسس عليها الفقهاء الفسخ.

### المطلب الأول: المقصود بالفسخ وتمييزه الأنظمة المشابهة له

يعتبر هذا المطلب بمثابة مدخل للدراسة نظرية الفسخ حيث سنتناول مفهوم الفسخ وما يندرج تحته من عناصر وهي التعريف والشروط والتمييز، ثم الأساس الذي يبنى عليه الفسخ.

### الفرع الأول: تعريف الفسخ

قبل الخوض في نظرية الفسخ يجب أن نتضح الأفكار عن هذه النظرية وذلك بعرض التعاريف المختلفة للفسخ وكيف نشأت وتطورت نظرية الفسخ

#### أولاً: تعريف الفسخ لغة

للفسخ عدة معانٍ من حيث اللغة وبالتالي سأقتصر على بعض منها فقط:

- الفسخ إفساد الرأي.

- الفسخ: من لا يظفر بحاجته ولا يصلح لأمره كالفسخ<sup>(1)</sup>.

1 - محمد مرتضي الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 7 ط 2 / مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1980 ص

- يقال فسخت البيع بين البيعين والنكاح، أي فسخت البيع والنكاح نقطته فانقضت<sup>(1)</sup>.
- فسخ العقد هو فك تلك الرابطة التعاقدية التي نشأت بمقتضى العقد وعلى هذا فيكون فسخ العقد من إضافة الشيء إلى نقيضه فالفسخ والعقد معنيان متناقضان<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: تعريف الفسخ اصطلاحاً

لم تقم التشريعات العربية المقارنة بتقديم تعريف تشريعي للفسخ وإنما اكتفت بذكر شروطه وآثاره، وحسنا فعلت هذه التشريعات إذ ترتب عن ذلك ثراء فقهي حيث ظهرت تعريف عديدة ومختلفة للفسخ، وبمراجعة هذه التعاريف نجد أن هناك تطور من حيث مفهوم الفسخ فالفقه في عهده القديم نجده إما كان يتوسع في مفهوم الفسخ أو يخلط بين الفسخ وغيره من أنظمة انحلال وزوال العقود وذلك ما يظهر من خلال تعريف القاضي أحمد فتحي زغلول الذي يعرف الفسخ بأنه: «فسخ العقد هو إسقاط التعهدات التي كانت مترتبة عليه والفسخ أربعة أنواع بطلان، فساد، تقابل، وإلغاء»<sup>(3)</sup>.

أما الفقه الحديث وعلى اختلاف التعاريف التي قدمها للفسخ فقد تجنب ما وقع فيه الفقه القديم من خلط ولبس، وعلى اختلاف الصياغات في الفقه الحديث كما ذكرنا إلا أن الفقه الحديث في معظمه يتفق على اعتبار الفسخ أنه حل للرابطة العقدية، وأنه جزاء على عدم التنفيذ وأنه حق مخول للدائن وأن نطاقه العقود الملزمة للجانبين، ويحل العقد بأثر رجعي وبالأحرى تعبر هذه الأفكار المنطق عليها عناصر لا يكاد يخلوا منها تعريف وهو ما يظهر من خلال التعاريف الآتية:

- 1- الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد متى لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، فالفسخ هو جزاء على تعدي أحد المتعاقدين أو تقصيره المتمثل في عدم تنفيذه أو الإخلال بهذا التنفيذ أو التأخر فيه فإذا حصل هذا

1 - ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ج3، د.ط، دار صادر، بيروت، د.ت.ن، ص45

2 - محمد عبد الملك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006، ص 55.

3 - أحمد فتحي زغلول، شرح قانون المدني، المطبعة الأميرية، مصر، 1913، ص 208.

الإخلال جاز للمتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية حتى يتحرر من التزاماته الناشئة بسبب العقد<sup>(1)</sup>.

2 - الفسخ هو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي وهو جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب هو الآخر فسخه ليفلت من تنفيذ ما التزم به<sup>(2)</sup>.

3- هو حل للعقد بسبب عدم تنفيذ كلي أو جزئي للعقد وأحيانا يكون بأثر رجعي وأحيانا لا يكون بأثر رجعي<sup>(3)</sup>.

4- هو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي<sup>(4)</sup>.

### ثالثا: نقد التعاريف السابقة

وجه الفقه بعض الانتقادات للتعاريف السابقة وهي كالاتي:

- اعتبار الفسخ نظام للجزاء، ينتقد الأستاذ جميل الشرقاوي وغيره من الفقهاء<sup>(5)</sup>، الفقهاء الذين يعتبرون الفسخ نظام للجزاء فلكي يعتبر الفسخ جزء يجب أن يكون من النظام العام يثار تطبيقه كلما توفرت شروطه التي يستوجبها القانون، وإلا فإطلاق وصف الجزاء عليه غير صائب مادام تفاديه ممكنا إذا اتفقت إرادة الأطراف على ذلك<sup>(6)</sup>.

- ضيقت التعريفات السابقة من نطاق الفسخ وجعلته فقط في العقود الملزمة لجانبين وهو أمر خاطئ بحيث هنالك عقود غير ملزمة لجانبين إلا أنها تقبل الفسخ، كما أن هناك عقود ملزمة لجانبين لا تقبل الفسخ.

- قصر أصحاب التعاريف السابقة في تعريفهم للفسخ حيث أنهم لم يعطوا تعريفا جامعاً يضم كافة خصائص الفسخ وعليه يقترح الأستاذ عبد الملك محسن المحبشي تعريفا

1 - عدنان إبراهيم السرحان ونوري أحمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام (الالتزامات)، ط3، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 208.

2 - عبد الحميد الشورابي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء ط3 منشأة المعارف الإسكندرية، 1997 ص 15.

3 - مصطفى عبد السيد الخارجي، فسخ العقد دراسة مقارنة ط1، دار النهضة العربية القاهرة 1988 ص 3.

4 - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005 ص 270.

5 - مصطفى عبد السيد الخارجي، المرجع السابق، ص 13.

6 - جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني (في القانون المدني المصري) أطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول القاهرة 1956 ص 156.

للفسخ هو: «هو حل للرابطة العقدية الصحيحة الملزمة لطرفيها بسبب إخلال أحد طرفيها بالتزاماته سواء تم الاتفاق عليه أم لم يتم الاتفاق عليه ويكون بحكم قضائي بناء على طلب الدائن وتؤدي إل زوال العقد بأثر رجعي في المستقبل»<sup>(1)</sup>.

أشير أنا بدوري أنه حتى هذا الأستاذ في تعريفه هذا قد ضيق من نطاق الفسخ فجعله فقط في العقود الملزمة لجانبين، كما أنه لم يشر إلى أن الفسخ في بعض أحواله يتم بقوة القانون.

#### رابعاً: مفهوم الفسخ لدى بعض التشريعات العربية

**1- في لبنان:** يميز القانون والفقهاء في لبنان بين حالتي زوال العقد بالنظر إلى الأثر المترتب على انحلاله، فعندما يكون لحل العقد أثر رجعي بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن، فيعبر على الحل في هذه الحالة بمصطلح الإلغاء، أما إذا اقتصر أثر حل العقد على المستقبل فقط دون أن يكون له أثر رجعي يمس وجود العقد في الماضي عندئذ يطلق اصطلاح الفسخ<sup>(2)</sup>.

#### 2- المشرع التونسي:

أطلق المشرع التونسي مصطلح الفسخ على الإبطال وذلك في الفصول 43 و 61 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية<sup>(3)</sup>.

#### خامساً: تعريف الفقه الفرنسي للفسخ

لا يختلف الفقه الفرنسي عن نظيره العربي فتعاريفه قريبة جداً من تعاريف الفقهاء العرب، كون الفقه في البلاد العربية متأثر وإلى حد كبير بالفقه الفرنسي كون هذا الأخير المصدر الأساسي والتاريخي له يعرف الأستاذ Christian Larroumet الفسخ بقوله «فسخ العقد هو حل لهذا العقد نظراً لعدم تنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد من طرف أحد أطراف

1 - عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق ص 59.

2 - محمد لبيب شنب موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970، ص 28.

3 - مصطفى إبراهيم الزلمي نظرية الالتزام، برد غير المستحق، دراسة مقارنة، إحسان للنشر، بغداد، 2014، ص 146.

هذا العقد «<sup>(1)</sup>، ويعرفه الأستاذ Marcel Planiol بأنه «انتهاء العقد بأثر رجعي نتيجة سبب غير البطلان»<sup>(2)</sup>.

### سادسا: تعريف الفقه الإسلامي للفسخ:

يعرفه الفقيه الحنفي ابن نجيم بقوله «هو حل ارتباط العقد»<sup>(3)</sup>. ويعرف أيضا بـ «الفسخ هو رفع جميع أحكام العقد وآثاره واعتباره كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل»<sup>(4)</sup>.

### سابعا: نشأة وتطور نظرية الفسخ:

لم تصل نظرية الفسخ إلى التشريعات الحديثة إلا بعد تطور مر بمراحل عدة

#### 1- فسخ العقود عند اليونان:

يبين plato في كتابه Utopia (المدينة المثالية) أن هناك حالات يلجأ فيها المتعاقدان إلى المحاكم العشائرية عند فشلها في إبرام العقد الذي تراضيا عليه، ومن هذه الحالات يذكر اقتراف عمل جرمه القانون، أو أن يتم التعاقد تحت وقع الإكراه، أو أن تحول الحوادث دون إنجاز العقد، وبالتالي تفصل المحاكم العشائرية في مثل هذه الوقائع وذلك في حال عدم تسوية هذه الأوضاع وديا بين الأطراف، يفهم من هذا أن العقود لدى اليونان تفسخ بالتراضي، أو الإقالة أو بحكم القاضي<sup>(5)</sup>.

#### 2- فسخ العقود لدى الرومان:

لم يتضمن القانون الروماني نص صريح يبين فيه في أي حالة يمكن للمتعاقد الذي نفذ التزامه أن يتحلل من هذا الالتزام في حال عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، يمكن تبرير غياب مبدأ فسخ العقود في القانون الروماني بالمبررات الآتية.

- تأخر ظهور مبدأ ترابط الالتزامات في روما.

1 - Christian Larroumet, Droit civil, les obligations T3, 4<sup>ème</sup> éd, éd economica, Paris, 1998, p 751.

2 - نقلا عن حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول القاهرة، 1946، ص 23.

3 - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط 1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 292.

4 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ج ك<sup>5</sup>، ط 2، ذات السلاسل للطباعة، الكويت، 1986، ص 525.

5 - أسمادي محمد نعيم، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، د.ط، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 48.

- طغيان الطابع الشكلي على العقود حتى أصبح الرومان يعتقدون أن الالتزام ينشأ باستيفاء هذه الشكليات ثم أخذ الرومان يعترفون تدريجيا بمبدأ ترابط الالتزامات، فلم تعد العقود شكلية بصفة مطلقة كما كانت بل ظهرت هناك عقود رضائية، لكن ورغم هذا التطور الذي عرفه القانون الروماني إلا أنه لم يتوصل إلى استعاب وتحديد كل ما يمكن أن يترتب عن ترابط الالتزامات، ولقد رأى فقهاء ذلك العهد أن الالتزامات تكون مترابطة فقط في مرحلة تكوين العقد وليس في مرحلة تنفيذه.

ترتب عن غياب أحكام ونصوص تنظم الفسخ أن تبنى القانون الروماني نظامين متعارضين.

- النظام الأول يرفض الفسخ وهو المطبق في عقد البيع.

- النظام الثاني يكرس الفسخ وهو المطبق في العقود الغير المسماة.

يعتبر عقد البيع أهم العقود التي يتجلى فيها كيف أن القانون الروماني قد أساء فهم فكرة ترابط الالتزامات وكيف أن الشكلية المطلقة كانت عائقا دون إمكان فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>، فمثلا وفي عقد البيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن بعد أن تسلم المبيع من البائع، فهذا الأخير لا يستطيع أن يتحلل من التزامه أو أن يطلب باسترداد المبيع، يمكنه فقط رفع دعوى شخصية ناشئة عن العقد تجيز له المطالبة بدفع الثمن، دون أن يتحلل من التزاماته المتولدة عن ذات العقد ولا يستطيع فسخ العقد<sup>(2)</sup>.

أما في العقود الغير مسماة والتي كانت عقودا رضائية ومن أمثلتها عقد المقايضة وعقد الصلح وعارية الاستهلاك والوعد بجائزة، فقد اعترف فقهاء الرومان في هذه العقود للمتعاقد الذي نفذ التزامه إذ لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه أن يرفع دعوى الاسترداد وهي أول دعوى اعترف بها الرومان ترمي إلى فسخ العقد<sup>(3)</sup>

1 - Michel Monod، la résolution des contrat synalagmatique parfait Thèse de doctorat Université de lausanne 1986، éd Chablez S . A. Tolochenaz، 1987، p p 16-17.

2 - بلعبيور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 20.

3 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 11، 12.

### 3-فسخ العقد في القانون الكنسي:

لا ريب في أن نقول بأن فقهاء القانون الكنسي هم من شيد وأسس نظرية الفسخ، فقد عرف هذا القانون فكرة ترابط الالتزامات في العقود الملزمة لجانبين، ومنذ القرن 12م وبفضل الفقيه huguccio الذي استنتج وصاغ قاعدة « Non sevandi fidem non est fides servanda»، « لا يراعي عهد من لا يراعي عهده» ففي العقود الملزمة لجانبين إذا لم ينفذ أحد الأطراف التزامه فإن الطرف الآخر يتحلل من التزامه، واستأنف العمل بهذه القاعدة لدى البابوية (Papaute) وأقروا للدائن الحق في التحلل من التزامه والمطالبة بفسخ العقد وذلك بأن يرفع دعواه إلى محكمة الكنيسة التي تقضي له بزوال الرابطة التعاقدية، يفهم من ذلك أن الفسخ كان قضائي<sup>(1)</sup>.

### 4-فسخ العقد في القانون الفرنسي:

نقل القانون الفرنسي القديم نظام الفسخ من القانون الكنسي إلا أن فقهاء القانون الفرنسي القديم قد تأثروا بالقانون الروماني كثيرا فأسسوا الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح وبالتالي لا يمكن فسخ العقود التي لم تتضمن هذا الشرط، وأصبح هذا الشرط مفترضا في كل العقود عند عدم التنفيذ.

أما القانون الفرنسي الجديد فقد تبنى أيضا نظام الفسخ المعروف في القانون القديم ونص في م 1184 على جواز الفسخ في حال عدم التنفيذ وأكد على أن الفسخ يكون بحكم من القضاء<sup>(2)</sup>

### 5-فسخ العقد في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقه الإسلامي نظرية عامة للفسخ تطبق على جميع العقود كلما اقتضى الأمر الفسخ<sup>(3)</sup>، فالأصل في الشريعة الإسلامية عدم جواز الفسخ في العقود باستثناء عقد البيع والإيجار<sup>(4)</sup>، لأن الفقه الإسلامي لا يعرف فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة فكل التزام مستقل عن الآخر، ففي عقد البيع مثلا فإن التزام المشتري هو دفع الثمن والتزام البائع هو

1 - حسن على الذنون المرجع السابق، ص 13 و 18 - Michel Monod Op cit p 13

2 - بلعبور عبد الكريم، المرجع سابق، ص 51، 52.

3 - عبد الرحمن الشواربي، المرجع سابق، ص 7

4 - خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن

عكنون، 2005، ص.172

نقل الملكية وفي حال عدم تنفيذ أحدهما للالتزامه فإن الدائن لا يجوز له المطالبة بالفسخ بل يطلب التنفيذ.

استثناء على قاعدة عدم جواز الفسخ في العقود فإنه يجوز فسخ العقد إما لهلاك المحل أو لفوات المصلحة المرجوة منه<sup>(1)</sup>.

يجدر التنبيه إلى أن الفقه الإسلامي قد يطلق مصطلح الفسخ فيراد به إما البطلان أو انحلال العقد نتيجة شرط أعمله المتعاقدان<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الأنظمة المشابهة له

تعددت الأنظمة التي تتحل بها الرابطة العقدية والتي يعتبر الفسخ واحدا منها، فكما أن هذه الأنظمة تشترك في أنها تزيل العقد ما يعني وجود صلة بين الفسخ وهذه الأنظمة وعليه يجب التمييز بين الفسخ وهذه الأنظمة لمعرفة أوجه الشبه والاختلاف بينهم.

#### أولاً: تمييز الفسخ عن البطلان:

ظهر اتجاه في الفقه يرغب التقريب بين البطلان والفسخ، بيد أن الفسخ والبطلان النسبي يكون العقد في كل منها موجود، ولا ينحل أو يزول إلا بالقضاء بالبطلان أو الفسخ فمحاولة التقريب بين البطلان و الفسخ أمر غير سليم لفروق عديدة وجوهرية بينهما<sup>(3)</sup> وذلك ما سيتبين في الآتي:

#### 1 - أوجه الشبه:

يتفق الفسخ مع البطلان في أنهما يزيلان الرابطة التعاقدية<sup>(4)</sup>، يلتقي الفسخ والبطلان على وجه الخصوص في كونها يهدفان إلى حماية مصلحة الدائن دون مصلحة المدين<sup>(5)</sup>.

#### 2- أوجه الاختلاف:

يختلف الفسخ عن البطلان في هذه الأوجه :

1 - عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة 1995 ص 327

2 - محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء، ط3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ت.ن، ص12

3 - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص 463.

4 - جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق ص173

5 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 120

### أ - من حيث السبب:

سبب الفسخ هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته سواء كان عدم التنفيذ بسبب المدين أو بسبب أجنبي.

أما البطلان فسببه تخلف أحد أركان العقد الأساسية وهذا هو البطلان المطلق، أما البطلان النسبي فسببه نقص أهلية أحد المتعاقدين، أو عيب شاب رضاه وإرادته<sup>(1)</sup>.

### ب - من حيث النطاق:

ينحصر نطاق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين أما البطلان فينطبق على سائر العقود سواء كانت ملزمة لجانب واحد أو ملزمة لجانبين<sup>(1)</sup>.

### ج - من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية قبل الحكم بالفسخ، فإما أن يحكم بالفسخ لصالح الدائن أو أن يرفض الحكم به، أما البطلان فليست له فيه أية سلطة عليه أن يحكم به كلما توفرت شروطه القانونية<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: تمييز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ

سنت التشريعات عدة وسائل للحماية الدائن من تصرفات المدين ومنها الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لذا وجب التمييز بينهما ومعرفة أوجه الشبه و الاختلاف بينهما

#### 1-أوجه الشبه:

يتفق الفسخ مع الدفع بعدم التنفيذ في أنهما يعتبران من وسائل انحلال الرابطة التعاقدية.

كما أن الفسخ والدفع بعدم التنفيذ يلتقيان في السبب وهو عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته التعاقدية.

يتفقان أيضاً في الأساس والطبيعة، فأساس كل من الفسخ والدفع بعدم التنفيذ فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة أو السبب، ومن حيث الطبيعة فإن كل منهما يعتبر جزاء قانونياً على الامتناع عن التنفيذ، فكل منها ضمان للدائن وجزاء للمدين<sup>(3)</sup>.

1 - محمد عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص 61

2 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 123

3 - عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص 79.

## 2 - أوجه الاختلاف:

يختلف الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ من عدة نواحي هي :

**أ - من حيث الأثر القانوني:** يؤدي الفسخ إلى حل العقد بأثر رجعي يعيد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، أما الدفع بعدم التنفيذ فليس له هذا الأثر فهو عبارة عن إجراء تأجيلي تتوقف الالتزامات على إثره ولكنها لا تزول.

**ب - من حيث الإعذار:** عندما يطالب أحد المتعاقدين الفسخ، فإنه يجب أن يعذر الطرف الآخر، أما في حالة الدفع بعدم التنفيذ فلا يشترط الإعذار ذلك أن الدفع في حد ذاته يعتبر إعذاراً.

**ج - من حيث السلطة التقديرية للقاضي:** لا يمكن فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء، بينما في مجال الدفع بعدم التنفيذ يمكن يوقعه الدائن دون اللجوء إلى القضاء فلا حاجة لرفع دعوى قضائية، أما إذا عارض المدين وأراد اللجوء إلى القضاء فإن دور القاضي يقتصر على التحقق من توفر شروط الدفع فإن توفرت شروطه أقره وإن تخلفت لا يحكم به<sup>(1)</sup>.

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ مرحلة تمهيدية فلمعمول به غالباً أن الدائن لا يقوم بالفسخ إلا بعد الدفع بعدم التنفيذ<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً : تمييز الفسخ عن الإلغاء

نميز هنا بين الفسخ والإلغاء وذلك بعرض أوجه الشبه و الاختلاف بينهما

#### 1 - أوجه الشبه:

يتفق الفسخ مع الإلغاء في حل الرابطة التعاقدية فهما من الوسائل التي تنحل بها العقود.

#### 2 - أوجه الاختلاف:

الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ الالتزامات، يستعمله الطرف الذي نفذ التزامه في حال عدم تنفيذ الطرف لآخر لالتزاماته، أما الإلغاء فهو حق قرره القانون للمتعاقدين، في حال لم تعد لأحدهما أو لكليهما مصلحة من البقاء في إطار الرابطة التعاقدية.

1 - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص ص 155، 156.

2 - عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق ، ص 79.

لا ينقرر الفسخ إلا بحكم قضائي، أما الإلغاء، فإنه وكقاعدة عامة يمارسه من تقرير لمصلحته بإرادته المنفردة في بعض الحالات التي أجاز القانون ذلك.

يؤدي الفسخ إلى حل العقد بأثر رجعي تزول بمقتضاه كافة آثاره ويصبح كأن لن يكن، بتالي يمكن أن يمس حقوق الغير حسن النية، أما الإلغاء فليس له أثر رجعي ويحل العقد بالنسبة للمستقبل فقط، فإمكان أن يمس بحقوق الغير مستبعد.

ينحصر نطاق الفسخ على العقود الملزمة لجانبين أما الإلغاء فيطبق على كافة العقود سواء كانت ملزمة لجانب واحد أم لجانبين<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: تمييز الفسخ عن المسؤولية العقدية

يوجد بين الفسخ و المسؤولية العقدية أوجه تشابه كما يوجد بينهما أيضا أوجه اختلاف تميزهما عن بعضها

##### 1- أوجه الشبه:

يقصد بالمسؤولية العقدية الجزاء الذي يترتب عليه القانون نتيجة عدم قيام المدين بالتزاماته التعاقدية وكذلك الفسخ فهو جزاء على عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية<sup>(2)</sup>، فالمسؤولية العقدية والفسخ يتفقان في كونهما جزاء قانوني.

##### 2- أوجه الاختلاف:

يختلف الفسخ عن المسؤولية العقدية من عدة نواحي هي :

##### أ- من حيث الجزاء:

يعتبر الفسخ والمسؤولية العقدية جزاء يترتب عليه القانون على المدين الذي لم ينفذ التزاماته، وهذا الجزاء هو حق في يد الدائن فله الخيرة أن يحاسب المدين إما عن طريق الفسخ أو عن طريق المسؤولية العقدية، إذا اختار الدائن محاسبة المدين عن طريق الفسخ فإنه يفترض أن المدين لم ينفذ التزامه سواء كان سبب عدم التنفيذ راجع إلى المدين أو إلى سبب أجنبي فحق الدائن لا يسقط في كلتا الحالتين.

1 - مليكه مراد، إلغاء التصرف القانوني، مذكرة ماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2010، ص 40.

2 - حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 9.

أما إذا حاسب الدائن مدينة عن طريق المسؤولية العقدية فإن الأمر يختلف عن عدم التنفيذ الراجع لسبب أجنبي، ففي الحالة الأولى تقوم المسؤولية العقدية وفي الثانية تنتفي<sup>(1)</sup>

### ب - من حيث الضرر:

يعتبر الضرر شرط من شروط قيام المسؤولية العقدية، فلا يمكن أن تقوم المسؤولية العقدية بدون وجود ضرر وإن لم ينفذ المدين التزامه، أما في الفسخ فيكفي تحقق عدم التنفيذ حتى ينشأ الحق بالمطالبة بالفسخ لصالح الدائن، إلا أن هذا لا ينفى أن يتضرر الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية وهو سبب للفسخ فيطلب الدائن الفسخ لعدم التنفيذ وليس للضرر<sup>(2)</sup>.

### ج- من حيث الأثر القانوني:

يختلف الفسخ عن المسؤولية العقدية من حيث الآثار التي تترتب عنه، فتحقق المسؤولية العقدية لا ينحل العقد بموجبها بل تعتبر تنفيذا عن طريق التعويض، وغاية ما في الأمر أنه تم استبدال التنفيذ العيني وهو الأصل، بالتنفيذ عن طريق التعويض. في حين أنه إذا تحقق الفسخ بأي صورة من صوره فإن العقد ينحل بأثر رجعي ويعود الأطراف إلى ما كان عليه قبل التعاقد<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثالث: شروط الفسخ

يمكن أن نقسم شروط الفسخ إلى قسمين، القسم الأول من الشروط متعلق بالعقد المراد فسخه، أما القسم الثاني فمتعلق بالمتعاقد الذي يطلب الفسخ.

### أولاً: الشروط المتعلقة بالعقد

يجب أن تتوفر هذه الشروط في العقد المراد فسخه وهي أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه .

1 - بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 135، 136.

2 - حمو حسينة، المرجع السابق، ص 9.

3 - المرجع نفسه، ص 11.

## 1- أن يكون العقد ملزماً للجانبين:

تشكل العقود الملزمة للجانبين النطاق الخاص الذي تطبق عليه نظرية الفسخ، ويبرر ذلك بكون العقود الملزمة للجانبين تكون فيها الالتزامات المتقابلة مترابطة، فإذا امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه فلا حاجة للطرف الآخر أن يبقى على التزامه بل يمكنه أن يتحلل منه عن طريق الفسخ<sup>(1)</sup>، وقد نصت التشريعات على هذا الشرط في المواد 119 ت.م.ج، 157 ت.م.م، 246 ت.م.أ، 241 ت.م.م.ع، 128 ت.م.م.س، 224 ت.م.ي، 140 ق.م.ب، أما القانون التونسي فلم ينص على هذا الشرط صراحة في الفصلين 273، 274 من م.إ.ع.ت، يرى الفقه في تونس أن اشتراط هذا الشرط صراحة غير لازم فهو أمر بديهي<sup>(2)</sup>، والشيء نفسه ينطبق في نظري على الفصل 159 ت.إ.م.غ و ف، 276 ت.إ.ع.م.ر، فمادام أن هناك دائن ومدين يفترض أن تكون الالتزامات متقابلة فإذا أخل أو تماطل المدين على حد تعبير هذه التشريعات عن تنفيذ التزاماته حق للدائن المطالبة بالفسخ. يعتبر هذا الشرط عام في جميع أنواع الفسخ سواء كان بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون<sup>(3)</sup>.

إذا كان المبدأ يقضي أن الفسخ يطبق على العقود الملزمة للجانبين كونها تتوفر فيها حكمة الفسخ فإن هذا المبدأ يمكن أن ترد عليه استثناءات وهي أن هناك عقوداً ملزمة للجانبين الفسخ فيها مستبعد، وهناك عقود ملزمة لجانب واحد يتقرر فيها الفسخ<sup>(4)</sup>، ومن أمثلة هذه العقود عقد الرهن فهو عقد ملزم لجانب واحد رغم ذلك يمكن فسخه ولو أن بعض الفقه يرى في هذا الجزاء ليس فسخاً وإنما هو سقوط ويرى البعض الآخر أن هذه العقود ملزمة لجانبين<sup>(5)</sup>.

1 - Jean Carbonnier, Droit civil, les obligation, t4, éd 10, press universitaire de France, Paris, 1979, p 299.

2 - علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص 427.  
3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 788.

4 - Jean Carbonier op cit p299.

5 - علي كحلون المرجع السابق، ص 427.

هناك عقود ملزمة للجانبين إلا أنه لا يمكن تطبيق الفسخ عليها مثل عقد القسمة نظرا لتهديده مصالح العائلة في حالة فسخه<sup>(1)</sup>.

أما العقود الملزمة لجانبين وكما أسلفنا فإن الفسخ يرد عليها سواء كان العقد زمنيا أو فوريا فالعقود الزمنية هي العقود التي يعتبر الزمن شرطا جوهريا فيها كعقد الإيجار، أو فوريا لا عبرة فيه للزمن كعقد البيع، فإذا كان الفسخ يرد على العقود سواء كانت زمنية أو فورية، إلا أن آثار كل منهما تختلف وذلك ما سأطرق له لاحقا<sup>(2)</sup>.

**2- أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه:** يعتبر هذا الشرط شرط جوهرى للمطالبة بالفسخ<sup>(3)</sup>، فلا يمكن للمتعاقد المطالبة بالفسخ إلا إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزاماته وأن يكون عدم التنفيذ راجع إلى المدين<sup>(4)</sup>، أما إذا كان سبب عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي فإن العقد يفسخ بحكم القانون أما عدم التنفيذ الراجع إلى فعل المدين يستوي أن يكون بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه أو تأخر في التنفيذ، أو نفذ الالتزام تنفيذا معيبا كالمقاول الذي يمتنع عن إقامة المنشآت التي تعهد بإقامتها، أو أن يكون عدم التنفيذ نتيجة أفعال قام بها المدين وجعلت التنفيذ مستحيلا كالمؤجر الذي يهدم البناء المؤجر بعد تأجيله<sup>(5)</sup>.

طلب الفسخ حق مخول للدائن سواء كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه كليا أو جزئيا وللقاضي سلطته التقديرية في حالة عدم التنفيذ الجزئي، حيث يجوز له أن يحكم بفسخ جزء من العقد دون الجزء الآخر إلا إذا كان العقد لا يحتمل التجزئة أو كان الجزء الذي لم ينفذ هو الجزء الأساسي في الالتزام<sup>(6)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه جاز للمتعاقد الآخر إما المطالبة بالفسخ كما بينا أو طلب التنفيذ العيني، فإن استعمل أحد هاتين الوسيلتين فلا مانع من تركها واستعمال الوسيلة الأخرى، كأن يطلب التنفيذ ثم يعدل عنه لطلب الفسخ أو العكس ما لم يصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي به.

1 - Mazeaud et Chabas, Leçon de droit civil obligation, t1, 9éd, montchrestien Delta, 2000, p1142.

2 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 26.

3 - محمد أبيب شنب، المرجع السابق، ص 228.

4 - جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 430.

5 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2008، ص 308.

6 - عبد المنعم فرج العدة، نظرية العقد، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 587.

إذا طالب الدائن الفسخ فللمدين أن يعترض عن طلب الفسخ وذلك بأن يعرض التنفيذ أثناء النظر في الدعوى، وللقاضي أن يقدر العرض الذي قدمه المدين فإن كان كافياً ومسبباً منع الفسخ وإن كان غير ذلك حكم بالفسخ<sup>(1)</sup>.

يجوز للدائن أيضاً الخيار بين فسخ العقد والمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: الشروط المتعلقة بطالب الفسخ:

يتعين على طالب الفسخ أن يستوفي هذه الشروط حتى يتسنى له مباشرة هذا الحق

**1 - أن يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه وقادر على إعادة الحال إلى ما**

**كانت عليه:**

يقضي المنطق أن لا يطالب أحد المتعاقدين الفسخ إلا إذا كان هو قادر و مستعد أن ينفذ التزامه المقابل، فإذا كان هو قد أخل بتنفيذ التزامه فإنه لا يحق له المطالبة بالفسخ، فإذا كان من آثار الفسخ أنه يعيد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد لذلك فلا يقضي بالفسخ إلا إذا كان طالب الفسخ قادر على رد ما أخذه أي قادر على إعادة الحال إلى ما كانت قبل التعاقد<sup>(3)</sup>.

إذا تسلم طالب الفسخ شيئاً من الطرف الآخر وهو بدوره تصرف في الشيء الذي تسلمه وذلك بنقله إلى شخص آخر فإنه لا يستطيع أن يسترد الشيء الذي سلمه لأنه ضامن له، والضمان والاسترداد لا يجتمعان ومن ثم لا يجوز له المطالبة بالفسخ كون الشيء الذي أخذه لم يعد في حوزته بل يطالب فقط بالتنفيذ أو التعويض<sup>(4)</sup>.

أما إذا كان المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله فإن ذلك لا يمنع من الفسخ في هذه الحالة يحكم على المدين بالتعويض<sup>(5)</sup>.

1 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج2، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص1098.

2 - السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 792.

3 - مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 249.

4 - سمير تناغوا، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 190.

5 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 33.

## 2 - عدم تنازل المتعاقد عن حقه في الفسخ:

طلب الفسخ حق محول للدائن ولا تعلق له بالنظام العام، فقد يعمل المتعاقد الذي تقرر لمصلحته وقد يتنازل عنه صراحة أو ضمناً، كذلك يجوز الاتفاق على عدم الفسخ رغم تحقق سببه وهو عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>، أما النزول عن الفسخ قبل تحقق سببه فقد ثار خلاف حوله في الفقه، هناك اتجاه يرى عدم جواز النزول عن طلب الفسخ قبل تحقق سببه، والاتجاه الثاني يرى جواز ذلك وهو الذي يؤيده الأستاذ عبد الحي حجازي أما التنازل عن الفسخ بعد تحقق سببه فجائز بلا خلاف<sup>(2)</sup>.

أما السكوت عن المطالبة بالفسخ مدة معينة لا يعتبر نزولاً ضمناً عن هذا الحق، فإذا طالب المتعاقد بالتنفيذ العيني فإن ذلك لا يسقط حقه في المطالبة بالفسخ، بل يجوز للمتعاقد التمسك بالفسخ أمام محكمة درجة الثانية (مجلس القضاء) فهذه الدعوى لا تمثل طلباً جديداً يضاف إلى دعوى التنفيذ فهما أي الدعويين يجمعهما المحل والسبب.

قد تتجه نية المدعي إلى التنازل عن الفسخ صراحة وذلك باتخاذ موقف صريح الدلالة على اتجاه نية المدعي إلى الفسخ، وقد يقترن السكوت بظروف وملابسات معينة يمكن أن تستنبط منها الإدارة الضمنية المتجهة إلى النزول عن هذا الحق مثلاً رضاء البائع بتصرف المشتري في الشيء المبيع<sup>(3)</sup>.

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 247.

2 - السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، هامش ص 791.

3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 249.

## المطلب الثاني: الأساس القانوني للفسخ

لا زال الأساس الذي يقوم عليه الفسخ محل جدال نقاش حاد بين الفقهاء والشراح، وقد ظهرت عدة نظريات في تأسيس الفسخ<sup>(1)</sup>، منها نظريات حظيت بالقبول والشهرة ومنها من هي خاصة بأصحابها وذلك ما سأحاول تبينه في هذا المطلب.

### الفرع الأول: تأسيس الفسخ على أساس نظرية الشروط

تعتبر نظرية الشروط تطبيقاً لنظرية حرية التعاقد التي تقضي بجواز أن يشترط المتعاقدان ما يشاءان من الشروط، شرط أن لا تخالف النظام العام والآداب<sup>(2)</sup>. يعرف الشرط على أنه « وصف يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف الالتزام على تحققه ولا يكون داخلاً في العقد ولا عنصراً من عناصره، فإذا لم يتحقق الشرط انتفى الالتزام تبعاً له ويعرف في هذه الحالة بالشرط الواقف، وقد يزول بتحقيقه الالتزام ويسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ»<sup>(3)</sup>.

يهمني في هذه الدراسة الشرط الفاسخ الذي يمكن أن يكون صريحاً كما يمكن ضمناً، بتالي تقضي الضرورة التمييز بينهما.

يعتبر الشرط الفاسخ صريحاً عندما يتفق الأطراف على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغة صريحة الدلالة في وقوع الفسخ من تلقاء نفسه، وليس فيه للمحكمة أي سلطة تقديرية، وليس لها أن تمنح المدين مهلة الميسرة، وليس للمدين الحق في عرض تنفيذ التزامه.

أما الشرط الفاسخ الضمني يكون إذا لم يتفق الطرفان على إدراج شرط فاسخ صريح، أو جاءت صيغة الاتفاق عامة غير صريحة على وجوب الفسخ في حالة الإخلال بالالتزام، هنا يحكم بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني، وهذا الشرط خاضع لتقدير القاضي<sup>(4)</sup>.

1 - ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج الأول، المجلد الأول، القسم 3، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، 2002، ص 452. وانظر للمؤلف نفسه، الوجيز في شرح القانون المدني، ج 1، ط 2، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 438.

2 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 65 .

3 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 87.

4 - أمينة ناعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي، على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء المغرب، 2007، ص 195 =.

## أولاً: الشرط الفاسخ الصريح

أسس الرومان الفسخ على أساس شرط فاسخ صريح يدرج في العقد إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد، أما إذا لم يتضمن العقد هذا الشرط فلا مجال للمطالبة بالفسخ.

### - نقد النظرية

يفضي بنا تأسيس الفسخ على أساس شرط فاسخ صريح إلى عدم جواز فسخ العقود التي لم تتضمن هذا الشرط، كما أن المادة 119 ت.م.ج تقضي بجواز الفسخ ولو لم يتضمن العقد هذا الشرط.

- إذا أسس الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح فإن بمجرد تحقق هذا الشرط يفسخ العقد بقوة القانون في حين أن القانون يشترط صدور حكم قضائي يقرر الفسخ<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الشرط فاسخ الضمني:

أسس القانون الفرنسي الفسخ على أساس شرط فاسخ ضمني مفترض في كل العقود الملزمة للجانبين، ويعود أصل هذه الفكرة إلى القانون الكنسي، ومنه انتقلت هذه النظرية إلى مدونة نابليون ونص عليه م. 1184 C.C.F.R، يفسر الأستاذ Baudry-Lacantinerie هذه المادة بقوله<sup>(2)</sup>:

- إن القانون قد فسر إرادة الأطراف المبرمة للعقد الملزم للجانبين، على أنها اتفقا ضمناً على أنه في حال عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته يجوز للطرف الآخر المطالبة بالفسخ، يرى المحامي Bigot de préameneu أن كل طرف في العقود الملزمة للجانبين

= و انظر أنور الطلبة، نفاذ وانحلال عقد البيع، دار الكتب القانونية القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د.ت.ن، ص 390.

1 - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 90 .

2 - المرجع نفسه، ص 91، وتنص المادة 1189:

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement ».

يتعاقد على أساس وجود شرط فاسخ ضمني يمكنه أن يطلب فسخ العقد إذا لم يفِ الطرف الآخر بالتزاماته<sup>(1)</sup>.

يتحقق الشرط الفاسخ الضمني بإثبات عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته التعاقدية، مثلا عدم دفع المستأجر بدل الإيجار للمؤجر، أو أن المدين قام بعكس ما توعد به كذلك يجب أن تكون واقعة عدم التنفيذ غير مبررة لأنه إن وجد ما يبرر عدم تنفيذ المدين لالتزامه فلا داعي للفسخ<sup>(2)</sup>.

### - نقد النظرية

تعددت الانتقادات التي وجهها الفقهاء لهذه النظرية وسأقتصر على أهمها لتعدها: ينفذ الأستاذ Henri Capitant المصدر التاريخي للمادة 1184، ويرى بأنه لا يوجد توافق بينما يسمى بـ *lex commissoria* والفسخ، *lex commissoria* هو شرط خاص لا يتعلق بكل حالات عدم التنفيذ في عقد البيع، فهو شرط خاص بحالة عدم دفع المشتري الثمن على الوجه المتفق عليه، كما أن هذا الشرط خاص بالبائع وليس بالمشتري كذلك لا يمكن اعتبار *lex commissoria* شرط ضمني في كل العقود فهو خاص بحالة عدم دفع الثمن، وهو وسيلة حمائية بيد البائع دون المشتري، وبالتالي لا علاقة له بنظرية الفسخ. أما الأستاذ Le Peltier يرى أن لهذه النظرية آثار خطيرة، كون تحقق الشرط الفاسخ ينتج عنه انفساخ العقد من تلقاء نفسه، كما أنه على القاضي احترام إرادة الأطراف في طلب الفسخ، فليست له أي سلطة تقديرية، فلا يمكنه أن يرفض الفسخ ولا يمكنه أن يمنح المدين مهلة الميسرة للوفاء وتجنب الفسخ<sup>(3)</sup>.

1 - G Baudry-Lacantinerie, L. Barde, Traité théorique et pratique de de droit civil, (des obligations) T 2, 3<sup>ème</sup> éd., librairie de la société du recueil, Paris, 1907, paragraphe 902, p 94.

2 - Théophil Huc, Commentaire théorique et pratique, du code civil, T 7 Librairie cotillon, Paris, 1894, p 361.

3 - *lex commissoria*: هو شرط مدرج في عقد البيع بواسطته يعلن البائع فسخ العقد، إذا لم يدفع له الثمن من قبل المشتري ونادرا ما يستعمل هذا الشرط خارج عقد البيع ونجده فقط في عقد الرهن، حيث يعتبر وسيلة في يد الدائن المرتهن تمكنه من الاحتفاظ بملكية الشيء المرهون، إذا لم يدفع المدين المرتهن في الأجل المتفق عليه، انظر:

- Léopold Cesare, De la *lex commissoria* dans la vente, en droit romain, Alphonse Serenne, Paris, 1881, p 10 ext.

كذلك يترتب على هذه النظرية فقدان الدائن الخيار بين التنفيذ العيني والفسخ لأن العقد يفسخ بمجرد تحقق الشرط<sup>(1)</sup>.

خلاصة لما سبق فإن نظرية الشرط الفاسخ الضمني نظرية وهمية، لا تقوم على اعتبارات واقعية فهي مجرد فرض ووهم لا أساس له فلا يوجد ما يدل صراحة على أن المتعاقدين قد ضمنا العقد الشرط، لأنهم لو فكروا في هذا الشرط لنصوا عليه صراحة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: فكرة العدالة كأساس للفسخ

ذهب فريق من الفقهاء إلى تأسيس الفسخ على أساس فكرة العدالة، وتقضي فكرة العدالة أن تكون الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين متوازنة، فإذا امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه بعضه أو كله اختل التوازن وبالتالي جاز للطرف الآخر التحلل من التزامه عن طريق الفسخ<sup>(3)</sup> هذا من جهة.

تقضي فكرة العدالة من جهة أخرى في العقود الملزمة للجانبين بعدم إلزام أحد الأطراف التقيد بالعقد إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، فلا ضرورة للبقاء على هذا العقد كون ذلك مناف لقواعد العدالة<sup>(4)</sup>.

يرى أنصار هذه النظرية أن الفسخ يقوم على فكرة العدل حتى في القانون الكنسي وعليه قامت دعوى الاسترداد في القانون الروماني<sup>(5)</sup> ومن المؤيدين لهذه النظرية الأستاذ مصطفى السيد الجارحي حيث يقول: "إننا نعتقد بجانبنا أن فكرة العدالة وحدها هي التي تبرر إعطاء المتعاقد حق طلب الفسخ".

### - نقد النظرية

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات ومما وجه لها من انتقاد نجد:

1 - Michel Monod، op.cit، p p 60 - 62.

2 - عبد الملك محسن الحبشي، المرجع السابق، ص 92، ومصطفى السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 8.

3 - ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 453.

4 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 103.

5 - حول القانون الروماني البائع إذا لم يدفع المشتري الثمن أن يطالبه برد المبيع بدعوى القسم القانونية وفيها يلتزم المشتري برد المبيع مع الغرامة، انظر: عبد السلام ترماني، محاضرات في القانون الروماني، السنة الأولى، مطبوعات جامعة حلب، كلية الحقوق، حلب، 1965، ص 211.

- يقول الأستاذ الذنون: « نحن نرفض هذا الرأي ونستبعده ذلك أن فكرة العدالة فكرة وهمية وهي لا تصلح في نظرنا أن تكون أساسا للنظام قانوني معين ونحن لا نلتجئ إلى هذه الفكرة إلى حيث يعوزنا نص أو دليل».
- الأخذ بفكرة العدالة كأساس للفسخ يعني جعلها فكرة لخدمة الدائن دون المدين، في حين أن فكرة العدالة في جوهرها تحمي حق كل من الدائن والمدين معا دون تمييز.
- فكرة العدالة لها طابع أخلاقي وهي فكرة مرنة تشمل كل الأنظمة القانونية والأخلاقية بينما الفسخ لا يتعدى مجال تطبيقه العقود الملزمة للجانبين<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: فكرة ترابط الالتزامات كأساس للفسخ

- يذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تأسيس الفسخ على فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، وتعرف هذه الفكرة على أنها قيام حالة من التقابل بين الالتزامات على عاتق الطرفين، مما يجعل تنفيذ التزام أحدهما مرتبط بتنفيذ التزام الآخر، وتقوم هذه الفكرة على ركنين هما:
- أن يكون التزام أحد الطرفين مقابل لالتزام الآخر.
- أن يكون تنفيذ التزام أحد الطرفين سببا لتنفيذ التزام الآخر<sup>(2)</sup>.
- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس السليم الذي يتأسس عليه الفسخ هي فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر، فيبدوا أمرا طبيعيا وعادلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من هذا الالتزام عن طريق الفسخ<sup>(3)</sup>.

1 - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 104.

2 - محمد حنون جعفر، "فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين"، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العدد 5، جامعة كركوك، العراق، 2013، ص 41.

3 - المرجع نفسه، ص 41.

يعتبر الأستاذ السنهوري من المؤيدين لهذه النظرية<sup>(1)</sup>، أما الأستاذ جميل الشرقاوي فقد انحاز لهذا الرأي<sup>(2)</sup>، بعد أن كان يؤسس الفسخ على الاستحالة<sup>(3)</sup>.

### نقد هذه النظرية

وجهت لهذه النظرية انتقادات منها:

- أن هذه الفكرة أي ارتباط الالتزامات لا يوجد لها تعليل قانوني إلا إذا فسرت عن طريق السبب، ومن ثم يكون أساس الفسخ هو السبب وليس الارتباط.
- الأخذ بفكرة الارتباط كأساس للفسخ يتعارض مع نشأة نظرية الفسخ التي نشأت في ظل القانون الكنسي الذي لم يكن يعرف فكرة الارتباط بمفهومها اليوم.

### الفرع الرابع: فكرة السبب كأساس للفسخ

يؤسس أغلب الفقهاء الفسخ على فكرة السبب<sup>(4)</sup>، وقد حظيت هذه النظرية بتأييد واسع من طرف الفقه والقضاء وهي لا تزال كذلك، وأنا بدوري انحاز للفريق الذي يؤسس الفسخ على نظرية السبب أو كما جرت تسميتهم بالسببيين (les causaliste).  
تقضي هذه النظرية أن التزام أحد الطرفين في العقود الملزمة للجانبين سبب لالتزام الطرف الآخر فالسبب ليس فقط من أركان نشأة العقد كما يروج له خصوم نظرية السبب وإنما أيضا عنصر نفاذ في العقد، فالمتعاقد لا يبتغي من التعاقد أن يلتزم المتعاقد الآخر فقط، وإنما يريد أيضا أن ينفذ هذا الآخر التزامه، فالسبب إذن عنصر انعقاد ونفاذ<sup>(5)</sup>.  
فلكي يبقى الالتزام قائما لابد أن يتحقق الغرض الذي استهدفه المتعاقد، فمتى أصبح تحقق هذا الغرض مستحيلا نتيجة أمر فجائي، أو بخطأ المتعاقد الآخر، فإنه من غير

1 - يقول الأستاذ السنهوري « ونؤثر أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ». انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 785.

2 - يقول الأستاذ جميل الشرقاوي « نستطيع أن نؤيد الرأي الذي يبرر نظام الفسخ بفكرة الارتباط ». انظر: جميل الشرقاوي نظرية الإلتزام، مرجع سابق، ص 449.

3 - يقول أيضا « يتبين لنا من هذا أن للفسخ مناط يرتبط به... هو استحالة التنفيذ »، انظر: جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 169.

4 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 67.

5 - عبد الحي حجازي، عقد المدة، أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1950، مطبعة جامعة فؤاد الأول القاهرة، 1950، ص 179.

الصواب أن يبقى المتعاقد الآخر على التزامه، وإنما يتحلل من هذا الالتزام لعدم تحقق الغرض من العقد، كذلك إذا منعت قوة قاهرة أو سوء نية الطرف الثاني من أن يحصل على المقابل فإنه لا يعود لالتزامه سبب ويتخلص من الوفاء بما تعهد به<sup>(1)</sup>.

حظيت هذه النظرية بتأييد من الفقه والقضاء كما قلت، فأما بالنسبة للفقه يقول الأستاذ **حشمت أبو ستيت**: « والرأي السليم هو أن يؤسس الفسخ على فكرة السبب فما دام المتعاقد لم يقم بما عليه فقد فوت على المتعاقد الآخر غرضه من العقد وحق لهذا أن يتحلل مما فرض عليه »<sup>(2)</sup>. أما القضاء فيظهر ذلك من خلال قضية Ceccaldi et Albertini الشهيرة<sup>(3)</sup>.

تعد الانتقادات التي وجهها أنصار نظرية الترابط للنظرية السبب مردود عليها، ذلك أن فكرة الترابط لا تحليل لها إلا إذا فسرت بفكرة السبب، فالسبب هو الذي يوجد ارتباط بين الالتزامين المتقابلين فكان من يقول بالارتباط يأخذ بفكرة السبب وهو لا يشعر<sup>(4)</sup>.

كذلك قولهم لو أخذنا بنظرية السبب لكان البطلان هو الجزاء لتخلف ركن من أركان العقد، يجاب على ذلك أن السبب تختلف وظائفه فإذا تخلف مع كونه عنصر انعقاد فإن العقد يبطل، أما إذا تخلف مع كونه عنصر نفاذ فإن العقد يفسخ فهو كالمحل، فلمحل إذا تخلف قبل انعقاد العقد بطل العقد، أما إذا تخلف بعد انعقاد العقد فإن العقد يفسخ<sup>(5)</sup>.

هناك نظريات وكما قلت سابقاً لم تحظ بالشهرة وهي:

1 - Henri Capitant، De la cause des obligations، 3<sup>ème</sup> éd.، Dalloz، Paris، 1927، pr 147، p 321.

2 - أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج 1، ط 2، مطبعة مصر، 1954، ص 340

3 - هذه القضية متعلقة بعقد إيجار مع التزام المستأجر بغرس الكروم (Vignes) في الأراضي المستأجرة مع مضاعفة

عدد هذه الكروم عن طريق عملية Le provignage خلال مدة ثلاث سنوات، وقد حدث أن حال دون هذه عملية

Le phyllosera، بتالي وجد المستأجر نفسه عاجز عن تحقيق ما التزم به في العقد، فطالب المؤجر بفسخ العقد

فرفضت محكمة Bustia هذه الدعوى في 12/07/1887 كون عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه، راجع الى سبب أجنبي

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار في 19/04/1891 وأقرت أنه « في العقود الملزمة للجانبين التزام

أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الآخر، فإذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه لأي سبب كان، لم يعد لالتزام

المتعاقد الآخر سبب وبالتالي ينحل العقد. انظر: Michel Monode، op.cit، p 63.

4 - حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ف 237، ص 232.

5 - عبد الحي حجازي، عقد المدة، المرجع السابق، ص 179.

يؤسس الأستاذ JOSSERAND الفسخ على سوء النية التي يمكن أن تكون حتى ولو لم يتحقق الضرر من جراء عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>.

يؤسس الأخوة MAZEAUD الفسخ على تعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ، فالدائن الذي لا ينفذ التزامه يكون مسئولاً عن عدم التنفيذ وما ينتج عنه من أضرار<sup>(2)</sup>.  
أما الأستاذ حلمي بهجت بدوي فيؤسس الفسخ على استحالة التنفيذ، وتتحقق الاستحالة بمجرد عدم تنفيذ الإلتزام في معاده، وبالتالي لا فرق بين الفسخ لاستحالة التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ، فكلاهما فسخ لاستحالة التنفيذ<sup>(3)</sup>.

أما الفقه الإسلامي فلم يتفق فيه الفقهاء على أساس معين للفسخ، من الفقهاء من يقول أن أساس الفسخ هو الرضا، فإذا توفر الرضا ولكنه لم يحدث أثره بانعدام الصلة التي كانت تربطه بالمحل انفسخ العقد، وهناك من الفقهاء من يرفض هذه الفكرة ويرى بأنّ الفسخ أساسه في الفقه الإسلامي فكرة العدل<sup>(4)</sup>.

1- . Michel Monode، op.cit، p 63

2 - محمود المصري وأحمد عابدين، المرجع السابق، ص 13. و Michel Monode، op.cit،، p 66.

3 - جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 168.

4 - وحيد الدين السوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط 2، الشركة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1979، ص 495 - 497.

## المبحث الثاني: أنواع الفسخ وآثاره

تطرقت في المبحث السابق لمفهوم الفسخ والأسس القانونية التي أقامه عليها الفقهاء ، وسيتم الانتقال الآن في هذا المبحث إلى الكلام عن أنواع الفسخ أي الطرق التي يأتي الفسخ على شكلها (المطلب الأول)، ثم أدرس الآثار التي يترتبها الفسخ بالنسبة للمتعاقدين والغير (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أنواع الفسخ

يأتي الفسخ على ثلاثة أنواع أولها الفسخ القضائي وهو الأصل، ويطبق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على الفسخ (الفرع الأول)، وثانيها الفسخ الإتفاقي ويكون في حالة اتفاق المتعاقدان على الفسخ (الفرع الثاني)، وثالثها الفسخ القانوني و يتم بقوة القانون بمجرد تحقق استحالة التنفيذ (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: الفسخ القضائي

تنص المادة 1/119 ت.م.ج « في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ». وتقابل هذه المادة من التشريعات العربية المادة 157 ق.م.م، 246 ت.م.ك، 171 ت.م.ع، 128 ت.م.س، 224 ت.م.ي، 140، ت.م.ب، ف 270 م.إ.ع.ت، ف 2/276 ت.إ.ع.م.ر، ف 259 ت.إ.ع.م.غ.

يعرف الفسخ القضائي بأنه: « حل ارتباط العقد بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه في عقد ملزم للجانبين ويكون ذلك بناءً على طلب يرفع من أحد المتعاقدين إلى القاضي يطلب فيه فسخ العقد»<sup>(1)</sup>.

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي وهذه قاعدة عامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأطراف، والحكمة من جعل الفسخ القضائي هو الأصل من فسخه بإرادة المتعاقدين، هو تقادي ما يمكن أن يقع من أحد المتعاقدين من ظلم إذا استعمل الفسخ بإرادته

1 - عبد الملك محسن المحشي، المرجع السابق، ص 86.

المنفردة إذ قد يعمد الى تحقيق مصلحته على حساب المتعاقد الآخر فيفسخ العقد ويتخلص من التزاماته<sup>(1)</sup>.

قد يظهر من نص م 119 ت.م.ج أن المشرع لم يفرض تدخل القضاء لأنه لم يفصح عن ذلك صراحة، إلا أن عبارات النص تدل ضمناً على ذلك كقوله « يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه» فالمطالبة لا تكون إلا من القضاء<sup>(2)</sup>، في حين هناك تشريعات نصت صراحة على ذلك منها م 1/209 ت.م.ك فقد جاء فيها«...أن يطلب من القاضي فسخه...» و م 140 ت.م.ب فقد نصت على«... أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض».

### أولاً: كيفية المطالبة بالفسخ:

إذا قرر الدائن رفع دعوى الفسخ عليه أن يمر عبر مراحل هذه الدعوى وهي:

**1- إعدار المدين:** يجب على الدائن حسب م 119 ت.م.ج قبل رفع دعوى الفسخ أن يوجه إعدار للمدين وهذا لا يعني أن دعوى الفسخ لا تكون غير مقبولة دون الإعدار لأن رفع الدعوى في حد ذاته يعتبر إعداراً، فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ دون إعدار فإنه يتحمل مصاريفها، وتظهر أهمية الأعدار في كونه:

- يجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ إذ أن المدين يصبح في صورة الممتنع عن التنفيذ.

- يجعله أقرب إلى الحكم بالتعويض على المدين فوق الحكم بالفسخ<sup>(1)</sup>، وقد نصت م 179 ت.م.ج على « لاستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك »

نصت م 181 ت م ج عن حالات لا ضرورة للأعدار فيها:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل الدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو يعلم بذلك.

1 - محمود المصري و احمد عابدين، المرجع السابق، ص27

2-حمو حسينة، المرجع السابق، ص 28

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه. كذلك تجديد أجل للوفاء بالالتزام لا يغني عن ضرورة الإعذار في القانون المدني المصري حسب ما نصت عليه المواد 157-158 من هذا القانون<sup>(2)</sup>. حسب م 180 ت.م.ج يكون إعذار المدين بإنذاره أو ما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم عن طريق البريد، كما يكون عن طريق اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر .

لم يحدد القانون المدني الجزائري أي مدة أو مهلة تمنح للمدين من أجل تنفيذ التزامه لكن يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة فيحدد ب 10 أيام مثلا.

## 2- صاحب الحق في رفع دعوى الفسخ

يحق للدائن المتعاقد أن يرفع دعوى الفسخ على المدين الذي لم ينفذ التزامه وذلك بعد إعذار هذا الأخير ولم يظهر رغبته بالتنفيذ<sup>(1)</sup>.

إن مصدر حق طلب الفسخ هو العلاقة التعاقدية التي تربط الدائن بالمدين، بينما مصدر الدعوى هو النزاع القائم حول ما رتبته العقد من التزامات تعاقدية، فالدعوى وسيلة قانونية لحماية الحقوق، فلا يجوز الاتفاق على حرمان أحد الطرفين من رفعها ولو كان ذلك باتفاق الأطراف، فاتفاق الدائن مع المدين على عدم رفع الدعوى الفسخ في حالة قيام المدين بعدم التنفيذ اتفاق باطل يرفضه المنطق القانوني، ذلك أن الدائن يصير تحت وطأة المدين إن شاء نفذ وإن أبى فلا وسيلة ثمة لحمله على التنفيذ<sup>(2)</sup>.

## 3- ضرورة صدور حكم بالفسخ

إذا اختار الدائن الفسخ عليه اللجوء إلى المحكمة لاستصدار الحكم بالفسخ، ولا يجب أن يعتبر الدائن نفسه متحلا بمجرد رفع دعوى فالقاضي بما له من سلطة تقديرية يمكنه أن يرفض طلب الفسخ، إذن لا يعتبر الدائن نفسه متحلا حتى ينطق القاضي بالحكم الذي يفسخ العقد بموجبه<sup>(3)</sup>.

1 - حمو حسينة، المرجع السابق، ص 30.

2 - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 176.

3 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 289، وبلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 177.

### ثانياً: حق الدائن في طلب الفسخ

الفسخ حق مقرر للدائن الذي أخل مدينه بالتزامه، فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ إلا إذا طلبه من تقرر الفسخ لمصلحته، وطلب الفسخ أمر جوازي للدائن بالإلتزام الذي لم ينفذ فله الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ<sup>(1)</sup> وللدائن أن يعدل عن أحد هذين الطلبين للآخر، فإذا كان قد بدأ بطلب التنفيذ جاز له أن يطلب بعد ذلك الفسخ سواء كان ذلك في صورة تعديل طلباته أمام المحكمة أو كان في صورة إقامة دعوى جديدة<sup>(2)</sup> وذلك إذا لم يصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، ويثار التساؤل عن حكم العدول عن طلب الفسخ أمام محكمة الدرجة الثانية؟ الإجابة أنه يجوز للدائن أن يعدل عن أحد الطلبين للآخر أمام محكمة الدرجة الثانية، لأن الطلب الذي يتقدم به المتعاقد الدائن لمحكمة الدرجة الثانية يعتبر من الطلبات العارضة فهو مرتبط بالدعوى الأصلية ولا يعتبر طلباً جديداً فيجوز له أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ولو أمام محكمة الاستئناف والعكس صحيح.

نستنتج من هذه المعطيات أن للدائن إيقاع الفسخ من عدمه، فقد يحكم له القاضي بالفسخ فيرجع الدائن عن ذلك إلى المطالبة بالتنفيذ فلا يقع الفسخ، وهذا كما أسلفت شرط ألا يكون الحكم نهائياً<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: حق المدين في تجنب الفسخ

يستطيع المدين تعطيل دعوى الفسخ وذلك إذا قام بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم نهائي، ويبقى للقاضي النظر إذا كان هناك محل للحكم بالتعويض على التأخر<sup>(4)</sup>، ويمكن أن يتم الوفاء أمام محكمة الاستئناف ما لم يضر هذا الوفاء المتأخر بالدائن<sup>(5)</sup>.

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 408.

2 - محمود المصري، أحمد العابدين، المرجع السابق، ص 34.

3 - عبد الكريم بلعبور، المرجع السابق، ص 196.

4 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 43.

5 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 409.

#### رابعاً: سلطات القاضي التقديرية في الفسخ

تنص المادة 2/119 ت.م.ج.ع: « يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات».

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية تمكنه بالحكم بالفسخ من عدمه كما له أن ينظر المدين أجلاً أو مهلة للقيام بالتنفيذ، فالغاية من إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها ويشترط بعض الفقهاء لإعطاء هذه المهلة توافر الشروط الآتية:

- أن يكون المدين معسراً وحسن النية.
- ألا يترتب عليها ضرر جسيم للدائن.
- ألا يكون قد منح مهلة سابقة لأن المهلة القضائية لا تعطى إلا مرة واحدة<sup>(1)</sup>، ومن الفقهاء من يرى جواز إعطاء مهلة أخرى للمدين<sup>(2)</sup> والرأي الذي أسانده هو عدم جواز إعطاء المدين أكثر من مهلة لأن من شأن ذلك أن يؤخر التنفيذ ويعطل مصالح الدائن.
- وسلطة القاضي في منح المهلة ليست من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على استبعادها<sup>(3)</sup>، كما لا يجوز للقاضي أن يبالغ في منح المدين أجلاً للتنفيذ، كما أن هناك حالات لا يجوز للقاضي أن يمهل فيها المدين كما لو كان التزام المدين القيام بعمل معين ثم لا يقوم به مما يجعل التنفيذ بعد لا فائدة منه بالنسبة إلى الدائن وبالتالي لا فائدة من إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ<sup>(4)</sup>.

إذا قام المدين بالوفاء في الأجل الممنوح له فلا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ، وإذا لم يف المدين بالتزامه خلال الأجل فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بل يظل قائماً، فإما أن يحكم القاضي بفسخه أو يقبل الوفاء المتأخر من المدين ما لم يضر ذلك بالدائن<sup>(5)</sup>.

1 - حسن علي الذنون، المرجع سابق، ص 230.

2 - عبد المجيد الحكيم، عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي 1، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980 ص 187 .

3 - مصطفى السيد الخارجي، المرجع السابق، ص 105.

4 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 183

5 - محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 410.

### خامسا: المعايير التي يستعين بها القاضي في تقدير الفسخ

أجاز القانون للقاضي أن يرفض طلب الفسخ إذا كان الجزء غير المنفذ قليل الأهمية، وبالتالي فإن للقاضي دور هام في تقدير جسامته عدم التنفيذ، ولكي يصل القاضي إلى معرفة درجة عدم التنفيذ عليه الاستعانة بأحد المعيارين الشخصي أو الموضوعي<sup>(1)</sup> ويجدر التنبيه إلى أن المشرع لم يلزم القاضي بمعيار معين<sup>(2)</sup>.

#### 1- المعيار الموضوعي:

يعرف البعض هذا المعيار بأنه على القاضي معرفة ما إذا كان تخلف الكمية في الأداء من الأهمية بحيث يترتب عليه فوات المنفعة التي يريجوها الدائن من العين<sup>(3)</sup>.

وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات لهذا المعيار عند تنظيمه لعقد الإيجار فقد نص م 477 ت.م.ج المعدلة « إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت لأجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر جاز للمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك ». فالمشرع الجزائري إذن أعطى للدائن بالالتزام في هذه الحالات الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص في الاستعمال معتبرا<sup>(4)</sup>.

لا يجوز التوسع في الأخذ بهذا المعيار لأن التطبيق المطلق له يترتب عليه جعل الفسخ القضائي كالفسخ بقوة القانون، إذ كلما توفرت نسبة معينة على القاضي أن يحكم بالفسخ وهذا يتنافى مع سلطة القاضي التقديرية<sup>(5)</sup>.

#### 2 - المعيار الشخصي:

يقصد بهذا المعيار أن القاضي عند تقديره لعدم التنفيذ يجب أن يصب اعتباره على نية الدائن بالالتزام، فإن وجد عدم التنفيذ ولو كان جزئيا وكان ذلك الجزء على جانب من الأهمية بالنسبة للدائن حكم بالفسخ، وقد وردت في القانون الجزائري عدة تطبيقات لهذا

1 - بلعير عبد الكريم المرجع السابق، ص 185. وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 38.

2 - مصطفى السيد الخارجي، المرجع السابق، ص 99.

3 - المرجع نفسه، ص 99.

4 - عمور إيمان، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر

2014، ص 15

5 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 190.

المعيار فقد نصت م 365 ت.م.ج على : «لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا اثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع»<sup>(1)</sup>.

يترتب على الأخذ بهذا المعيار بصفة مطلقة أنه لا يوصل القاضي للمعرفة الحقيقية في كل الحالات فنية الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ يصعب التحقق منها في كل الحالات<sup>(2)</sup>.  
يقول الأستاذ مصطفى الخارجي: «أرى أنه لا يجوز الأخذ بهذا المعيار إلا إذا نص القانون على ذلك»<sup>(3)</sup>.

كخلاصة للقول لا ينبغي أخذ أحد هذين المعيارين على إطلاقه والاستغناء به عن الآخر، يجب على القاضي إلى جانب اهتمامه بالقيمة المادية للمحل أن يهتم بالقيمة الشخصية لهذا المحل أي القيمة التي أسبغها المتعاقدان على هذا المحل<sup>(4)</sup>.  
**سادسا: سلطة القاضي في فسخ العقد أو تنفيذه**

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية تمكنه إما أن يرفض الفسخ ويلزم المدين بالتنفيذ أو رفض الفسخ وإلزام المدين بالتعويض أو قبول الفسخ والحكم به.

**1 - رفض الفسخ وإلزام المدين بالتنفيذ:** للقاضي أن يرفض الفسخ لأن المدين نفذ الجزء الأكبر من التزامه كالمقاول الذي نفذ جل التزامه فبني 95 شقة من أصل 100، للقاضي أن يرفض فسخ العقد ويلزم المقاول بالتنفيذ، وله أن يحكم بتعويض يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن جراء التأخر في التنفيذ<sup>(5)</sup>.

**2- رفض الفسخ وإلزام المدين بالتعويض:** للقاضي أن يرفض طلب الفسخ ويلزم المدين بالتعويض إذا كان ما نفذه المدين أكبر مما بقي، ولم يبد استعداده لتنفيذ ما بقي من التزامه، ويحكم عليه القاضي بالتعويض لعدم تنفيذه الجزء الذي بقي من التزامه<sup>(6)</sup>.

1 - بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 185.

2 - المرجع نفسه، ص 187.

3 - مصطفى السيد الخارجي، المرجع السابق، ص 103.

4 - عبد الحي حجازي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 1098.

5 - عدنان السرحان ونوري أحمد خاطر، المرجع السابق، ص 27 و ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 482.

6 - ياسين الجبوري المرجع السابق، ص 482.

3 - قبول الفسخ والحكم به: يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فوراً إذا كان المدين لم ينفذ ولو جزء من التزامه أو أخل في تنفيذه أو امتنع عن تنفيذ الجزء الأكبر منه أو تأخر في تنفيذه بحيث لم يعد للدائن من تنفيذه فائدة، وكان المدين سيء النية، في هذه الأحوال يمكن للقاضي فسخ العقد بمجرد أن يطلبه الدائن وله أن يحكم بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>.

لا يحكم القاضي بالتعويض من تلقاء نفسه وإنما بطلب من المدعي في دعوى الفسخ ويؤسس التعويض في هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي للحكم بالتعويض وجود عدم التنفيذ، إنما يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المدين، وبالتالي يجب تأسيس التعويض على الفعل الضار لأن العقد بعد فسخه لم يعد يصلح أساساً للحكم بالفسخ، إذ لم يعد له وجود فلا يمكن تأسيس الفسخ عليه<sup>(2)</sup>.

تحكم الفسخ مع التعويض القواعد الآتية:

-يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وأن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ.

-إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا ينطوي على غش أو خطأ جسيم فلا يلزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع أما إذا اقترن عدم التنفيذ بغش أو خطأ جسيم فإن المدين يلزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع.

-لا يلزم المدين بالتعويض إلا عن الضرر الذي هو نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ سواء كان عدم التنفيذ ناتج عن غش صادر منه أو خطأ جسيم أم لم يكن كذلك<sup>(3)</sup>.

1 - عدنان السرحان نوري أحمد خاطر، المرجع السابق، ص 296، وياسين الجبوري، المبسوط في شرح القتون المدني، المرجع السابق، ص 486.

2 - مصطفى الخارجي، المرجع السابق، ص 120 - 125.

3 - ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 486.

## الفرع الثاني: الفسخ الإتفاقي

تنص م 120 ت.م.ج على أنه: « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة إلى حكم قضائي » وتقابل هذه المادة من التشريعات العربية المواد 158 ت.م.م، 245 ت.م.أ، 170 ت.م.م.ع، 141 ت.م.ب، ف 274 ت.م.إ.ع.ت، 277 ت.إ.ع.م.ر، يعرف الفسخ الإتفاقي على أنه « حل ارتباط العقد بسبب عدم التنفيذ بمقتضى اتفاق صادر عن المتعاقدين قبل حصول عدم التنفيذ أو هو اتفاق طرفي العقد على أن يكون لأحدهما وهو الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر»<sup>(1)</sup>.

بناء على ما سبق يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على الفسخ عند عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته، والاتفاق على الفسخ تتفاوت درجاته من حيث أثره على النحو الآتي:

1 - اتفاق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، وهذه هي أضعف الصيغ وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للقاعدة العامة في الفسخ فهذا الشرط لا يعفي الدائن من إعداره المدين ورفع الدعوى أمام القضاء، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية ولا يمنع المدين من توقي الفسخ والقيام بالتنفيذ قبل صدور الحكم النهائي. ولا يمنع الدائن من تغيير طلبه من الفسخ إلى التنفيذ أو عكسه.

2 - اتفاق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، فإن الاتفاق في هذه الحالة يكون ذا أثر قوي في ترتيب الفسخ فلا حاجة لرفع دعوى الفسخ وإذا نازع المدين في أعمال الشرط أو تفسيره، فإن حكم القاضي يكون كاشفا للفسخ وليس منشئا له، وكذلك فإن هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية وهذا الاتفاق لا يعفي من ضرورة إعدار المدين فإذا لم ينفذ بعد الإعدار انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

3- اتفاق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار في هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول أجل التنفيذ وعدم قيام المدين بالوفاء،

1 - عبد الملك محسن المحشي، المرجع سابق، ص 101.

وإذا اقتضى الأمر رفع دعوى عند المنازعة حول الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقرراً لا منشئاً له<sup>(1)</sup>.

تنظر المحاكم إلى الشرط الفاسخ الصريح نظرة ارتياب لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، كما أنه غالباً ما ينم عن رغبة في الدائن في القسوة على مدينه، هذا ما دفع القضاء إلى تفسيره تفسيراً ضيقاً<sup>(2)</sup>.

### أولاً: الفرق بين الفسخ الاتفاقي والقضائي

يختلف الفسخ الاتفاقي عن الفسخ القضائي في بعض صورته أنه ليس للقاضي فيه أي سلطة تقديرية فإذا ثبت له صحة الاتفاق حكم بالفسخ مباشرة. يعد الفسخ القضائي هو الأصل والفسخ الاتفاقي هو الاستثناء لما له من خطورة في سلب القاضي سلطته التقديرية وسلب المدين حقه في التنفيذ المتأخر وكذا حقه في الإعذار في بعض صورته<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: حق الدائن في فسخ العقد أو التمسك بالتنفيذ في الفسخ الإتفاقي

لا يفسخ العقد بمجرد الاتفاق على الفسخ لعدم التنفيذ، بل للدائن سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ من عدمه، فالإتفاق على فسخ العقد لا يفقد الدائن الخيار بين طلب الفسخ أو طلب التنفيذ، فبمجرد تحقق عدم التنفيذ ينشأ للدائن حق إرادي يمكن من خلاله أن يوقع الفسخ متى عبر عن إرادته بالفسخ، وقد أجمع الفقه في كل من مصر، فرنسا، وإيطاليا على هذا المعنى وقد قضت محكمة النقض الإيطالية بأن «الاتفاق الصريح على الفسخ لا يعمل من تلقاء نفسه، بل يجب لإنتاج آثاره أن يعقب عدم التنفيذ إعلان الدائن تمسكه بالفسخ»<sup>(4)</sup>.

1 - محمد وحيد الدين السوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ج 1، مطبوعات جامعة دمشق ص 409، ومصطفى جمال وآخرون، المرجع السابق، ص 255، وسمير تتاغوا، المرجع السابق، ص 194  
2 - وحيد الدين السوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 409.  
3 - عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص 102.  
4 - عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثانية، جامعة عين شمس، مصر، يناير 1960 ص 119 ص 121 .

يثار التساؤل عما إذا كان الدائن طالب بالتنفيذ هل يعتبر تنازلاً منه عن الفسخ في حالة الفسخ الاتفاقي؟

يُلاحظ أن الفقه في الإجابة على هذا التساؤل انقسم إلى فريقين:

- الفريق الأول يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الدائن في حالة الفسخ الاتفاقي له الحق في إيقاع الفسخ من عدمه كما له الحق في التنفيذ المتأخر فإذا اختار التنفيذ انسد في وجهه الحق في الفسخ نهائياً.

- الفريق الثاني يرى أصحاب هذا الرأي أنّه في حالة الاتفاق على الفسخ بإرادة واحدة عند عدم التنفيذ وطالب الدائن التنفيذ بدلاً من الفسخ فإذا استيئس من تنفيذ المدين فله أن يلجأ إلى الفسخ بعد أن يعلم المدين أنّه متمسك بالفسخ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية « أنّه إذا كان للدائن سند يخوله الحق في طلب الفسخ فلا يعتبر متنازلاً عن الحق الثاني لمجرد استعماله الحق الأول»<sup>(1)</sup>.

يمكن للدائن أن يتنازل عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة الفسخ الاتفاقي، حيث يمكن أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً وكذلك يمكن له أن يتجه إلى الفسخ القضائي<sup>(2)</sup>.

- اختيار الدائن الفسخ: يجوز للدائن اختيار الفسخ عند عدم التنفيذ، كما يجوز له أن يعدل لطلب الفسخ بعد أن اختار التنفيذ المتأخر، ويتأدى هذا بتعبير يوجهه الدائن للمدين يخبره فيه أنه متمسك بالفسخ، ذلك أنّ الفسخ لا يحدث بمجرد عدم التنفيذ بل يحصل متى عبر الدائن صراحة عن إرادته بفسخ العقد<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: مدى سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الإتفاقي

قد يثار نزاع بين الدائن والمدين حول تطبيق الشرط والاتفاق، وقد ينكر المدين على الدائن فسخه العقد بإرادته المفردة فيلتجأ إلى القضاء للفصل في هذا النزاع، غير أن ليس للقاضي سلطة تقديرية في الفسخ الإتفاقي ما له في الفسخ القضائي، في هذه الحالة له فقط التحقق من بعض الأمور.

1 - نقلا عن عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ، المرجع السابق، ص122

2 - المرجع نفسه، ص124

3- المرجع نفسه، ص129

كالتحقق من وجود اتفاق على فسخ العقد فيتأكد القاضي من صحة هذا الاتفاق ثم يتأكد من الصيغة التي ورد بها هل تفيد حقا استبعاد سلطة القاضي.

كذلك يتحقق من إعدار الدائن المدين فإذا تبين له أنّ الدائن لم يعذر المدين فله أن يبقي على العقد ولا يفسخه لعدم جواز الفسخ بدون إعدار حسب القانون الجزائري<sup>(1)</sup>، يتحقق كذلك من صحة وتحقق عدم التنفيذ فقط ولا شأن له في تقدير مدى عدم التنفيذ أكان كلياً أو جزئياً فتقدير ذلك متروك للمتعاقدين كما يرى الأستاذ بلعير<sup>(2)</sup>، وأنا بدوري أرى أن يترك تقدير ذلك للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ فهو الذي يعلم بالنسبة التي تدفعه إلى فسخ العقد بإرادته المفردة.

رابعا: اتجاه بعض التشريعات المعاصرة إلى اعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة هو

### الأصل

اتجهت بعض التشريعات المعاصرة في دول مختلفة إلى اعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة هو الأصل، وليس الفسخ القضائي الذي يعتبر تقليدا من تقاليد القانون الفرنسي، ونجد من هذه التشريعات القانون الإنجليزي الذي يجيز للدائن فسخ العقد إذا لم ينفذ المدين شرطا من شروط العقد، والشيء نفسه بالنسبة للقانون الأمريكي، والألماني حسب المادة 2/323 منه والقانون الإيطالي، الهولندي وقانون الالتزامات السويسري وذهب القانون المدني الصيني الجديد الصادر في سنة 1991 حسب المادة 96 منه إلى اعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة هو الأصل واعتبره من تقاليد القانون الصيني فيكفي لإيقاع الفسخ توافر شروطه وإخطار المتعاقد وإعلامه بالفسخ.

إلى جانب هذه التشريعات الخاصة بهذه الدول نجد كذلك حتى بعض الإتفاقيات الدولية جعلت الفسخ بالإرادة المنفردة هو الأصل، منها اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع المعروفة باتفاقية فيينا لعام 1980، وكذلك كرسه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص Unidroit حيث جاء في المادة 7 منه « الفسخ يتم بالإرادة المنفردة ».

اتجه القضاء بدوره أيضا لإقرار الفسخ بإرادة المنفردة، وذلك ما يظهر من حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عن الغرفة المدنية في 1998/10/13 التي

1 - بلعير عبد الكريم المرجع السابق، ص 224-233

2 - راجع بالتفصيل بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها.

أقرت فيه « لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة وذلك في حالة جسامه سلوك المتعاقد معه، حيث أن جسامه سلوك أحد المتعاقدين تبرر للمتعاقد الآخر أن ينهي العقد على مسؤوليته بإرادته المنفردة<sup>(1)</sup>.

أعدّ مجموعة من فقهاء القانون الفرنسي مشروع تمهيدي للقانون المدني معروف بمشروع CATALA كون المشرف عليه هو الفقيه Pierre Catala وقد أقرت المادة 1158 منه أن الفسخ يتم بالإرادة المنفردة<sup>(2)</sup>.

هذا التوجه لاستبدال الفسخ بالإرادة المنفردة وجعله هو الأصل عن الفسخ القضائي القضائي له ما يبرره فإن كانت له مزايا الفسخ القضائي فليست له مساوئه. نقول ليست له مساوئ الفسخ القضائي إذ لا يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ بعد توافر شروطه، ولا يجوز له أن يمنح المدين مهلة، ولا يجوز للمدين أن ينفذ بعد تمسك الدائن بالفسخ.

نقول أيضا أن مزايا الفسخ القضائي لا تزال فيه من حيث إمكان المطالبة بالتعويض وكذلك خيار الدائن بين التمسك بالفسخ والمطالبة بالتنفيذ<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الفسخ بقوة القانون (الانفساخ)

تنص المادة 121 ت.م.ج على: « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون ». ويقابل هذه المادة في التشريعات العربية ق 159 ت.م.م، 247 ت.م.أ. يتبين من هذه النصوص أن الالتزام ينقضي إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وينفسخ العقد تلقائيا وبقوة القانون.

1 - محمد حسن قاسم، "تحو الفسخ للإرادة المنفردة"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص 65 - 73.

2 - المرجع نفسه، ص 75.

3 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 1099.

يعرّف الانفساخ على أنه: « انحلال رابطة العقد بقوة القانون بشروط مخصوصة مجملها استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يدّ للمدين فيه »<sup>(1)</sup>، أو على أنه: « هو انحلال رابطة العقد بقوة القانون أي دون أن يكون ذلك مشروطاً في العقد، ودون أن يحتاج إلى حكم من القضاء، ويحدث هذا الانفساخ إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين نتيجة قوة قاهرة أو سبب لا يدّ للمدين فيه ولا يستطيع دفعه »<sup>(2)</sup>

### أولاً: تمييز الفسخ القانوني عن الفسخ القضائي والإتفاقي

- 1 - لا يشترط إعدار المدين في الانفساخ لأن الإعدار لا يكون إلا إذا كان التنفيذ ممكناً، بينما الإعدار يجب في كل من الفسخ القضائي والإتفاقي.
- 2 - لا يخضع الفسخ القانوني لرقابة القاضي فلا يملك القاضي في شأنه أن يمنح أجلاً أو أن يحكم بالتعويض.
- 3 - في حالة الفسخ القضائي والإتفاقي فإن الطرفين يعودان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، فيرد كل متعاقد ما أخذ أما في الانفساخ تطبق فكرة أخرى هي تحمّل التبعة<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: شروط الانفساخ

للانفساخ شروط هي:

- 1- يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والاستحالة المقصودة هي الاستحالة الموضوعية المتعلقة بالالتزام كتهدم المنزل بسبب الزلزال، ولا يعتد بالاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين كإعساره الذي منعه من الوفاء، ويجب أن تكون الاستحالة دائمة غير مؤقتة فالاستحالة المؤقتة يستأنف العقد بعد زوالها<sup>(4)</sup>.

1 - إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 352.

2 - جميل الشراوي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 444.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 318.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 426.

2- يجب أن تقع الاستحالة بعد إبرام العقد، أما إذا كانت الاستحالة قائمة عند إبرام العقد فإن العقد لا ينعقد لاستحالة محله كمن يشتري سيارة معينة بالذات ثم يتضح له هذه السيارة هلكت بفعل حريق أتى عليها فإن العقد يفسخ<sup>(1)</sup>.

3- أن تكون الاستحالة كلية ويترتب على ذلك انفساخ العقد وانقضاء التزامات الطرفين بأثر رجعي، وتقع تبعة الهلاك على المدين، أما إذا كان العقد عقد مدة فإن العقد يزول بأثر فوري ويعبر عنه بالإنتهاء، أما إذا كانت الاستحالة جزئية فإن العقد لا يفسخ ويثبت للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ لما بقى ممكنا من التنفيذ العيني، أما المدين فيقتصر حقه على المطالبة بتخفيض الالتزام مثلا عدم قيام المؤجر بالتدفئة لاستحالة ذلك لا يعفي المستأجر من دفع بدل الإيجار بل له الحق في المطالبة بتخفيض بدل الإيجار وتأخذ حكم الاستحالة الجزئية، الاستحالة الوقتية في عقود المدة<sup>(2)</sup>.

يميز القانون اللبناني بين الالتزامات الجوهرية والالتزامات الثانوية فإذا استحال تنفيذ الالتزامات الجوهرية فإن العقد ينحل بقوة القانون، أما إذا استحال تنفيذ الالتزامات الثانوية فإن العقد لا ينحل ما دام تنفيذ الالتزامات الجوهرية ممكنا، وقد أورد المشرع اللبناني تطبيقات لهذه الفكرة في عقد البيع فاعتبر الالتزام بنقل الملكية التزاما جوهريا والالتزام بالتسليم التزاما ثانويا فإذا هلكت العين المبيعة قبل التسليم فإن العقد لا ينحل ويبقى التزام المشتري بدفع الثمن قائما ويتحمل البائع تبعة الهلاك أو الخسارة لاستحالة التنفيذ<sup>(3)</sup>.

4 - يجب أن يكون سبب الاستحالة أجنبي لا يد للمدين فيه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كقوة قاهرة، أو بفعل الدائن، أو خطأ الغير، ترتب عن ذلك انفساخ العقد بقوة القانون فمجرد الاستحالة لا يفسخ العقد بها إلا إذا كانت راجعة لسبب أجنبي<sup>(4)</sup>.

قد تكون الاستحالة مادية، كهلاك الشيء المبيع بفعل الزلزال أو الحريق أو مرض الفنان الملتزم بإحياء حفلة إذا كان الالتزام بعمل، كما يمكن أن تكون الاستحالة قانونية

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 426.

2 - محمد وحيد السوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 416، وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 54، وعمر السيد عبد الله، المرجع السابق، ص 349.

3 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 297.

4 - محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، ج 1، المطبعة العالمية، مصر، 1954، ص 645.

مرجعها صدور قانون يحول دون تنفيذ الالتزام كالقرار الإداري الذي يقضي بنزع ملكية الشيء المبيع للمنفعة العامة.

إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد له فيه لم يعد ثمة محل للمسؤولية العقدية، ولم يبقَ للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ العيني، فالعقد يفسخ بقوة القانون ولا ضرورة لاستصدار حكم قضائي.

إذا لجأ الدائن إلى القضاء فإن القاضي يصدر حكم مقرر للفسخ وليس منشأ له، فالقاضي الذي يعرض عليه هذا النزاع تقتصر سلطته على التحقق من الاستحالة فإذا تبين أن الاستحالة فعلية أن يحكم بالفسخ، أما إذا تبين له أن الاستحالة وهمية ويمكن تنفيذ العقد لا يحكم بالانفساخ ويبقى العقد<sup>(1)</sup>.

أما إذا كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي حُكم على المدين بالتعويض لعدم قيامه بالوفاء بما التزم به، كما أنه ارتكب خطأ عقدي فقامت مسؤوليته العقدية، ولا يفسخ العقد في هذه الحالة، يجوز للدائن أن يطلب فسخ العقد، فتطبق قواعد الفسخ القضائي، ولا محل لإمهال المدين مهلة للتنفيذ، ما دام تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: آثار الانفساخ

يترتب حسب المادة 121 ت.م.ج انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضاء الالتزام المقابل له، ويترتب عن هذا الحكم أنّ المدين الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً يتحلل من التزامه الذي رتب عليه العقد المنفسخ وتبرأ ذمته<sup>(3)</sup> نحو الدائن ومن ثم لا يمكن مطالبته بالتنفيذ عن طريق التعويض، هنا أتساءل ما مصير الالتزامات التي تحملها المتعاقد الثاني، أي من المتعاقدين سيتحمل تبعه الانفساخ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب التفرقة بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين.

#### 1 - تحمل المدين تبعه الالتزام الذي لم ينفذ في العقود الملزمة لجانبين: إذا

انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يترتب على ذلك أنّ المدين بالالتزام الذي لم

1 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 249.

2 - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 646.

3 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 441.

ينفذ هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، ولا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل وهو ما جاءت به المادة 369 من ت.م.ج التي تنص على: «إذا هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يدّ للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بالتسليم».

فإذا هلك المبيع وهو في يد البائع هلك عليه ولا يلزم المشتري بالثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بالتسليم<sup>(1)</sup>، وكذلك إذا كان يد الشخص على الشيء يد ضمان، وهو الشخص الذي يحوز الشيء ليس بقصد تملكه وإنما باعتباره نائباً عن مالك الشيء كالمستأجر والوديع والمستعير، فإذا هلك الشيء في يده بسبب أجنبي عنه وبدون تعدٍ أو تقصير منه لا يتحمل تبعه الهلاك<sup>(2)</sup>.

اختلف الفقه حول الأساس الذي يبنى عليه تحمّل المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه فأرجعه البعض إلى فكرة ترابط الالتزامات، كما أرجعه البعض الآخر إلى فكرة النية المفترضة ومنهم من يرجعه إلى فكرة السبب، فإذا انقضى أحد الالتزامات بقوة قاهرة، انقضى بالضرورة الالتزام المقابل له لزوال سببه<sup>(3)</sup>.

**2 - تحمل المدين تبعه الالتزام الذي لم ينفذ في العقود الملزمة لجانب واحد: فإنّ تبعه الهلاك تكون على الدائن ففي الوديعة غير المأجورة، إذا هلك الشيء المودّع فإنّ الدائن أو المالك هو الذي يتحمل تبعه الهلاك فيفقد ما كان له، أما الوديع وهو المدين بالرد فلن يتحمل شيئاً لأنه ليس دائناً للمودّع<sup>(4)</sup>.**

خلاصة القول حول تحمل التبعة أنّه في العقود الملزمة لجانبين تقع تحمل تبعه الاستحالة على المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه، أمّا في العقود الملزمة لجانب واحد فإنّ الدائن هو الذي يتحمل تبعه الاستحالة وهذه القاعدة هي المطبقة في سائر التشريعات العربية باستثناء التشريع اللبناني<sup>(5)</sup>.

1 - راجع بالتفصيل أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 290 وما بعدها

2 - عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 183.

3 - أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 302.

4 - عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1994، ص 200.

5 - فرج عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 602.

## - تحمل التبعة في القانون الفرنسي واللبناني:

استثنى كل من المشرع اللبناني والفرنسي عن قاعدة تبعة الهلاك على المدين فجعلوها على الدائن في بعض العقود الناقلة للملكية.

### أ - في القانون اللبناني:

تنص المادة 3/243 ت.م.ع.ل « ... والمدين الذي أبرئت ذمته بقوة قاهرة تمكنه مع ذلك أن يطالب الفريق الآخر بتنفيذ ما يجب عليه، على هذا المنوال يستطيع بائع العين المعيبة الذي تفرغ عن المبيع للمشتري أن يطالبه بالثمن فتكون المخاطر في هذه الحالة على الدائن الموجب الذي أصبح تنفيذه مستحيلا »<sup>(1)</sup>.

### ب - في القانون الفرنسي:

تنص المادة CCFR 1135 على أن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري بعد انتقال الملكية إليه ولو لم يتم التسليم بعد، بناءً على ما سبق فبمجرد انعقاد البيع يصبح المشتري مالكا للشيء المبيع، فإذا هلك المبيع وهو في يد البائع هلك على المشتري، لأنه هو المالك ولا يلزم البائع بالتعويض إذا لم يكن مخطئاً أو مقصراً ولم ينبه على المشتري بالوفاء.

إنّ ما ذهب إليه المشرع الفرنسي واتبعه المشرع اللبناني أمر منافٍ للعدالة، وقد أخذ المشرع الفرنسي هذه القاعدة من القانون الروماني، ويُفسر فقهاء الرومان هذه القاعدة أنّ المشتري هو الذي يستفيد دون البائع من ارتفاع قيمة المبيع قبل تسلمه فإذا كان هو المستفيد من جهة، فعليه إذن أن يتحمل ما يصيب المبيع من تلف من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

أما الأستاذان Colline وCapitant يريان أنّ السبب في جعل تبعة الهلاك على المشتري يرجع لأثر العقد ذلك أن الملكية تنتقل حالا فيصبح المشتري الدائن مالكا للشيء المبيع والقاعدة تقول « الهلاك على المالك »<sup>(3)</sup>.

وإِ كانت هذه التفسيرات منطقية إلا أنها تتنافى قواعد العدالة فمادام البائع الدائن لم يتسلم المبيع فمن غير العدل تحميله تبعة هلاك ما ليس عنده.

1 - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 490.

2 - عبد السلام ذهني بك، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة مصر، د ت ن، ف 204، ص 193.

3 - المرجع نفسه، ف 205، ص 194.

## المطلب الثاني: آثار الفسخ

تنص المادة 122 ت.م.ج على « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض »، وتقابل هذا النص من التشريعات العربية المادة 160 ت.م.م، 274 ت.م.م.إ، 131 ت.م.م.س، 162 ت.م.ل، 142 ت.م.ب، 273 ت.م.م.ع، 162 ت.م.ك.

يتبين من هذه النصوص أنّها وردت بصفة عامة دون تمييز سواءً كان الفسخ قضائي أم اتفاقي أو بمقتضى القانون فلا مجال للتمييز بينهم من حيث الآثار. كما يتبين أيضاً أن للفسخ آثار يرتبها بين المتعاقدين (الفرع الأول) وآثار يرتبها على الغير (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: آثار الفسخ بين المتعاقدين

يترتب عن فسخ العقد انحلاله ومحو آثاره وزوال الالتزامات المتولدة عنه، فيصير كأن لم يكن ويعاد الطرفان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وهو ما يعرف بقاعدة زوال العقد بأثر رجعي.

اتفق الفقهاء على أنّ للفسخ أثر رجعي، واستعملوا عبارات متباينة في التعبير عن هذه الفكرة فمنهم من عرّف الرجعية بأنها انحلال العقد منذ نشوئه وإبرامه بحيث يعد العقد كأن لم يكن، ومنهم من عرّف الرجعية بأنها انعدام العقد انعداماً يستند أثره إلى الماضي وعرّف أيضاً على أنه « وقع آثار العقد وعدّه كأن لم يكن بحيث يعاد المتعاقدان إلى وضعهما السابق على التعاقد وزوال حقوق الغير الناشئة ما لم يتبين من طبيعة العقد أو ظروف التعاقد ما يدل على خلاف ذلك»<sup>(1)</sup>.

بناءً على ما سبق فإنّه يجب على كل من الدائن والمدين أن يخضع لأحكام هذه القاعدة التي يترتب عليها ما يلي:

1 - عباس علي محمد الحسيني، "رجعية العقد عند فسخه قضاءً"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2012، ص 11.

## أولاً: آثار قاعدة رجعية العقد عند فسخه بالنسبة للمدين

يترتب على قاعدة رجعية العقد عند فسخه جملة من الالتزامات هي :

### 1 - التزام المدين برد ما أخذه من الدائن:

إذا كان العقد عقد البيع، وقام البائع بتسليم المبيع للمشتري ولم يقدّم المشتري بالسداد فقام البائع بفسخ العقد، فإنّه يجب على المشتري ردّ العين المبيعة للبائع ويلزم البائع بردّ ما قبضه من ثمن للمشتري، إلا أنّ الأمر ليس بهذه السهولة لأنه قد يحدث بين فترة إبرام العقد وفسخه أو انفساخه أن يطرأ على العين زيادة أو نقصان وقد استهلك المدين ما أنتجته العين من ثمار، طبيعياً كانت أم مدنية<sup>(1)</sup>.

على المدين أن يرد ما استلمه من الدائن بثماره سواء كانت مدنية أو طبيعية، فإذا كان العقد عقد بيع وكان المشتري هو المدين وطالب فيه البائع فسخ البيع، فإنّه على المشتري ردّ المبيع مع ثماره كونها ملك للبائع<sup>(2)</sup>.

إلا أنّ الفقيه Poithies يخالف هذا الرأي ويرى أنّ المدين ملزم فقط برد محل الالتزامات دون الزيادات شرط أن تكون منفصلة عنه بطبيعتها<sup>(3)</sup>.

إذا كان كل المتعاقدين ملزم برد ما قبضه بعد فسخ العقد فما هو الأساس القانوني للالتزام بالردّ؟

مما لا جدال فيه أن العقد بعد فسخه لا يصلح أن يكون سنداً للالتزام بالردّ، لذا نجد أنّ جانباً من الشراح ذهب إلى جعل الحيّزة سنداً للالتزام بالردّ، فكل منهما يعتبر حائزاً بالنسبة للآخر وقد وجهت لهذا الأساس عدة انتقادات، فاتجه جانب من الفقه إلى تأسيس الالتزام بالردّ على النص القانوني هو الأساس السليم للالتزام بالردّ<sup>(4)</sup>.

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 258.

2 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 276.

3 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 359.

4 - راجع بالتفصيل: عباس علي محمد الحسين، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

## 2 - الالتزام بالتعويض:

إذا أصاب الدائن ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه فإلى جانب الحكم له بفسخ العقد، يجوز الحكم على المدين بالدفع تعويض للدائن، فالتعويض حق للدائن الذي لحقه ضرر جراء عدم التنفيذ.

أما إذا لحق المدين ضرر جراء الفسخ فإنه لا يجوز له المطالبة بالتعويض.

يمكن أن يفسخ العقد ويسترد الدائن ما قدمه لمدينه مع ذلك تلحقه أضرار فله في هذه الحالة الحق في المطالبة بالتعويض، كون الفسخ وحده لا يزيل الأضرار اللاحقة به جراء عدم التنفيذ كما لو كان العقد محل فسخ عقد بيع وتغيرت أسعار المبيع في السوق فانخفض ثمنها خلال فترة بقاء المبيع في يد المدين، فإن له أي الدائن المطالبة بالتعويض، إن التعويض الذي هو حق للدائن إلى جانب فسخ العقد لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية بل على أساس المسؤولية التقصيرية.

إلى جانب استرداد الدائن ما قدمه للمدين يحق له أن لا يزاحمه الدائنون الآخرون، لأن الفسخ يخول للدائن مركزاً ممتازاً كما يحق للدائن أيضاً بعد فسخ العقد حبس ما قدمه له المدين حتى يحصل على حقه منه<sup>(1)</sup>.

إلى جانب حق الدائن في استرداد ما قدمه للدائن يجوز له زيادة على ذلك إن كان العقد محل الفسخ عقد بيع وكان المدين هو المشتري يجوز للدائن البائع أن يسترد مصاريف التحسينات التي أجراها على المبيع ونفقات المحافظة عليه طبقاً للمادة 744، 785 ت.م.ج الخاصتين بالالتصاق.

كما يجوز للمدين أن يجري مقاصة مع الدائن حين يكون ما يجب عليه رده وما يحق له استرداده نقوداً، فقواعد المقاصة تقضي أن يكون الدينان المتقابلان نقداً في الجانبين<sup>(2)</sup>.  
يختلف التعويض الذي تقضي به المادة 119 ت.م.ج والذي هو تعويض لجبر الضرر، والتعويض الذي تقضي به المادة 122 ت.م.ج والذي هو تعويض خاص بحالة استحالة رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد<sup>(3)</sup>.

1 - بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 275. وعمور ايمان، المرجع السابق، ص 23.

2 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 277.

3 - المرجع نفسه، ص 279.

## ثانيا: الأثر الرجعي للفسخ في عقود المدة

تطبق نظرية الفسخ على جميع العقود الملزمة للجانبين سواء كانت فورية أم زمنية وهذا بإجماع الفقهاء، لكن إذا كان الفقه قد اتفق على هذا فإنه اختلف حول مدى سريان الأثر الرجعي للفسخ على عقود المدة، يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأثر الرجعي للفسخ لا يسري على عقود المدة وإنما يقتصر أثر الفسخ على المستقبل فقط، وللفقهاء عدة تبريرات لهذا الرأي وهو الذي أويده<sup>(1)</sup>.

في حين يرى جانب ثان من الفقهاء أن أثر الفسخ واحد سواء كان العقد فوريا أم زمنية وهو الرأي الذي يويده الأستاذ بلعبيور<sup>(2)</sup>، خاصة وأن المشرع الجزائري ساوى بين العقود حيث الأثر، إذ أن الأثر الرجعي للفسخ يسري عليها سواء كانت عقودا فورية أم زمنية حسب م 122 ت.م.ج كما أن المشرع الجزائري لم يميز في التعويض لإستحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد بين العقود الفورية والزمنية<sup>(3)</sup>.

## ثالثا: الأثر الرجعي للفسخ على الدائن

يعد انحلال العقد بأثر رجعي الأثر الجوهري لفسخ العقد ويرد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد وقد تناولت فيما سبق أثر رجعية العقد بالنسبة للمدين وسأتناوله الآن بالنسبة للدائن ولنا في ذلك فرضين:

1- أبرم المتعاقدان عقد بيع مثلا ولم يتلقى الدائن من المدين شيء، يترتب عن ذلك أن بمجرد إيقاع الفسخ يصبح الدائن متحلا من التزامه ومن ثم لا يرد الدائن للمدين شيء ولا يسترد منه شيء<sup>(4)</sup>.

ب - إذا أبرم المتعاقدان بيعا وسلم البائع المبيع للمشتري وهو بدوره سلمه جزء من الثمن ثم امتنع المشتري بعد ذلك عن دفع الأقساط الباقية، في هذه الحالة على المدين رد ما تلقاه من الدائن ولا يخول له الاحتفاظ به وإلا كان في حكم من قبض شيئا غير مستحق.

1 - انظر بالتفصيل، عبد الحي حجازي، عقد المدة، مرجع سابق، ص 194 وما بعدها.

2 - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 212.

3 - عمور إيمان، المرجع السابق، ص 25.

4 - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 273.

قد يسترد الدائن ما قدمه لمدينه إلا أنه تلحقه أضرار جزاء فسخ العقد، في هذه الحالة يجوز له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر، كذلك يحق للدائن أن لا يزاحمه الدائنون الآخرون كما يحق للدائن أن يحبس ما تلقاه من المدين إلى أن يحصل على حقه منه<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: حكم استحالة الرجوع إلى الحالة السابقة على التعاقد

يحدث أن يستحيل إعادة المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد بعد فسخ العقد، كما لو هلك المبيع في يد المشتري ثم وقع الفسخ لصالح البائع، فإن في هذه الحالة لا يترتب الفسخ أثره ولا يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد لاستحالة ذلك، أمام هذا الوضع واستثناء على القاعدة العامة أجاز المشرع الجزائري حسب م 122 ت.م.ج الحكم بالتعويض لصالح الدائن إذا استحال على المدين رد ما قبضه<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثاني: أثر الفسخ بالنسبة للغير

لا يقتصر الأثر الرجعي للفسخ على المتعاقدين بل ينصرف كذلك إلى الغير، وتقضي القاعدة الرومانية المعروفة « يترتب على فسخ العقد فسخ ما يترتب عليه للغير »  
« dantis resolvitur juse accipientis, Resoluto fure »

طبقاً لهذه القاعدة لا يمكن لهذا الغير أن يحتج بما اكتسب من حقوق في عقد أبرمه مع المدين في مواجهة الدائن لأن المدين بعد فسخ العقد يعتبر كأنه لم يكن أبداً مالكا للشيء محل العقد، فترفع على الغير دعوى الاسترداد ويلزم بمقتضاها برد الشيء خالياً من الحقوق التي يكون المدين قد رتبها عليه<sup>(3)</sup>.

لا يجب الأخذ بهذه القاعدة بصفة مطلقة كون ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات، ومن غير العدل أن تلحق الغير في بعض الحالات آثار الفسخ وتسلبه حقوقه، لذا وردت على هذه القاعدة استثناءات هي:

1 - بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 276.

2 - عمور إيمان، المرجع السابق، ص 24.

3 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 438.

### 1 - حالة الغير الذي اكتسبت حقا عينيا على منقول بحسن نية:

إذا كان محل العقد منقولاً تلقاه الغير من أحد المتعاقدان بموجب عقد صحيح، فإذا تم فسخ العقد بين المتعاقدان فإنّ الغير يكون في مأمن من الفسخ إذا كان حسن النية، حتى تتمكن من تطبيق المادة 835 ت.م.ج التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية غير أن حسن النية قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

### 2 - حالة الغير الذي تقرر له حق على عقار وشهره وفقاً للقانون:

إذا تقرر للغير حق عيني على عقار بحسن نية وقام بشهره طبقاً للمادة 15 و 16 من الأمر رقم 74-75<sup>(1)</sup>. قبل رفع دعوى الفسخ فإنّه يكون في مأمن من آثار الفسخ مادام كونه حسن النية، أما إن كان غير ذلك وكان سيئ النية فإنّ الأثر الرجعي للفسخ سيلحقه، وكذلك إن كان شهر حقه بعد تسجيل دعوى الفسخ حتى ولو كان حسن النية.

### 3 - الغير الذي ترتب له رهن رسمي:

يعتبر الغير الذي تقرر لصالحه رهن رسمي في مأمن عن أثر الفسخ طبقاً للمادة 885 ت.م.ج متى كان حسن النية، فالعقد يبقى قائماً هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يجب أن يكون الغير قد قيّد رهنه قبل رفع دعوى الفسخ.

### 4 - الغير الذي تملك بالتقادم:

قد يملك الغير حقا بالتقادم حسب المادة 827 ت.م.ج كالغير الذي يصير مالكا للشيء المبيع بالتقادم المكسب، فإنّه لا يتأثر بفسخ العقد بين البائع والمشتري، أما الدائن الذي حكم له بالفسخ فإنّ حقه لا يضيع مادام أنّ المشرع أجاز الحكم له بالتعويض طبقاً للمادة 122 ت.م.ج للاستحالة وهذه الحالة تعتبر استحالة قانونية.

### 5 - الغير الذي اكتسب حقا بمقتضى عقد من عقود الإدارة الحسنة:

كعقد الإيجار الذي تزيد مدته عن 3 سنوات، فإذا أجر المشتري العين ثم فسخ البيع فإنّ الإيجار يسري في مواجهة البائع إذا كان المستأجر حسن النية<sup>(2)</sup>.

1 - أمر 75 - 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري

2 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 438. وحسين تونسي، المرجع السابق، ص 64، عمور إيمان المرجع السابق، ص 27، وعبد الحي حجازي، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 112.

### الفرع الثالث: سقوط حق الفسخ

يسقط حق الفسخ طبقاً للقواعد العامة بنتازل المتعاقد عنه صراحة أو ضمناً كما يسقط بالتقادم الطويل.

#### أولاً: سقوط حق الفسخ بالتنازل عنه

يسقط حق الفسخ سواء كان قضائي أم اتفاقي أو قانوني متى تنازل عنه الدائن الذي تقرر لمصلحته صراحة أم ضمناً.

فإذا عبر الدائن عن إرادته الصحيحة الصريحة في التنازل عن طلب الفسخ فلا إشكال ثمة، لكن يثور الإشكال في حالة التنازل الضمني عن الفسخ، فقد يعذر الدائن مدينه بالوفاء فهل يعتبر هذا تنازلاً منه عن حقه في طلب الفسخ. فكما تقدم إنّ اختيار الدائن لأحد الطريقتين الفسخ أو التنفيذ فإتّه لا ينسد في وجهه الطريق الآخر مادام لم يصدر حكم نهائي<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: سقوط حق الفسخ بمضي المدة

يسقط الحق في الفسخ بمضي خمس عشرة سنة حسب المادة 308 ت.م.ج<sup>(2)</sup>. فإذا باع شخص لآخر عينا وسلمها له ولم يقم المشتري بدفع الثمن ومضى على استحقاق الثمن 15 سنة سقط حق المشتري في المطالبة بالتنفيذ وسقط حقه في رفع دعوى الفسخ. يجوز للمدين أن يدفع بالتقادم المسقط في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولا يجوز للمحكمة أن يقضي به من تلقاء نفسها إلا إذا دفع به المدين أو طلبه أحد دائني المدين أو أي شخص له مصلحة في طلبه<sup>(3)</sup>.

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 396.

2 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 317.

3 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 399.

## الفصل الثاني:

انحلال العقد عن طريق الإقالة

تعد الإقالة وسيلة من وسائل انحلال العقد إلى جانب الفسخ، لها شروط خاصة بها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة، وآثار تترتب عنها تميزها عن غيرها من الأنظمة التي تتحلل بها العقود، وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد أنّ العمل بها شائع بين الناس، وبالتالي يكون المشرع الجزائري الذي سلك مسلك المشرع المصري لم يورد مواد تنظم الإقالة على خلاف مع معظم التشريعات العربية التي نظمت الإقالة واستمدت أحكامها من الفقه الإسلامي الحنفي خاصة، تأثرا منها بمجلة الأحكام العدلية، لذا اخترت أن أخصّ هذا الفصل الأخير من هذه المذكرة لدراسة أحكام الإقالة وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الإقالة

المبحث الثاني: تطبيقات الإقالة و آثارها

### المبحث الأول: مفهوم الإقالة

ينطوي تحت مفهوم الإقالة عنصرين أساسيين هما المقصود المقصود بالإقالة وتمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها (المطلب الأول) حيث سأطرق فيه إلى تعريفات الإقالة ثم تمييزها عن الأنظمة الأخرى التي تشترك مع الإقالة في إزالة العقود، وبعد ذلك أدرس أركان الإقالة وشروطها، و الطبيعة القانونية لها (المطلب الثاني) أدرس فيه الطبيعة القانونية للإقالة بعرض مختلف التكييفات التي كيف بها الفقه الإقالة

## المطلب الأول: المقصود بالإقالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

حتى نصل إلى فهم فكرة الإقالة يجب عرض التعاريف المختلفة للإقالة (الفرع الأول)، ولما تعددت الأنظمة التي تزول بها العقود يجب تمييز الإقالة عن هذه الأنظمة (الفرع الثاني)، ثم الوقوف على أركانها وشروطها (الفرع الثالث)

### الفرع الأول: تعريف الإقالة

تنقسم التعريفات إلى لغوية واصطلاحية لذا من الفائدة أن نعرّف الإقالة لغة واصطلاحاً.

#### أولاً: تعريف الإقالة لغة

الإقالة في اللغة العربية من مصدر أقال، يقلل، إقالة بمعنى الفسخ أفلته البيع إقالة وهو فسخه.

وقيل أن الإقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب أي إزالة القول السابق، وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى أزال شكواه وهذا غير صحيح<sup>(1)</sup>.

قال الطحاوي الإقالة مشتقة من القيل لا من القول لوجه ثلاثة هي:

- الأول: أنهم قالوا قُلتَه البيع بالكسر، ولو كانت مشتقة من القول لقيل قُلتَه بالضم.
- الثاني: مجيء مصدرها بالياء دون الواو يقال قال البيع قيلاً فسخه والمصدر من الأمور التي يستدل بها على أصل الكلمة.

- الثالث: أنّ أهل اللغة ذكروها في مادة ق ي ل لا في مادة ق ل<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: تعريف الإقالة اصطلاحاً

لما كان الفقه الإسلامي المصدر الأساسي لأحكام الإقالة لدى معظم التشريعات العربية بالتالي يجب أن أضع تعاريف الفقه الإسلامي للإقالة إلى جانب تعريفات فقهاء القانون الوضعي أي شراح القانون المدني.

1 - عبد الله بن عبد الواحد الخميس، "حقيقة الإقالة، دراسة نظرية وتطبيقية"، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 121، المدينة المنورة، د.ت.ن، ص 234.

2 - حامد عبده الفقي، الإقالة في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 12.

## 1 - تعريف الفقه الوضعي للإقالة:

- تعددت واختلقت التعاريف التي أوردها فقهاء القانون المدني للإقالة وهي كالآتي:
- التقايل: هو اتفاق أطراف العقد على إنهائه ويتم هذا التقايل بإيجاب وقبول بطريقة صريحة أو ضمنية ويلاحظ أنّ هذا التقايل لا يكون له في الأصل أثر رجعي<sup>(1)</sup>.
  - الإقالة: أو التقايل اتفاق المتعاقدين على أن يقيل كل منهما الآخر من العقد فهو عبارة عن عقد جديد يتفق فيه على ما يناقض العقد الأول<sup>(2)</sup>.
  - الإقالة: إزالة العقد باتفاق لاحق على إبرامه من المتعاقدين.
  - اتفاق المتعاقدين على حل الرابطة العقدية<sup>(3)</sup>.
  - نقد التعاريف السابقة:
- تنتقد التعاريف السابقة من حيث أنها لم تحدد نطاق الإقالة حيث هل تطبق على العقود الملزمة لجانب واحد أم الملزمة للجانبين.
- يؤخذ على هذه التعريفات أنها تكيف الإقالة على أساس أنها عقد جديد وهو تكيف خاطئ فمن غير المعقول أن يعتبر حل العقد عقد جديد مادام أنّ طرفيه اتفقا على حله<sup>(4)</sup>.
- كما يرى فإنّ التعاريف السابقة لم تسلم من الانتقادات، لذا اتجه بعض الأساتذة إلى اقتراح تعاريف جديدة جامعة وصحيحة للإقالة وهي:
- الإقالة سبب لانحلال العقد إلى جانب الفسخ والانفساخ وهو نظام يقوم على تراضي طرفي العقد بل إزالته بعد إبرامه<sup>(5)</sup>.
  - اتفاق طرفي العقد على حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة لجانبين بإرادتهما المشتركة سواءً قبل أو أثناء تنفيذ العقد بأثر رجعي أو فوري<sup>(6)</sup>.

1 - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط 3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 274.

2 - فرج عبد المنعم الصدّة، المرجع السابق، ص 612.

3 - عدنان إبراهيم السرحان، نوري أحمد خاطر، المرجع السابق، ص 286.

4 - سندس عبد الله رجب السراج، انحلال العقد بالتقايل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 8.

5 - عمر السيد عبد الله، المرجع السابق، ص 317.

6 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 10.

## 2- تعريف الفقه الإسلامي للإقالة

لا تختلف كثيرا تعريفات الفقه الإسلامي للإقالة عن تعريفات الفقه الوضعي، فكلها تقريبا تفيد المعنى نفسه وهو رفع العقد وإزالته وهي كالاتي:

### - تعريف المالكية للإقالة:

عرّفها ابن عرفة بأنها: «ترك المبيع لبائعه بثمنه».

### -تعريف الأحناف:

عرّفها الزيلعي بأنها: «رفع العقد من المتعاقدين».

### - تعريف الحنابلة:

عرّفها ابن قدامة «الإقالة هي الرفع والإزالة».

### -تعريف الشافعية:

عرّفها زكريا الأنصاري بأنها: «الإقالة هي رفع العقد المالي بوجه المخصوص»<sup>(1)</sup>.

يذهب بعض الأساتذة إلى ترجيح تعريف الشافعية عن غيره من التعاريف<sup>(2)</sup>، في حين

نجد هناك من لم يرتضي أحدا من هذه التعاريف السابقة، لذا اقترح تعريفا جديدا لها وهو

«الإقالة رفع عقد المعاوضة المالي اللازم للمستقبل باتفاق العاقدين»<sup>(3)</sup>.

### ثالثا- حكم الإقالة في الفقه الإسلامي:

ينطبق على الإقالة الأحكام الشرعية الثلاثة: الجواز، الندب والوجوب.

### 1 - الإقالة جائزة:

بعد انعقاد العقد ولزومه جاز للمتعاقدين أن يتقايلا العقد الذي تم إبرامه فإذا ندم أحدهما عن دخوله في هذه العلاقة التعاقدية أو رأى أنه لا يخدم مصالحه جاز للآخر أن يقيله<sup>(4)</sup>، فالعقل يقضي بأن للطرفين أن يقيلا ويرفعا العقد تبعا للمصلحة، فإذا باع شخص سيارة وسلمها للمشتري وسلّمه المشتري الثمن ثم يطلب البائع الإقالة فإتّه يجوز للمشتري أن يقبل الإقالة ويرد السيارة للبائع ويسترد منه الثمن.

1 - عبد الله أبداح شافي العجمي، "تكيف الإقالة وأثره في الفقه الإسلامي والقانون"، مجلة كلية الحقوق، العدد 1، السنة 34، جامعة الكويت، مارس 2010، ص 190.

2 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 20، وعبد الله أبداح شافي العجمي، المرجع السابق، ص 192.

3 - عبد الله بن عبد الواحد الخميس، المرجع السابق، ص 328.

4 - المرجع نفسه، ص 241.

## 2 - الإقالة مندوبة:

يجوز للمتعاقد النادم أن يطلب الإقالة، ويندب ويستحب للمتعاقد الآخر أن يجيبه لذلك ويقبل إقالته، لما روي عن رسول الله (صلعم) أنه قال « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة »، رواه أبو داوود وابن ماجه وصححه الألباني، وقال أيضا «رحم الله تاجرا أقال أخاه المسلم»، رواه مسلم<sup>(1)</sup>.

## 3 - الإقالة واجبة:

تكون الإقالة واجبة في حالتين حسبما ذكر الفقهاء:

أ - وجوب الإقالة بعد بيع مكروه أو فاسد، كالبيع وقت نداء الجمعة على مذهب الحنفية أما المالكية والحنابلة فالبيع عند نداء الجمعة حرام، في هذه الحالة يجب على المتعاقدان حل العقد بالإقالة وأن يسترد كل منهما ما قدمه للأخر صونا لهما من الوقوع في المحذور فدفع المعصية واجب ويكون ذلك بالإقالة.

ب - وجوب الإقالة بعد وقوع الغرر والغبن اليسير وذلك إذا غرر البائع بالمشتري وكان الغبن يسيرا<sup>(2)</sup>.

شرعت الإقالة لحاجة الناس إليها في معاملاتهم فقد يندم أحد المتعاقدين ولا يجد له سند يتحلل به من العقد، فلكي لا يلجأ إلى حيل قد تضر بالطرف الآخر وحتى لا يجد نفسه في حالة من الغم والندم شرعت الإقالة لإزالة الندم وتنفيس الكرب<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز الإقالة عن الأنظمة المشابهة لها

تعددت الأنظمة التي تزول بها الرابطة التعاقدية وكثيرا ما تتشابه هذه الأنظمة فيما بينها، لذا وجب تمييز الإقالة التي هي موضوع دراستي عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها.

1 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 29.

2 - المرجع نفسه، ص 23، وعبد الله أبداح شافي العجمي، المرجع السابق، ص 195.

3 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 28.

## أولاً: الإقالة والفسخ

تختلف الإقالة عن الفسخ اختلافاً بيناً، وإن كان هناك بعض من أوجه الشبه بينهما إلا أنّ كل من الإقالة والفسخ نظام خاص ومستقل عن الآخر.

تتشابه كل من الإقالة والفسخ من حيث نطاق التطبيق إذ يطبقان في العقود الملزمة للجانبين كقاعدة عامة، واستثناءً على القاعدة يطبقان على العقود الملزمة لجانب واحد<sup>(1)</sup>.

تتم الإقالة باتفاق ثنائي بين طرفي العقد على حله وهي حق للمتعاقدين معاً، أما الفسخ فهو حق لأحد المتعاقدين دون الآخر وهو من تقرر الفسخ لمصلحته، فإما أن يمارسه بالاتفاق مع الطرف الآخر وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي ويكون جزاءً على عدم التنفيذ في حين الإقالة سببها الاتفاق وليس عدم التنفيذ<sup>(2)</sup>.

في الفسخ الاتفاقي وفي بعض صورته يجب على الدائن أن يعذر المدين قبل أن يفسخ العقد، أما الإقالة فلا تحتاج إلى إعدار كونها تتم باتفاق طرفيها.

يترتب على انحلال العقد بالفسخ سواء كان قضائي أو قانوني أم اتفاقي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد حسب م 122 ت.م.ج، أما أثر الإقالة فإما أن يكون فوراً أو رجعيًا حسبما يتفق عليه الأطراف، في الفسخ الاتفاقي يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض عمّا أصابه من أضرار جراء عدم التنفيذ، أما الإقالة فإنّه لا يمكن فيها لأحد المتقابلين أن يطالب بالتعويض كون الإقالة تتم باتفاق لذا لا يتصور فيها وجود أضرار<sup>(3)</sup>.

تتميز الإقالة عن الانفساخ ذلك أنّ الانفساخ يقع بقوة القانون عندما يستحيل على أحد المتعاقدين أو كليهما تنفيذ التزاماته التعاقدية، أما الإقالة فإنّها تتم بالاتفاق مع كون تنفيذ الالتزام ممكناً وليس مستحيلاً<sup>(4)</sup>.

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

2 - المرجع نفسه، ص 127.

3 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 14.

4 - ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 443.

### ثانيا: الإقالة والإنهاء بالإرادة المنفردة

يعتبر الإنهاء بالإرادة المنفردة وسيلة تتحل بها العقود ويتم الإنهاء بالتعبير عن الإرادة من طرف أحد المتعاقدين بغرض إلغاء العقد فيضع حدا له، ويطبق الإنهاء في عقود المدة خاصة كعقد الإيجار مثلا، فطبقا للمادة 469 مكرر 1 ت.م.ج التي تنص على: «... غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني، ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين».

وعليه يتفق الإنهاء والإقالة في أنهما من الوسائل التي ينحل بها العقد إلا أن الإنهاء كما قد يكون مصدره القانون وقد يكون مصدره الاتفاق في حين أن الإقالة مصدرها الوحيد هو اتفاق الأطراف على إقالة العقد، ولا يمكن لأحد الأطراف أن يقبل العقد بإرادته المنفردة. تطبق أحكام الإنهاء على عقود المدة فقط في حين تطبق الإقالة على جميع العقود سواء كانت فورية أم عقود مدة.

يقتصر أثر إنهاء العقد بالإرادة المنفرد على المستقبل فقط أي أن ليس له أثر رجعي، بينما أثر الإقالة يمكن أن يكون رجعي كما يمكن أن يكون فوري حسبما يتفق عليه الأطراف<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: الإقالة والرجوع

يعتبر الرجوع وسيلة من وسائل انحلال عقد الهبة حيث أجازت م 211 من تقنين الأسرة الجزائري<sup>(2)</sup> للأبوين حق الرجوع عن الهبة لولديهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

1 - مهند أحمد صانوري، وعامر محمود الكسوناني، "إقالة العقود الاتفاق على عدم تنفيذها"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، 2012، ص 296. وسندس عبد الله رجب سراج، مرجع سابق، ص 19.

2 - القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المعدل و المتمم ج.ر 15 المؤرخة في 27 فبراير

-إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

وجاءت م 212 تمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة وعليه يتفق الرجوع والإقالة كونهما من وسائل انحلال العقد إلا أنهما يختلفان من عدة نواحي فالإقالة تطبق أحكامها على جميع العقود الملزمة للجانبين في حين الرجوع لا يطبق إلا في الهبة وهو عقد ملزم لجانب واحد.

لا يقع الرجوع عن الهبة إلا بعد تمام تنفيذ العقد، أما التقايل فيقع سواء قبل البدء في تنفيذ العقد أو أثناءه.

لا يوجد نص يمنع إقالة العقد بعد اتفاق الطرفين على الإقالة في حين وبالنسبة للرجوع فإن م 212 ت.أ.ج تمنع الرجوع عن الهبة إذا كانت للمنفعة العامة. للرجوع في الهبة أثر رجعي يعيد الواهب والموهوب له لما كانا عليه قبل التعاقد، أما أثر الإقالة فمتوقف على إرادة الأطراف.

#### رابعاً: الإقالة وخيار النقد

يعرف النقد في اللغة على أنه الإعطاء والإقباض فيقال أعطاه فانقدها أي قبضها ويقصد به أيضاً تسليم الثمن للبائع معجلاً<sup>(1)</sup>.

أما في الاصطلاح فيعرف على أنه خيار يثبت بالاشتراط من أحد المتعاملين أو كليهما وباشتراطه يتمكنان من إمضاء العقد أو رده وقد أورد المشرع اليمني تطبيقاً لهذا الخيار في م 555 ت.م.ي<sup>(2)</sup>.

يتفق خيار النقد والإقالة من حيث النطاق فكلاهما تطبق أحكامه على العقود الملزمة للجانبين كما تتفق الإقالة مع خيار النقد من حيث الأثر فكلاهما له إما يكون أثره رجعي وإما مستقبلي فقط، يختلف خيار النقد عن الإقالة من حيث أن الإقالة لا تتم إلا برضى أطرافها في حين خيار النقد يجوز للطرف صاحب هذا الخيار حل العقد بإرادته المنفردة دون رضا

1 - الخضر عبد الله سالم حنشل، أحكام الخيارات الثابتة بالشرط في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2008، ص 263.

2 - المرجع نفسه، ص 265.

الطرف الآخر فإذا كان صاحب الخيار في عقد البيع هو البائع جاز له أن يفسخ العقد لعدم نقد الثمن.

يختلف كذلك خيار النقد على الإقالة من حيث أنه شرط يقترن بالعقد ويتفق عليه الطرفان ويحددان هدفه أما الإقالة فلا تعد شرطاً مقترن بالعقد بل يتم الاتفاق عليها بعد إبرام أو أثناء تنفيذه<sup>(1)</sup>.

#### خامساً: الإقالة و البطلان

يعتبر البطلان جزءاً على عدم استكمال العقد لأركانه بعد انعقاده وصحته يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن، في حين أن انحلال العقد بالإقالة قد يزول إما بأثر رجعي أو فوري حسبما يتفق عليه الأطراف .

#### سادساً: الإقالة وتحول العقد

يقصد بتحول العقد تضمن العقد الباطل لشروط وأركان لتكوين عقد آخر، فيتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح بناء على الشروط التي تضمنها العقد الأول وقد نصت على هذا التحول م 105 ت.م.ج إذا كان العقد باطلاً أو قابل للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر أو تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد. تتفق الإقالة مع تحول العقد في أن كل منهما لا يتم إلا إذا اتفق الأطراف على الالتزام بالعقد الجديد أو المتحول إليه.

تختلف الإقالة عن تحول العقد في أن محل الإقالة هو العقد الصحيح اللازم لطرفيه فهي لا ترد على العقود المعيبة والباطلة، أما محل العقد المتحول فإنه يكون عقد باطل أو قابل للإبطال هذا من جهة.

تخلف الإقالة عن تحول العقد من جهة أخرى، في أن الإقالة لا تتم إلا باتفاق طرفيها فهي صورة من صور الاتفاق، أما في تحول العقد فلا دخل لإرادة المتعاقدين في إتمامه بل القاضي هو الذي يقوم باستبدال العقد الباطل بالعقد الصحيح<sup>(2)</sup>.

1 - الخضر عبد الله سالم حنشل، المرجع السابق، ص 295.

2 - مهني أحمد صانوري وعامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 303.

## سابعا: الإقالة و التعاقد بالعربون

طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز نقض ولا تعديل العقد إلا باتفاق طرفيه، بالتالي يمكن لأطراف العقد حله بالاتفاق عن طريق الإقالة كما يمكنها حل العقد بتضمين العقد شرطا يمكن لأحد المتعاقدين العدول عن العقد مقابل خسارة مالية، وهو ما يعرف بالعربون، والعربون هو مبلغ معين من النقود يلتزم بدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت إبرام العقد وذلك كضمن مقابل العدول عن إتمام العقد.

يشارك العربون مع الإقالة في كونهما يعتبران من صور الاتفاق على نقض العقد، فالعربون يمكن أحد المتعاقدان العدول عن العقد ومن ثم ينحل العقد، أما الإقالة فهي اتفاق يمكن كلا المتعاقدان من نقض العقد والعدول عنه بإرادتهما المشتركة، يذهب جانب من فقهاء القانون المدني إلى اعتبار كل من الإقالة والعربون على أنهما من صور الاتفاق على عدم تنفيذ عقد معين وعلى اعتبارهما أيضا استثناءً على قاعدة إلزامية العقود الذي يقضي العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن نقضه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بموجب نص في القانون، ولعل كون العربون والإقالة استثناءً على مبدأ إلزامية العقود هو القاسم المشترك والوحيد بينهما.

تختلف الإقالة عن العربون من عدة نواحي، فالإقالة لا تتم إلا بتطابق الإرادتين معا، بإيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول يقترن به، أما العربون فينقرر بإرادة واحدة وهي إرادة العادل عن العقد، ولا حاجة لقبول المتعاقد الآخر، لأن عدوله عن العقد تم بموجب شرط مكّنه من العدول فلا حاجة له بموافقة المتعاقد الآخر.

تخلف الإقالة على العربون، في أنها لا يتم الاتفاق عليها سلفا ولا ينص عليها في متن العقد بينما العربون يعتبر شرطا يتضمنه العقد أثناء التفاوض على العقد، ومن جهة أخرى تختلف الإقالة عن العربون في أنها لا تتم إلا بعد انعقاد العقد أما العربون فيتم الاتفاق عليه عند إبرام العقد بل في مرحلة التفاوض على العقد<sup>(1)</sup>.

يعتبر العربون من الأوصاف التي ترد على العقد بحيث يعتبر كشرط واقف يتمثل في عدم استعمال حق العدول أثناء المدة المخولة لذلك، فإذا انقضت المدة ولم يستعمل حق العدول أثناء هذه المدة المخولة لذلك، فإذا نقضت هذه المدة ولم يستعمل حق العدول انعقد

1 - مهند أحمد صانوري، وعامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 307.

العقد وأصبح ناجزاً، ولا يختلف كثيراً إن لم تعين مدة للعدول بحيث يظل العقد معلقاً على شرط واقف، أما الإقالة فليست وصفاً يرد على العقد بل هي وسيلة ينحل بها العقد باتفاق طرفيه.

تنص المادة 72 مكرر ت.م.ج على « يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ردّه ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر ». نستنتج من هذا النص أن للعربون شق جزائي يتمثل في الخسارة المالية التي تلحق العادل عن العقد أما الإقالة فليس فيها أي جزاء ولا يتحمل المقبل أي تعويض<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: أركان الإقالة وشروطها

لا تختلف الإقالة عن غيرها من العقود والاتفاقات من حيث وجوب توفرها على الأركان الموضوعية العامة اللازمة لانعقاد أي عقد وهي الرضا، المحل، والسبب. وشروط خاصة تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها.

#### أولاً: أركان الإقالة

وهي كما أسلفت الرضا، المحل، والسبب.

#### 1 - التراضي:

يعد التراضي أحد الأركان الجوهرية لانعقاد أي عقد، ويتوقف العقد من حيث صحته وبطلانه على وجود الرضا وصحته، وكذلك لا يترتب العقد آثاره سواءً بالنسبة للطرفين أو الغير إلا إذا كان الرضا موجوداً وصحيحاً، وحتى يكون الرضا موجوداً وصحيحاً يجب أن يصدر من شخص بالغ سن الرشد ولم يشوب رضاه أي عيب من عيوب الإرادة، أما إن شاب الرضا عيب من هذه العيوب أو صدر عن غير بالغ كأن يكون قاصراً عديم التمييز فإنّ العقد يبطل، أما إن صدر من شخص قاصر لكنه بلغ سن التمييز فإنّ العقد يكون قابلاً للإبطال.

يقصد بالتراضي توافق إرادتين مطابقتين بحيث يقترن الإيجاب مع القبول، وقد نصت على هذا الركن جميع التشريعات التي نظمت أحكام الإقالة كطريق لانحلال العقد، وقد

1 - مهند أحمد صانوري وعامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 307 - 310.

نصت المادة 250 ت.م.ع.م « للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده ». وتقابل هذه المادة من باقي التشريعات العربية م 268 ت.م.م.إ، 217 ف1 ت.م.ك، م 181 ت.م.م.ع، م 242 ت.م.أ، 169 ت.م.ع، 133 ت.م.م.س ، م 414 م.إ.ع.ت، 390 ت.إ.ع.م ر، 148/أ ت.م.ب، 189 ت.م.ق.

فكما قلت من قبل أنّ التراضي يكون بإيجاب وقبول متطابقين متوافقين.

يكون الإيجاب صحيحا في الإقالة إذا كان باتا ونهائيا لا رجعة فيه وأن لا يعتريه شيء من الغموض في دلالاته على رغبة من صدر منه في الإقالة، ويشترط بعض الفقه صدور الإيجاب بصيغة المضارع، حيث يقول طالب الإقالة النادم أقلني ولا تقبل صيغة الماضي لأنها لا تفيد اتجاه نية الموجب إلى إقالة العقد القائم<sup>(1)</sup>.

في حين نجد أن الراجح من الفقه يرى أنّ الصيغة يجب أن ترد بلفظين ماضيين بأن يقول أحدهما أقلت والآخر قبلت أو رضيت ومنها فاسختك وتركتك، لأنّ الماضي هو أصحّ تعبير في الدلالة على وقوع الفعل والرضى به<sup>(2)</sup>.

يشترط في القبول كذلك أن يصدر من شخص بالغ ولم يصاب بأي عارض من عوارض الأهلية ولا عيب من عيوب الإرادة، وأن يكون واضحا ومطابقا للإيجاب، ولا يشترط في الإيجاب والقبول أن يتم بطريقة معينة فكما يكون صريحا قد يكون ضمنيا، وقد نصت م 60 ت.م.ج.ع.م: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدعُ شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه ».

ولا يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ذلك.

وقد قضت محكمة النقض المصرية « بأنه لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقابل منه وأيّا كان الرأي في طبيعة الاتفاق، فإنّه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمني بعد تنفيذ العقد

1 - مهند أحمد صانوري وعامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 317.

2 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 67.

«(1) ، وعلى المحكمة إذا قضت بوقوع الإقالة ضمناً أن تورد الظروف والوقائع التي استندت عليها للتعرف والكشف عن إرادة الطرفين(2)».

ومن صور التراضي الذي يتم ضمناً على الإقالة، قيام البائع برد الثمن إلى المشتري وقيام المشتري برد السلعة للبائع دون أن يعبر صراحة على إرادتهما في إقالة العقد، وهذا ما يعرف بالتعاطي، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بعدم إلزام المستأجر بدفع بدل الإيجار إلى نهاية العقد، وذلك لقناعة المحكمة أنّ العقد تمت إقالته بالتعاطي، بتسليم مفتاح العين المؤجرة إلى المؤجر(3).

وقد نصت م 192 من مجلة الأحكام العدلية على « الإقالة بالتعاطي القائم مقام الإيجاب والقبول، صحيحة ».

تتعقد الإقالة بالتعاطي بثلاث صور:

- 1 - يرد المشتري المبيع للبائع بدعوى وجود عيب قديم فيه فيقبل البائع ويرد الثمن.
- 2 - إذا ردّ المشتري صك العقار المبيع على سبيل الإقالة إلى البائع فأخذ الصك وتصرف في العقار المذكور، تتعقد الإقالة على سبيل التعاطي من جانب المشتري.
- 3 - بالتعاطي من البائع مثال أن يستلم المشتري 100 كلغ من القمح من البائع ثم يقول المشتري أنّ الشعير غالٍ، ثم يرد له البائع الثمن كلّه أو بعضه فتتم الإقالة بما ردّ من الثمن(4)، وإذا كانت المحكمة هي صاحبة سلطة في استخلاص وكشف عن اتجاه نية المتعاقدين للتنازل فإنها لا يجب عليها التوسع في تفسير ما يؤدي إليه حفاظاً على العقد من الزوال(5)، وقد أقرت محكمة التمييز الكويتية أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة

1 - نقض صادر عن محكمة النقض المصرية 2-3-1976 نقلاً عن رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 275.

2 - مصطفى السيد الخارجي، المرجع السابق، ص 112.

3 - ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 444.

4 - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، ج 1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 167.

5 - محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 98.

والاختصاص في الكشف عن اتجاه نية المتعاقدين إلى إقالة العقد، وإنها تمارس هذه السلطة دون رقابة من محكمة التمييز<sup>(1)</sup>.

في سياق دراستي للتراضي في الإقالة تثار مسألة مدى جواز إقالة العقد بالإرادة منفردة لأحد المتعاقدين.

يذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز إقالة العقد بالإرادة المنفردة، لأن ذلك يؤدي إلى الخلط بين الإقالة والفسخ والاتفاقي، حيث ينحل العقد بالإقالة بمجرد تحقق الشرط المتفق عليه<sup>(2)</sup>، في حين يذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري إلى جواز الإقالة بالإرادة المنفردة، إذا تم الاتفاق سابقا على الإقالة، وهذا هو الرأي الذي أؤيده، وأجيب على من قال أن الإقالة بالإرادة المنفردة تؤدي إلى الخلط بينها وبين الفسخ الاتفاقي، بأنه في حالة الفسخ فإن سببه عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه فتتحقق الشرط الفاسخ، أما سبب الإقالة بالإرادة المنفردة فليس عدم التنفيذ، وإنما ندم أحمد المتعاقدين، فالاتفاق إما أن يتم في وقت الإقالة أو في وقت سابق عنها فالأمر سواء.

أستاءل عن حالة قيام نزاع بين المتعاقدين حول الإقالة بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، أرى أن القاضي الذي يعرض عليه مثل هذا النزاع تقتصر سلطته على التأكد من وجود الاتفاق سابقا على الإقالة ومن نية المتعاقد الذي أقال العقد بإرادته المنفردة. إذا كانت الإقالة عقد رضائي فهل هذا يعني أن الإقالة لا تخضع لأي إجراء شكلي، فإذا كان العقد محل الإقالة شكليا فإن الاتفاق على التقايل يكون شكليا، كالهبة والرهن الرسمي فهنا تجب الورقة الرسمية لإقالة كل من عقد الهبة والرهن الرسمي<sup>(3)</sup>.

تصح الإقالة التي تجري بواسطة وكيل أحد المتعاقدين أو عن طريق وكيلهما معا، فالتقايل يندرج ضمن التصرفات التي يجوز فيها التوكيل، ويشترط أن تكون الوكالة خاصة

1 - طعن كويتي 272 / 2004، تجاري جلسة 1-2-2006، محكمة التمييز الكويت، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز في مدة 2002/1/1 - 2006/12/31، القسم الخاص، ج 1، طبع وزارة العدل، الكويت، 2008، ص 23.

2 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت ن، ص 173.

3 - المرجع نفسه، ص 172.

يحدد فيها التصرف الذي يباشره الوكيل نيابة عن موكله، أما بالنسبة للتقاييل الفضولي شأنه في ذلك شأن جميع تصرفاته فلا تكون نافذة في حق المتعاقد إلا إذا أقره بنفسه<sup>(1)</sup>.

## 2 - المحل في الإقالة:

محل الإقالة هو العقد الذي ترد عليه الإقالة فتزيله، ولا يصح من العقود أن يكون محلا للإقالة إلا إذا كانت لازمة لطرفيها وتقبل الفسخ بالخيار كخيار العيب والرؤية<sup>(2)</sup> متى أتفق على هذه الخيارات، فإذا زاد المبيع زيادة تمنع الفسخ بأحد هذه الخيارات فإنه لا يمكن إقالته<sup>(3)</sup>.

يشترط كذلك في العقد محل الإقالة أن يكون صحيحا وناظا لأن العقد الباطل معدوم لا وجود له من الناحية القانونية سواء كان العقد باطلا بطلانا مطلقا أو نسبيا، وكذلك لا ترد الإقالة على العقد الموقوف ما لم يُجَز، فإذا أُجيز طبقت عليه الإقالة، وأن لم يجز بطل وبالتالي لا تصح الإقالة إذا وقعت عليه<sup>(4)</sup>.

## 3 - السبب في الإقالة:

يعد السبب أحد الأركان الجوهرية لانعقاد أي عقد وهو الغرض المباشر من التعاقد، ويشترط في السبب أن يكون موجودا وقت الإقالة صحيحا غير صوري، مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب، فقد يكون السبب في الإقالة هو عدم رغبة الطرفين في تنفيذ العقد، وقد يكون سببها ندم أحد الأطراف فيطلب الإقالة فيجيبه إليها الآخر.

1 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 55.

2 - خيار العيب: هو ما ثبت بنقص يخالف ما التزمه البائع شرطا أو عرفا في زمان ضمانه، ص 743. والحكمة من مشروعية خيار العيب دفع الضرر عن المشتري لأنه رضي بمبادلة المبيع، والبيع يقضي سلامة المبيع من كل عيب يوجب الرد بالعيب، ومادام يجب أن يكون المبيع سليما، فرض السلامة يفوت بوجود العيب، ص 341.

- خيار الرؤية هو حق يثبت للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد الذي عقد عليه ولم يره، ص 493. انظر: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج 1، ط 2، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985.

3 - ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 446.

4 - مهند أحمد صانوري، عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 323.

## ثانياً: شروط الإقالة

إلى جانب الشروط والأركان الموضوعية العامة التي تشترك فيها الإقالة مع سائر العقود والاتفاقات توجد شروط أخرى تتفرد بها الإقالة عن سائر العقود، وهي مستمدة أساساً من الفقه الإسلامي وهي شرط المجلس، قيام المعقود عليه في يد المتعاقد وقت الإقالة والزمن الذي تتعقد فيه الإقالة.

### 1 - شرط المجلس

يشترط لصحة الإقالة أن تتم في مجلس عقد يحضر فيه كلا المتعاقدين، والمجلس هو اسم المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدان لتبادل ألفاظ العقد هذا إذا فسر المجلس على أنه اسم مكان، وإذا فسر المجلس العقد على أنه اسم زمان يكون المجلس هو الزمان الذي يجتمع فيه المتعاقدان لتبادل ألفاظ العقد<sup>(1)</sup>.

نصت على هذا الشرط م 244 ت.م.أ التي تقابلها، م 290 ت.م.إ، م 169 ت.م.م ع، على: « تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً و موجوداً في يد المتعاقد»، وعليه يجب أن يجتمع المتعاقدان في مجلس واحد يناقشان فيه دوافع وشروط الإقالة، ثم يصدر إيجاب من أحدهما وقبول من الطرف الآخر يقترن به إن قبل الدعوة إلى الإقالة وإقالة النادم، يستوي أن يكون الحضور فعلياً أو حكماً، بواسطة الهاتف وغيره من وسائل الاتصال الحديثة مثل Skype، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن شرط المجلس مختلف فيه منهم من يشترطه ومنهم من يسقطه، والراجح أنه شرط يجب توفره قال الإمام النووي ولا تصح الإقالة إلا بحضور المتعاقدين هذا هو المذهب وبه قطع الجماهير<sup>(2)</sup>.

### 2 - قيام المعقود عليه في يد العاقد وقت الإقالة

لا يمكن إقالة العقد إلا إذا كان المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد المتعاقد حين الاتفاق على الإقالة، وهذا الشرط نصت عليه معظم التشريعات العربية حيث جاء في م 244 ت.م.أ على « تتم الإقالة...بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً » ونصت

1 - عبد الله محمود عبد الله الحافي، التكيف الفقهي للعربون، بحث منشور على موقع: www.frqhislammmessage.com

تاريخ النشر 2014/10/10، تاريخ زيارة الموقع 2016/04/24.

2 - عبد الله بن عبد الواحد الخميس، المرجع السابق، ص 278.

كذلك على هذا الشرط المواد 189 ف 1 ت.م.ق 270، ت.م.م.إ 217 ف 1 ت.م.ك، 169 ت.م.م.ع، 131 / 1 ت.م.م.س، 148 ت.م.ب.

مثال ذلك لو كان العقد المراد إقالته عقد بيع يجب قيام المبيع في يد المشتري وقت الإقالة فإن كان هالكا لم تصح، لأنه إذا هلك المبيع انعدم حكم البيع، أما وجود وقيام الثمن فليس شرط، فلو هلك وقت الإقالة صحت لأن محل حكم البيع لا يزال قائما، أما إذا كان البيع مقايضة عين بعين وهلكت إحداها في يد أحد المتعاقدين صحت الإقالة وما على مشتري العين الهالكة إلا رد مثلها أو قيمتها، ويسترد هو العين القائمة لدى المتعاقد الآخر، أما إذا هلك المعقود عليه هلاكا جزئيا فإن الإقالة تصح فيما بقي منه بقدر حصته من العوض<sup>(1)</sup>.

### 3 - زمن انعقاد الإقالة

انفرد كل من التشريع المغربي، الموريتاني، والتونسي على اشتراط هذا الشرط دون سائر التشريعات العربية.

ينص الفصل 393 ت.إ.ع.م.غ الذي يقابله ف.إ.ع.م.ر، وف 414 م.إ.ع.ت.على: « تنقضي الالتزامات التعاقدية إذا ارتضى المتعاقدين عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ » يفهم من هذا النص أن الأطراف إذا أرادوا حل العقد عن طريق الإقالة يجب أن يتم ذلك مباشرة بعد انعقاد العقد مادام التراد ممكنا، لأن مرور الزمن عن قيام العقد وانعقاده قد يترتب عنه استهلاك أو هلاك محل الإقالة وبالتالي يستحيل الرد فلا تنعقد الإقالة ولا تصح<sup>(2)</sup>.

1 - عدنان السرحان، ونوري خاطر، المرجع السابق، ص 287، وباسين الجبوري المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 445.

2 - imad Aribi، Regarde sur « Aliqâla » ou le muutus dissensus، revue internationale de droit comparé، Vol 56، N° 1، 2004، p 97.

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإقالة

يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية، حل هذه الرابطة بإرادتهما المشتركة وهو ما يعرف بالتقاييل، وهو حق مخول لكلا الطرفين فإذا باع شخص لآخر سيارة وسلّمها له ثم اتفقا على الإقالة وردّ المشتري السيارة وردّ البائع الثمن<sup>(1)</sup>، فهل هذا التصرف فسخ للعقد، أم هو عقد جديد، أم أنه طريق من طرق انحلال العقد، نتساءل هنا عن الطبيعة القانونية لهذا التصرف وهو ما سأجيب عنه في هذا المطلب.

### الفرع الأول: تكييف الإقالة على أنها فسخ

يدرج بعض الشراح والفقهاء الإقالة ضمن أنواع الفسخ ويعتبرونها فسخ اتفافي للعقد، ومن هؤلاء الأستاذ جميل الشرقاوي حيث يرى أن الإقالة فسخ للعقد يتم في وقت لاحق لإبرامه ولا يلزم لوقوعه أن تتوفر فيه شروط الفسخ القضائي فهو ليس جزءاً وإنما هو اتفاق على فسخ العقد<sup>(2)</sup>.

يذهب جانب من الفقه الإسلامي كذلك إلى اعتبار الإقالة فسخ، وهو قول زفر من الحنفية، وهو القول الجديد لدى الشافعي وهو مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup>، يستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم أن الإقالة فسخ بكون الإقالة في اللغة هي الرفع والإزالة يقال في الدعاء اللهم أقل عثرتي أي ارفعها، وبالتالي إذا كانت الإقالة تفيد في اللغة الرفع فإنّ إقالة العقد هي رفعه وفسخه<sup>(4)</sup>.

1 - عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 187.

2 - جميل الشرقاوي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 440.

3 - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج 7، ط 2، نشر مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1434، ص 416.

4 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 323.

انتقد هذا الرأي كونه لا يميز بين الإقالة التي تعتبر وسيلة من وسائل انحلال العقد، لها أحكام خاصة بها تميزها عن غيرها من الطرق والوسائل التي تنحل بها العقود، وعليه فإنني أحيل على الفرع الثاني من المطلب السابق الذي ميزت فيه الإقالة عن الفسخ.

### الفرع الثاني: تكييف الإقالة على أساس أنها عقد جديد

يعد أصحاب هذا الاتجاه الإقالة عقد جديد مناقض للعقد الأول<sup>(1)</sup> فإذا تقايل المتعاقدان عقد البيع الذي يكون طرفيه أحدهما بائع والآخر مشتري، فإنه بعد إقالة العقد الأول يتولد عقد جديد تتغير فيه المراكز يصبح فيه البائع مشترياً لأنه يرده الثمن إلى المشتري، ويصبح فيه المشتري بائعاً لأنه يرده العين المباعة للبائع<sup>(2)</sup>، ويشترط أصحاب هذا الاتجاه في هذا العقد الجديد ما يشترط في سائر العقود من أركان انعقاد وشروط صحة.

وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات منها، أنه من غير المنطقي أن تتغير صفة المتعاقدان بعد الاتفاق على التقايل بحيث يصبح المشتري بائعاً والبائع مشترياً، فالصواب أن كل من البائع والمشتري يبقى في مركزه وصفته، ويمكن كذلك أن يترتب على الأخذ بهذا القول اعتبار كل اتفاق على حل العقد عقد جديد، سواء عن طريق الإقالة أو الفسخ الاتفاقي وهو أمر خاطئ.

ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى الأخذ بهذا القول وهو قول المالكية، وقول الشافعي في القديم، ورواية عند الحنابلة واختاره ابن حزم، وقال أبو يوسف من الحنفية أن الإقالة بيع في حق المتعاقدين وفي حق غيرهما إلا أن يتعذر جعلها بيعاً فتكون فسخاً<sup>(3)</sup>.

استدل أصحاب هذا الرأي على قولهم أن الإقالة بيع جديد هو أن البيع هو إعطاء بدل وأخذ بدل أو مبادلة مال بمال، وهذا المعنى موجود في الإقالة لذا يمكن اعتبارها بيع مادامت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، واستدل آخرون بما ورد أن رسول الله صلى عليه وسلم دخل السوق فقال « يا أهل البقيع لا يفترق البائعان إلا عن تراضٍ، البيع بيع، والحوالة بيع والقياض بيع والإقالة بيع ». قال المحققون من أهل الحديث، هذا الحديث لم

1 - أحمد فتحي زغلول، المرجع السابق، ص 210.

2 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 35.

3 - ديبان بن محمد الديبان، المرجع السابق، ص 417.

يرو في الصحاح الستة وغيرها من دواوين الحديث المشهورة، مما يعني عدم شيوعه بين المحدثين والمشتغلين بهذا العلم لذا لا يصح الاستدلال به<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: تكيف الإقالة على أساس أنها فسخ بين المتعاقدين وعقد جديد بالنسبة للغير

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإقالة تصرف قانوني ذو طبيعة مزدوجة فهي فسخ بالنسبة للمتعاقدين وعقد جديد بالنسبة للغير، وقد أخذت بهذا التكيف جل التشريعات العربية التي نظمت الإقالة حيث نصت م 251 ت.م.ع.م على: « الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد » وتقابل هذه المادة من باقي التشريعات م 243 ت.م.أ، 269 ت.م.م.إ، 218 ت.م.ك، 196 ت.م.م.ع، 135 ت.م.م.س، وقد استحن بعض الفقه أخذ هذه التشريعات بهذا التكيف وإن كان منتقدا لأنها تكون قد حسمت الجدل الفقهي الذي دخل فيه علماء الشريعة الإسلامية.

يترتب على الأخذ بهذا الرأي أن يكون للإقالة أثر رجعي بين المتعاقدين بحيث يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويسترد كل منهما ما قدمه للآخر، أما في مواجهة الغير فلن يكون للإقالة أثر رجعي بل تعتبر عقد جديد مضاد للعقد، فإذا ترتب لهذا الغير حقوق على الشيء المبيع في الفترة ما بين العقدين فإن هذا الحق لا يزول بمقتضى الإقالة، وينتقل إلى البائع الأول الذي صار مشتريا في عقد الإقالة محمل بالحق الذي تقرر للغير خلال الفترة المذكورة، وإذا كان المبيع عقارا وجب تسجيل عقد الإقالة ودفع رسوم جديدة عند التسجيل<sup>(2)</sup>، مثاله لو رتب المشتري على الأرض التي اشتراها حقا عينيا للشخص آخر كحق المرور أو حق الشرب ثم حصلت الإقالة، فالبايع يسترد الأرض مثقلة بالحق العيني الذي رتبه المشتري عليها، وكذلك لو أجر المشتري الدار قبل الإقالة فالبايع يسترد الدار وهي مؤجرة<sup>(3)</sup>.

1 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 39.

2 - عبد الحي حجازي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 1105.

3 - عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 187.

وجه الفقه انتقادات عدة لهذا الرأي، يقول الأستاذ الذنون « ونحن نرفض الأخذ بهذا الرأي مطلقا ولا نفهم معنى هذا الازدواج في التكيف»<sup>(1)</sup>، ويترتب على اعتبار الإقالة فسخ أن يكون لها أثر رجعي بين المتعاقدين وهذا ما يتعارض مع طبيعة الإقالة حيث أن أثرها يكون حسبما يتفق عليه الأطراف، فهم من يقرر من إذا سيكون للإقالة أثر رجعي أم أن هذا الأثر يقتصر على المستقبل فقط أو على ما لم يتم تنفيذه من الالتزامات<sup>(2)</sup>.

إذا كانت معظم التشريعات العربية قد صرحت في تكيفها للإقالة على أنها فسخ بالنسبة للمتعاقدين وعقد جديد بالنسبة للغير إلا أن كل من التشريع المغربي والتونسي والموريتاني لم يصرحوا على أخذهم بتكليف معين، لكن بالرجوع إلى ف418 من م.إ.ع.ت، الذي يقابله ف397 ت.إ.ع.م.غ، وف394 ت.إ.ع.م.ر الذي ينص على: «يرجع المتعاقدان بموجب الإقالة إلى ما كانا عليه حين التعاقد فعلى كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بمقتضى العقد المفسوخ وكلما تغير شيء من العقد الأصلي فسدت به الإقالة وصار بذلك عقدا» يظهر لي أن هذه التشريعات قد كيفت الإقالة على أساس أنها فسخ بالنظر إلى الأثر الرجعي الذي رتبته بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فقد نص المشرع التونسي في ف419 من م.إ.ع.ت والذي يقابله ف395 ت.إ.ع.م.غ، وف395 ت.إ.ع.م.ر على «الإقالة لا تضر بالغير ممن اكتسبت حقا، فيما وقعت عليه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز»، وعله يمكن القول أن هذه التشريعات قد كيفت الإقالة على أساس أنها عقد جديد بالنسبة للغير.

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى اعتبار الإقالة فسخ في حق المتعاقدين وبيع جديد بالنسبة للغير، وهو قول أبي حنيفة وهو القول الصحيح عند الحنفية، والدليل على أن الإقالة فسخ هي كون معناها في اللغة الرفع والإزالة ورفع الشيء فسخه، وأما كونها بيع فإن المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما ما سلمه ببديل فهذا معنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق المتعاقدين لأن الإقالة نفي والبيع إثبات فأظهر هذا المعنى أي معنى البيع في حق الغير<sup>(3)</sup>.

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 203.

2 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 25.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 715.

ترتب على اختلاف الفقه الإسلامي في تكيف الإقالة وعلى حد وصف الفقهاء له ثمار فقهية وهي كالتالي:

### أولاً: أهم ما يترتب على اعتبار الإقالة فسخ

يترتب على اعتبار الإقالة فسخ، أن الإقالة تكون بالثمن الأول، وعدم الشفعة فيما يرد بالإقالة.

#### 1- الإقالة بأقل أو أكثر من الثمن الأول:

إذا تقابل المتعاقدان ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو سميا جنسا آخر سوى الثمن الأول قل أو أكثر كل هذا باطل وتكون الإقالة على الثمن الأول سواء كانت الإقالة قبل القبض أم بعده، وسواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً، هذا على القول بأنها فسخ، لأن الفسخ رفع للعقد الأول والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه به، وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وما بعده، وما بين المنقول والعقار، أما تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل تكون باطلة وتبقى الإقالة صحيحة لأن تسمية هذه الزيادة لا تؤثر على صحة الإقالة، لأن الإقالة رفع ما كان لا ما لم يكن، وتكون الإقالة أيضاً بمثل الثمن الأول لا زيادة ولا نقصان فيه، ولا ينفذ ما دفع بدلا عنه حتى لو كان عشرة دنانير فدفعت إليه دراهم عوضاً عنها ثم تقايلاً، وقد رخصت الدنانير، رفع بالدنانير لا مما دفع لأن الإقالة اعتبرت فسحاً، والفسخ يرد على ما يرد عليه العقد، وكان اشتراط الثمن الأول باطلاً

#### 2- عدم الشفعة مما يرد بالإقالة:

يترتب على القول أن الإقالة فسخ ألا يكون للشفيع حق الشفعة مما يرد بالإقالة، وهذا قول زفر من الحنفية، أما سائر الحنفية وجمهور فقهاء المذاهب الأخرى فإنهم يعطون للشفيع حق الشفعة فيما يرد بالإقالة<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: الآثار المترتبة على اعتبار الإقالة بيع

يترتب على اعتبار الإقالة بيع، منع رجوع الواهب في هبته، وهلاك عروض التجارة.

1 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 48، والموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 320.

## 1- منح رجوع الواهب:

يترتب على اعتبار الإقالة بيع عدم قدرة الواهب على الرجوع إذا باع الموهوب له من آخر ثم تقايلا، لأن الموهوب له عندما تقايل مع المشتري منه صار كالمشتري من المشتري فكأنما عاد إليه الموهوب بملك جديد.

## 2- هلاك عروض التجارة.

إذا اشتري المشتري بعروض التجارة خيلا للحرث، وعندما حال عليه الحول وجد به عيبا فرده واسترد العوض فهلكت بيده، فإنه لا يسقط عنه الزكاة لأنه بيع جديد في حق ثالث وهو الفقير فتكون الإقالة في حقه بيع جديد، بحيث يكون البيع الأول مهلكا للعروض فتجب الزكاة، ولو كانت الإقالة فسحا في حق الفقير لارتفع البيع الأول، وصار كأنه لم يبيع وهلكت العروض فلا تجب الزكاة<sup>(1)</sup>.

## الفرع الرابع: تكييف الإقالة على أساس أنها وسيلة ينحل بها العقد

حسب أنصار هذا الاتجاه تعد الإقالة طريق من طرق انحلال العقد، فلا تعد فسحا ولا عقدا جديدا، ولا فسحا بين المتعاقدين ولا عقدا جديدا بالنسبة للغير، فهي نظام قائم بذاته حيث تتميز الإقالة في كونها اتفاق وأن الاتفاق يتم سواء قبل تنفيذ العقد أو أثنائه، كما أن المتعاقدين هم من يتفق حول الأثر الذي يترتب على الإقالة فقد يكون رجعيا يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وقد فوريا يقتصر على المستقبل فقط.

يعد هذا الرأي في نظري هو السليم والمنطقي وهو الذي أؤيده، فلم يقع أصحابه فيما وقع فيه الفقه من خلط فيما يتعلق بطبيعة الإقالة فقد ذهب الفقه في البداية إلى اعتبار الإقالة فسخ فيما بين المتعاقدين، ثم عقدا جديدا منتجا لآثار جديدة بالنسبة للغير هذا مناقض تماما رأيه الأول. وبالتالي من الأفضل اعتبار الإقالة وسيلة متميزة عن غيرها من وسائل انحلال العقود لها شروط وآثار خاصة بها<sup>(2)</sup>.

1 - إبراهيم أنيس محمد يحي، المرجع السابق، ص 39.

2 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 27.

## المبحث الثاني: تطبيقات الإقالة وآثارها

للتوضيح فكرة الإقالة يجب إيراد تطبيقاتها في العقود المختلفة التي يمكن أن ترد عليها، وهذا ما سيتم تناوله في (المطلب الأول)، وبعد التعرض لتطبيقات الإقالة سأحاول البحث في الآثار المترتبة عن انحلال العقد بالإقالة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تطبيقات الإقالة

يتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في تحديد نطاق الإقالة واقتصارها على العقود دون غيرها من التصرفات القانونية، كالوصية والوقف وعقد الزواج، فلا يسمى رجوع الواقف عن الوقف تقايلا، ولا يمكن تسمية إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع أو الطلاق إقالة، ويخرج كذلك عن نطاق الإقالة العقود والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، لأنها ليست عقودا مدنية وتدخل ضمن القانون العام، ويجب كذلك أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، فالإقالة لا تتم إلا باتفاق الأطراف أي بتطابق إرادتين على حل العقد بالإقالة ولا يتصور ذلك إلا في العقود الملزمة للجانبين<sup>(1)</sup>.

بالمقابل هناك من يرى جواز الإقالة في العقود الملزمة لجانب واحد، ومن العقود الملزمة لجانب واحد التي ترد عليها الإقالة نجد عقد الهبة، وإن كان الأصل أنّ عقد الهبة يعرف نظاما خاصا ينحل به وهو الرجوع، فقد أجازت التشريعات في أوضاع خاصة للواهب أن يرجع عن هبته فمادام أنه أخرج شيئا من ذمته دون مقابل أجازت له الرجوع عنه والرجوع قد يتم بالتقاضي في حالة عدم قبول الموهوب له الرجوع وقد يتم بالتراضي، لذا ذهب الفقه إلى تكيف هذا الرجوع الذي يتم بالتراضي على أنه إقالة لعقد الهبة، بشرط أن يكون الشيء الموهوب قائما وموجودا في يد الموهوب له وإلا بطلت الإقالة، أما إذا أصاب الشيء الموهوب هلاك جزئي فإن الإقالة تصح كما في سائر العقود.

لا يختلف التكيف القانوني للرجوع بالتراضي على أنه إقالة للهبة سواء كانت الهبة بعوض أو بغير عوض، ذلك أن الإقالة هي اتفاق على حل الرابطة العقدية سواء كانت هذه

1 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص31

الرابطة من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع ولا ينفي عن عقد الهبة كونها من عقود التبرع إن تمت بعوضٍ مادامت نية التبرع موجودة<sup>(1)</sup>.

يترتب على الرجوع عن الهبة سواءً تمّ بالتقاضي أو التقايل أن تعتبر كأن لم تكن كما نصت على ذلك م 1/503 ت.م.م، التي تقابلها م 624 ت.م.ع، على: « ولا يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه بعد وإذا سلّمه فله أن يسترده » وإذا هلك الشيء في يد الموهوب له وبفعله كان ضامنا لهذا الهالك ويجب عليه تعويض الواهب أمّا إذا هلك بسبب أجنبي فإنّ الموهوب يهلك على الواهب، أما بالنسبة للغير حسن النية فإنّ الأثر الرجعي لإقالة عقد الهبة لا يسري عليه، فقط يجب أن يكون قد اكتسب هذا الحق على الشيء الموهوب قبل تسجيل الاتفاق على إقالة الهبة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الأول: الإقالة في عقد البيع

يعد عقد البيع المجال الفسيح لتطبيق أحكام الإقالة، لذا جرت العادة خاصة في كتب الفقه الإسلامي على تناول أحكام الإقالة ضمن أبواب البيع وهو المسلك نفسه الذي سلكته مجلة الأحكام العدلية التي عنونت الفصل الخامس منها بعنوان "في إقالة البيع". وهو نفس مسلك المشرع اليمني حيث تناول الإقالة ضمن عقد البيع وذلك في المواد 582-584 ت.م.ي، أما المشرع العراقي فقد أضاف في الفقرة الثانية من م 182 ت.م.ع حالة جزئية متعلقة بعقد البيع، لذا كان محل انتقاد من الفقه العراقي الذي يرى وجوب حذف أو تعديل هذه المادة لأن الإقالة ليست مقتصرة على عقد البيع بل يمكن أن ترد على عقودٍ أخرى<sup>(3)</sup>، يشترط لإقالة عقد البيع اتفاق كل من البائع والمشتري على إقالة العقد، بحيث يطابق الإيجاب القبول، تنص م 190 من م.أ.ع على « للعاقدين أن يتقايدا البيع برضاها بعد انعقاده » وتنص م 191 من المجلة نفسها على « الإقالة كالبيع تكون بالإيجاب والقبول،

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني، الهبة والشركة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 182. وقضي سلمان الهلالي، الرجوع في الهبة في

التشريع العراقي، بحث منشور على الموقع: [www.iasj.net](http://www.iasj.net) د.ت.ن تاريخ زيارة الموقع 2016/04/30

2 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 209.

3 - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، ج 1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1996، ص 323.

مثلا لو قال أحد العاقدين أقلت البيع أو فسخته وقال الآخر قبلت، أو قال أحدهما للآخر أقلتني البيع فقال الآخر قد فعلت صحت الإقالة.»

يمكن أن يرد الإيجاب في إقالة عقد البيع بصفة صريحة كأن يقول البائع للمشتري أقلتك أو أنت مقال، أو لك القبيلة وغير ذلك من الألفاظ الصريحة كالكتابة والإشارة المتداولة عرفاً<sup>(1)</sup>.

فكما يرد الإيجاب صريحا يمكن أن يرد ضمنيا، فقد نص الفصل 394 ت.إ.ع.م.غ على « يجوز أن تقع الإقالة ضمنيا كما هي الحال إذا قام كل المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع وثن « ويقابل هذا الفصل كل من ف 391 ت.إ.ع.م.ر، وف 415 م.إ.ع.ت إلا أن النص التونسي ورد بصيغة غير صحيحة في نظري وهي كالآتي: « تصح الإقالة بالسكوت كرد كل ما أخذه من الآخر ثمنا ومثمنا بعد البيع ». فالسكوت لا يصلح أن يكون طريقا للتعبير عن الإرادة، والقاعدة الفقهية تقضي بأن لا ينسب لساكت قول، والتراد هذا الذي يتم بين البائع والمشتري إنما هو تراضٍ ضمني عن الإقالة، وقد تجنب هذا الخطأ النص الفرنسي لهذا الفصل الذي جاء فيه:

« La résiliation peut être tacite : tel est le cas où après une vente conclue les partis se restituent réciproquement la chose et le prix ».

يكون الفقه الإسلامي قد سبق الفقه الغربي والقوانين الأوروبية حول حصول التراضي بطريقة ضمنية، وقد نقلت التشريعات الأوروبية هذه القاعدة عن القضاء الفرنسي، وعليه فإن كل من الفقه الإسلامي والغربي يتفقان على صحة التراضي الذي يتم بطريقة ضمنية<sup>(2)</sup>.

يكون كذلك التراضي على الإقالة ضمنيا في الحالة التي يتصرف فيها البائع في مبيع إلى آخر دون اعتراض المشتري.

يشترط كذلك لصحة الإقالة في عقد البيع الأهلية اللازمة لإبرامه، فالتقابل في عقد البيع يقتضي توفر أهلية التصرف في كلا المتعاقدين<sup>(3)</sup>، ويشترط كذلك أن يكون محل

1 - عبد الواحد الخميس، المرجع السابق، ص 249.

2 - ImadAribi، op.cit، p 92.

3 - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، (عقد البيع)، ط 4، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص 453.

الإقالة قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الإقالة، أما إذا هلك المحل هلاكاً جزئياً فيجوز التقايل فيما بقي منه<sup>(1)</sup>.

ويشترط كذلك لصحة إقالة عقد البيع اتحاد المجلس، فقد نصت م 193 من م.أ.ع على: «يلزم اتحاد المجلس في الإقالة كالبيع»، يعني يلزم أن يوجد القبول في مجلس الإيجاب، وأما إذا قال أحد المتعاقدين أقلت البيع، وقبل أن يقبل الآخر انفض المجلس أو صدر من أحدهما فعل أو قول يدل على الإعراض ثم قبل الآخر لا يعتبر قبوله ولا يفيد شيئاً حينئذ .

يخضع إثبات الإقالة في عقد البيع للقواعد العامة للإثبات، ويترتب على إقالة عقد البيع محو آثار البيع وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فتعود الملكية إلى البائع، ويسترد المشتري الثمن إن كان دفعه وإلا فإن التزامه بدفعه يسقط<sup>(2)</sup>، وهذا على رأي من يرى أن الإقالة لها أثر رجعي بين المتعاقدين، في حين أن القاعدة العامة تقضي أن ليس للإقالة أثر رجعي إلا إذا تم الاتفاق على ذلك.

### الفرع الثاني: الإقالة في عقد الإيجار

يعد عقد الإيجار ثاني أهم عقد مسمى بعد عقد البيع، لذا اتجهت التشريعات المعاصرة إلى تنظيمه، ويعد عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين بالنظر إلى أطرافه، ويعد كذلك من عقود المعاوضة بالنظر إلى محله فكل من المؤجر والمستأجر يأخذ بدلاً عما يعطيه. يعد عقد الإيجار كذلك من عقود المدة أي أن الزمن عنصر جوهري فيه ينتهي بانتهاء مدته، وكغيره من العقود يزول بالبطلان وينحل بالفسخ والتقايل، إذ أن التقايل اتفاق المتعاقدين على إنهاءه قبل انقضاء مدته وذلك طبقاً للقواعد العامة<sup>(3)</sup>. لقد عرف الفقه الإسلامي الإقالة في عقد الإيجار كما عرّفها في عقد البيع لأن الإجارة معاوضة مال بمال

1 - علي حيدر، المرجع السابق، ص 168.

2 - سلمان مرقس، المرجع السابق، ص 453.

3 - إبراهيم أنيس محمد يحيى، المرجع السابق، ص 92.

فكانت محتملة للإقالة كالبيع<sup>(1)</sup>، وعليه الإجارة تنتسخ بالإقالة، والإقالة في الإجارة كالإقالة في البيع<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للقوانين الوضعية فمادام أن نصوص الإقالة وردت كقواعد عامة تنطبق على سائر العقود اللازمة لطرفيها وعقد الإيجار يندرج ضمن هذه العقود.

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إقالة عقد الإيجار بالتراضي قبل انتهاء مدته، فكما أنشأ عقد الإيجار بإرادتهما لهما أن ينهياه بإرادتهما كذلك، ولكن هذا لا يعني عدم جواز إقالة الإيجار بالإرادة المنفردة إذا تمّ الاتفاق على الإقالة بالإرادة المنفردة سابقاً، إلا أن محكمة رام الله في حكمها المستأنف 94/114 قضت بأنه « تتعدّد الإجارة بإرادتي طرفي العقد وتنتسخ أيضاً بإرادتيهما عن طريق إقالة العقد أو بحكم القاضي، ولا يحق لأحد فسخ العقد من تلقاء نفسه، أو الرجوع عن الإقالة أيضاً بإرادة منفردة لأن العقد شريعة المتعاقدين »<sup>(3)</sup>. وهذا رأي من لا يجيز الإقالة بالإرادة المنفردة وقد عرضت الانتقادات الموجهة لهذا الرأي سابقاً.

ومن أمثلة إقالة عقد الإيجار بالإرادة المنفردة ما يتفق عليه في عقد الإيجار من أنّ لكل من المتعاقدين الحق في إلغاء عقد الإيجار بإعلان يرسله إلى المتعاقد الآخر قبل الإلغاء بمدة معينة وهي على هذا الوصف إقالة متفق عليها في عقد الإيجار بين المتعاقدين، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأنه « أجازت المادة 241 من ت.م.أ للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها، وتتم إقالة العقد بإيجاب وقبول في مجلس العقد، أو بالتعاطي في نفس المجلس إذا كان المعقود عليه قائماً وموجوداً وعليه فإذا قام المستأجر العقار بعقد صحيح لازم بترك المأجور بإرادته المنفردة وسلّم مفتاح المأجور لزوجته المؤجر قبل انقضاء مدة العقد دون اتفاق على إقالة العقد أو فسخه فلا تعتبر الإقالة قانونية، وأنّ تسليم المفتاح لا يعني بالضرورة إقالة للعقد مادام لم يلقَ قبولا أم لم يكن باتفاق مع العاقد الآخر، ويكون الحكم للمؤجر ببطل الإيجار عن باقي المدة التي بقي فيها المأجور خالياً دون تأجير »<sup>(4)</sup>.

1 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 781.

2 - علي حيدر، المرجع السابق، ص 492.

3 - استئناف حقوق رقم 114 لسنة 94 فصل بتاريخ 23-4-1998 محكمة الاستئناف رام الله فلسطين منشور على

موقع، [www.qanon.ps](http://www.qanon.ps) د.ت.ن تاريخ زيارة الموقع، 05-05-2016

4 - إبراهيم أنيس محمد يحيى، المرجع السابق، ص 95.

يكون الإيجاب في إقالة عقد الإيجار صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، ومثال التقايل الصريح ما قضت به محكمة النقض المصرية « أنه إذا استأجر أحد الشركاء نصيب باقي شركائه في الأطنان المشتركة فإنه لا تثريب على الحكم، إذا استخلص عدول هؤلاء الشركاء عن العلاقة التأجيرية من عريضة دعوى يطالبون فيها شريكهم بإيجار نصيبهم في الأطنان في سنة معينة وبريعها في السنوات التالية، ومن عريضة دعوى يطالبون فيها قسمة هذا النصيب واستخلص قبول المستأجر لهذا من عبارة محاميه في إحدى الدعويين بأنه وكيل عن شركائه في الشيوخ»<sup>(1)</sup>.

وكذلك يعد إيجابا صريحا للإقالة إذا رفع أحد المتعاقدين دعوى بفسخ الإيجار كان هذا إيجابا صريحا منه للإقالة، فيجوز للمتعاقد الآخر عند رفع الدعوى أن يقبل هذا الإيجاب فيتم النفاخ أو التقايل بالتراضي.

أما التراضي ضمنيا على الإقالة في عقد الإيجار فيكون عندما يتخلى المؤجر عن العين المؤجرة التي استأجرها قبل انقضاء مدة الإيجار فيستلمها المؤجر دون تحفظ منه<sup>(2)</sup>. وكما قلت سابقا أن الإقالة في عقد البيع تتعد بالتعاطي فإن الأمر ينطبق على الإيجار حسب الحكم المستأنف المشار إليه سابقا 94/114 والذي نص على «تتعقد الإيجار بالتعاطي وتقال أيضا بذلك، فإن قيام المستأجر بتسليم المفتاح للمؤجر أو رد عقد الإيجار أو تسليم المأجور لصاحبه تعد أفعالا مادية يتم فيها إقالة العقد».

يتبع القاضي في إثبات اتفاق الطرفين على إقالة عقد الإيجار القواعد العامة المتعارف عليها في الإثبات من بينة وقرينة وشهادة شهود وغير ذلك من قواعد الإثبات<sup>(3)</sup>، وذهبت محكمة التمييز الأردنية في القضية المرقمة 88/528 إلى «إن إثبات إقالة عقد الإيجار تخضع للقواعد العامة في الإثبات ولا يجوز إثبات إقالة بالنية الشخصية إذا كان الخصم قد اعترض على جواز تقديمها»<sup>(4)</sup>.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1964، ص 751.

2 - المرجع نفسه، ص 751.

3 - المرجع نفسه، ص 752.

4 - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 320.

تثور مسألة التكيف الفقهي للإقالة، هل هي فسخ أم عقد جديد أم أنها اتفاق على حل العقد، وكيف الأستاذ عبد الحي حجازي إقالة عقد الإيجار على أنه اتفاق يراد به إنهاء عقد قائم، يحصل بين نفس المتعاقدين ويجب أن يكون له نفس شكل العقد المراد إنجائه، ويهدف من خلاله المتعاقدان إلى إنهاء العقد قبل انتهاء المدة المتفق عليها دون المساس بما مضى من ذلك العقد<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: تطبيقات أخرى للإقالة

لا يقتصر نطاق الإقالة على البيع والإيجار فقط بل يمتد لعدة عقود أخرى كالمقاوله والشفعة وهو ما سأبينه في هذا الفرع.

#### أولاً: الإقالة في عقد المقاوله

يعد عقد المقاوله من العقود الجديدة التي كثر الإقبال عليها من طرف الأشخاص الطبيعية والمعنوية ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد المقاوله في الفصل الأول من الباب التاسع من القانون المدني المعنون بالعقود التي ترد على العمل، وقد عرف المشرع الجزائري عقد المقاوله في م 549 ت.م.ج «المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

ينقضي عقد المقاوله حسب القانون الجزائري إما بالإرادة المنفردة لرب العمل في أي وقت قبل إتمام العمل على أن يعوض المقاول حسب م 566 ت.م.ج، أو باستحالة التنفيذ م 567 ت.م.ج، إذا هلك الشيء بسبب مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل م 568 ت.م.ج، موت المقاول، إلى جانب هذه الحالات التي تم ذكرها يجوز لرب العمل والمقاول الاتفاق على إنهاء عقد المقاوله فكما انعقدت المقاوله بتراضي الطرفين، يمكن إنهاؤها كذلك باتفاقهما ويغلب أن يسوي المتعاقدان الحساب فيما بينهما باتفاق يضمنانه التقايل<sup>(2)</sup> والاتفاق على إقالة عقد المقاوله إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمناً وقد قضت محكمة النقض السورية في نقض صادر عنها على:

1 - عبد الحي حجازي، عقد المدة، المرجع السابق، 230.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاوله، المجلد الأول، الجزء 7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 246.

«2480 عقد مقاوله، إخلال المقاول بالعقد، مخالفة الشروط تنفيذ عيني، فسخ العقد

تعويض، إنذار المقاول شخصية المقاول، إنذار عدلي إقالة العقد:

1 - إذا أخل المقاول بالتزامه في إنجاز العمل فخالف الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو تأخر في إنجاز العمل فإن مسؤوليته تتحقق ويكون لرب العمل في هذه الحالة وتطبيقاً للقواعد العامة إما أن يطلب التنفيذ العيني، وإما أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، ويجب أن يعذر رب العمل المقاول كما تقضي القواعد العامة.

2 - إذا كان العمل المطلوب إنجازه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً.

3 - إذا استرد صاحب العمل السلف المدفوعة إلى المقاول، وعهد بالعمل إلى مقاول آخر فإن ذلك يفيد الاتفاق على إقالة العقد<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن استرداد رب العمل للسلف المدفوعة للمقاول وتعهده بالعمل لمقاول آخر، دون أن يعترض المقاول الأول على ذلك فإن هذا يعد تراضٍ ضمني على الإقالة.»

### ثانياً: الإقالة في الشفعة

عرّف المشرع الجزائري الشفعة في م 794 ت.م.ج على أنها « رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ». يقوم نظام الشفعة على مكنة يستطيع بها الشفيع أخذ العقار المبيع رغماً عن البائع والمشتري، وذلك باستصدار حكم قضائي يحل بمقتضاه محل المشتري إذا لم يسلم له الأمر رضاً، والحكمة من تقرير الشفعة هي الرغبة في دفع الضرر المتوقع للشفيع بسبب مشاركة شخص آخر له في عقاره فإذا أراد أحد الشركاء بيع نصيبه من العقار المشترك، فإن شريكه أحق به من الأجنبي فيحل محله في البيع ويدفع ثمنه لشريكه البائع<sup>(2)</sup>، هذا من جهة ومن جهة أخرى تمثل الشفعة قيوداً خطيراً على حرية التملك والتصرف فبمقتضاها يجد المشتري

1 - نقض سوري رقم 749 أساس 237 بتاريخ 1982/04/22 منشور على الموقع: [www.bibliodroit.blogspot.com](http://www.bibliodroit.blogspot.com)

د.ت.ن، تاريخ زيارة الموقع 2016-05-10

2 - منى مقلاتي، "النظام القانوني للشفعة، دراسة مقارنة في التشريع المصري واللبناني"، مجلة الفكر، العدد 12، جامعة بسكرة، د.ت.ن، ص 544.

نفسه مجبرا على التخلي على العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفا في عقدٍ مع آخر غير الشخص الذي أراد البيع له.

تثور مسألة الإقالة في الشفعة فهل تسقط بالإقالة أم لا، مثلا لو اشترى شخص من آخر عقارا ثم أخذ الشفيع الأرض بالشفعة، وبعد قبضها من طرف الشفيع تقايل البائع والمشتري البيع الذي تم بينهما<sup>(1)</sup>، فهل يرد الشفيع الأرض إلى البائع ويسقط الشفعة؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين علينا الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي هو المصدر الأساسي لأحكام الشفعة، ثم ننظر آراء فقهاء وشرح القانون الوضعي.

طبقا لأحكام الفقه الإسلامي إذا تقايل البائع والمشتري العقد فهذا لا يسقط حق الشفيع في الشفعة الثابت على الشيء المتقايل عنه، بل تجدد للشفيع حقه في الشفعة إذا كان سقط في البيع الأول لاعتبارها بيعا جديدا، وقد نقل ابن رشد الإجماع على أن الإقالة لا تبطل الشفعة<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للتشريعات الوضعية فلا تكاد تختلف كثيرا عن الفقه الإسلامي، فقد أثير موضوع سقوط الشفعة بالإقالة خاصة أمام المحاكم.

حسب م 234 ت.م.أ فإن الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد، وقد اعتبر المشرع الأردني الإقالة في الشفعة بيع حسبما جاء في المذكرات الإيضاحية، فإن حصلت الإقالة بين طرفي العقد سواء قبل طلب الشفعة أو بعد سقوطها، فإن حق الشفيع في الشفعة لا يسقط ما دامت شروطها متوفرة لأن الإقالة بيع جديد بالنسبة له ويترتب عليها عودة المبيع إلى مالكة الأصلي، وبالتالي لم يعد هناك احتمال من حصول ضرر للشفيع، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في تمييز لها أن « إذا فسخ البيع وعاد المبيع إلى البائع وزال الضرر الذي قصد الشفيع أو صاحب الأولوية تحاشيه بالتملك »<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للقضاء والفقه في مصر، فإنه لا يختلف كثيرا عن نظيره الأردني وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مجرد التعاقد على البيع ينشأ عنه حق للشفيع في الأخذ

1 - إبراهيم أنيس محمد يحيى، المرجع السابق، ص 98.

2 - المرجع نفسه، ص 98

3 - تمييز حقوق صادر عن محكمة التمييز الأردنية، رقم 88/5 بتاريخ 1988/02/16. نقلا عن: إبراهيم أنس محمد

يحيى، المرجع السابق، ص 99.

بالشفعة وأن تفاسخ هذا البيع لا يؤثر في حق الشفيع، إذا حصل بعد إعلان رغبته بالأخذ بالشفعة، والتحقق من حصول الشفعة من مسائل الواقع التي يستقيل بها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغا له ما يسانده من أوراق الدعوى، يشترط للأخذ بالشفعة إعلان الرغبة بالشفعة لكل من البائع والمشتري.

حسب م 799 ت.م.ج على الشفيع أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري خلال مدة 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع والمشتري وإلا سقط حقه في ذلك. تكمن أهمية إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خلال المواعيد بالنظر إلى ما يترتب على ذلك من آثار بعد ذلك.

إذا أعلن الشفيع رغبته بالشفعة قبل حصول الإقالة فإن حقه في الشفعة يبقى ثابتا ولا يحتج بمواجهته بالإقالة، أما إذا تمت بالإقالة قبل إعلان الرغبة فإن البيع يكون قد زال وبالتالي لم يعد هناك محل يرد عليه حق الشفيع، فلا وجه له لرفع الدعوى بالشفعة وإن كان رفعها فإنه يقضي برفضها<sup>(1)</sup>.

تثور مسألة التكييف الفقهي للإقالة بمناسبة الشفعة هل هي فسخ أم بيع جديد، وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية «التقاييل لا يعتبر بيعا جديدا، يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأن التقاييل أو التراد في البيع هو فسخ له بالتراضي و لا يعتبر بيعا جديدا ومن شأنه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليه قبل البيع، ومحو كل أثر له مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة، وإذا كان التقاييل قد حصل قبل طلب الشفعة فإن البيع لا يبقى محل للشفعة»<sup>(2)</sup>. وقد وجهت انتقادات لهذا الحكم الصادر عن محكمة النقض، فإذا كيف التقاييل على أنه فسخ للبيع القائم لا إنشاء بيع جديد، ترتب عن ذلك زوال البيع بالتقاييل ويكون هذا الزوال بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وبالتالي لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة بعد الإقالة، لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة وشرط الشفعة أن يكون البيع قائم عند طلبها<sup>(3)</sup>.

1 - إبراهيم أنيس محمد يحي، المرجع السابق، ص 101.

2 - المرجع نفسه، ص 101.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج 9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 505.

ولا يكون التقايل حتما فسخا للبيع القائم، بل يتوقف الأمر على قصد المتقاييلين فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد دون أثر رجعي يعيدهما إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، فيكون التقايل بهذا المفهوم عقد جديد، حيث يكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري، ثم يتحول بموجب الإقالة إلى عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع وفي هذا الفرض لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة لأن حقه فيها زال بالتقايل، لكن يستطيع طلبها في البيع الثاني طبقا للمواعيد البيع الثاني.

إذا طلب الشفيع الشفعة في مواعيدها في البيع القائم قبل التقايل عنه ثبت حقه في الشفعة سواء اعتبر التقايل فسخا أم بيعا جديدا، فإن اعتبر فسخا لم تسقط الشفعة، لأن الفسخ هنا يكون بالتراضي ولا يمكن للمتفاسخين إسقاط حق الشفعة بتراضيهما وإن كان بيعا جديدا أعقب البيع الأول فإن الشفعة لا تسقط لأن الشفيع قد طلبها في البيع الأول، ويسقط حقه في حالة لم يطلبها في البيع الأول بالتالي عليه أن يطلبها في البيع الثاني هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة في البيع الأول ويطلبها في البيع الثاني<sup>(1)</sup>.

معروف أن بيع العقار من العقود التي يستوجب فيها توفر الشكل لانتقال الملكية، والإقالة بدورها تنهي العقد الأول، فإذا ترتب على العقد الأول انتقال الملكية في العقار فإن من شأن الإقالة أن تنقل هذا الحق ممن آل إليه إلى صاحبه الأصلي، ومن ثم يصبح تسجيله واجبا لانتقال الملكية إليه مرة أخرى<sup>(2)</sup>.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 627.

2 - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 627.

## المطلب الثاني: آثار الإقالة

بعد اتفاق المتعاقدين على إقالة العقد ووضع حد له مع وجوب توفر شروط الإقالة التي تطرقت لها سابقا فإن الإقالة تتعد وترتب آثارها، وعليه فإنني في هذا المطلب سأدرس الآثار المترتبة على إقالة العقد سواء بالنسبة للمتعاقدين (الفرع الأول) أو بالنسبة للغير (الفرع الثاني) ثم أتطرق لمبطلات الإقالة (الفرع الثالث) وأخيرا مقارنة أحكام الإقالة بين الفقه الوضعي و الشريعة الإسلامية (الفرع الرابع).

### الفرع الأول: آثار الإقالة بالنسبة للمتعاقدين

طبقا للمادة 250 م.ع.م، التي تنص على أن الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وبالنسبة للغير عقد جديد وبهذا التكيف أخذت جل التشريعات العربية فإن أثر الإقالة ذو طبيعة مزدوجة، فهي فسخ بالنسبة للمتعاقدين أي يترتب عليها ما يترتب على الفسخ من آثار فيما بين المتعاقدين، وهي عقد جديد بالنسبة للغير<sup>(1)</sup>، وعليه إذا رتب أثر الفسخ على الإقالة فإن العقد ينحل بأثر رجعي يعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهنا أتساءل هل للإقالة أثر رجعي؟

انقسم الفقه حول الأثر الرجعي للإقالة إلى ثلاثة اتجاهات الأول يرى أن الإقالة تتم بأثر رجعي، الاتجاه الثاني يرى أن الإقالة ليس لها أثر رجعي، أما الاتجاه الثالث فيرى أن الأثر الرجعي للإقالة يتوقف على إرادة الطرفين.

### أولا: الإقالة تحل العقد بأثر رجعي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإقالة كالفسخ من حيث الأثر والحكم، تزيل العقد بأثر رجعي يعود فيه المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد<sup>(2)</sup> يعتبر العقد الذي تمت إقالته كأن لم يبرم أصلا ويقتصر الأثر الرجعي للإقالة على المتعاقدين نفسيهما، والخلف العام لكل منهما ودائنيهما، أما بالنسبة لغير هؤلاء فإن الإقالة لا يكون لها أثر إلا بالنسبة للمستقبل حتى لا يتضرر هذا الغير، فإذا باع شخص لآخر دارا وسلم البائع الدار للمشتري وتسلم هو

1 - مهند أحمد صانوري، عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 329.

2 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 453.

بدوره الثمن ثم اتفقا على التقايل، بالتالي يعتبر العقد كأن لم يكن بينهما، وكأنهما لم يبرما البيع أصلا لأن الإقالة في حقهما فسخ، أما بالنسبة للغير و هو الذي له حق على المعقود عليه، فإنه بالنسبة له يكون المتعاقدان قد أبرما عقدا عكسيا يصبح المشتري بائع والبائع مشتري ويعود محل العقد مثقلا بحق الغير<sup>(1)</sup>.

وقد نص كل من المشرع التونسي والمغربي والموريتاني صراحة على أن الإقالة تتم بأثر رجعي، فقد جاء في الفصل 418 م.إ.ع.ت الذي يقابله كل من الفصل 397 ت.إ.ع.م غ، ف 394 ت.إ.ع.م.ر على: «يرجع المتعاقدان بموجب الإقالة إلى ما كانا عليه قبل التعاقد فعلى كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه بمقتضى العقد المفسوخ».

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في القرار الشهير الصادر عنها في 1892/07/27 مقتضاه أن النقض الودي للعقد يترتب عنه نفس الأثر الذي يترتب عن تحقق الشرط الفاسخ بمعنى عودة المتعاقدين والأشياء إلى حالة ما قبل التعاقد وكأن الالتزام لم ينشأ أصلا، و من الانتقادات التي وجهها الفقه الكلاسيكي لهذا القرار نجد:

تكون محكمة النقض في قرارها هذا قد افترضت أن المتعاقدين اتفقا على الأثر الرجعي للإقالة.

هذا القرار يتلائم مع الآثار التي رتبها القانون على الفسخ لا على الإقالة<sup>(2)</sup>. نجد أيضا محكمة التمييز الكويتية في حكمها الصادر في 20 يناير 1974 أقرت «بأن التقايل يأخذ حكم الفسخ وأثره، فيحل العقد بأثر رجعي ويعيد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد»<sup>(3)</sup>.

ومن الانتقادات الأخرى الموجهة لفكرة الأثر الرجعي للإقالة نجد أن ترتيب الأثر الرجعي للفسخ على الإقالة يشكل ضررا على مبدأ حرية التعاقد، حيث أن الأطراف لا يمكنهم تحديد الأثر الذي يريانه مناسبا على الإقالة.

1 - ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 448، وعمر السيد عبد الله، المرجع السابق، ص 323.

2 - Etude de la reption des contrats a durée déterminée. www.memoire en linge .com le 02/05/2016

3 - عمر السيد عبد الله، المرجع السابق، هامش ص 323.

تعتبر فكرة الأثر الرجعي تقنية قانونية ذات طابع جزائي وردعي، وهي لها ما يبررها في حالة بطلان العقد أو الفسخ لعدم التنفيذ، لكن لا يكمن تبرير وجودها في الإقالة التي يتم فيها حل العقد بطريقة ودية، بل إن هذه الفكرة غريبة عن هذا النوع من الاتفاقات لذا نجد التشريعات الأوربية تترك للأطراف حرية اختيار الأثر الذي يريانه مناسباً<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للعقود المدة كالإيجار فلا يمسه الأثر الرجعي للإقالة لأن ما مضى منها لا يمكن أن يعود<sup>(2)</sup>.

أما الفقه الإسلامي فيرى أبو حنيفة وزفر أن الإقالة إذا وقعت بعد إبرام العقد، وقبل قبض المعقود عليه، يكون للإقالة أثر رجعي، فإذا حدث في المعقود زيادة متصلة أو منفصلة سواء في العقار أو المنقول فإن تلك الزيادة تكون للبائع ولا يحق للمشتري المطالبة بها، وهو قول لدى الشافعية والحنابلة<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: الإقالة ليس لها أثر رجعي

يرفض أصحاب هذا الاتجاه أن يكون للإقالة أثر رجعي، ويقتصر أثرها على المستقبل فقط أما الماضي فلم يعد ملكاً للمتعاقدين ومن ثم لا يمكن إلغائه، وينطبق هذا الحكم على العقود الفورية كما ينطبق على العقود الزمنية ففي عقد البيع يعتبر الاتفاق على الإقالة بمثابة إبرام عقد جديد ينتج أثره من يوم إبرامه<sup>(4)</sup>.

يؤسس أصحاب هذا الاتجاه، قولهم أن الأثر الرجعي متصور في البطلان فقط أما بالنسبة للإقالة والفسخ فلا يتصور فيهما، لأن العقد محل البطلان لم ينعقد لتخلف الأركان، وبالتالي يعتبر العقد غير موجود فيمكن بالتبعية إعمال الأثر الرجعي، أما بالنسبة للعقد محل الإقالة فإنه يكون قد انعقد صحيحاً فتقرير الأثر الرجعي على مثل هذا العقد يناقض الواقع الذي يقضي وجود العقد متى انعقد صحيحاً، وبالتالي يستحيل إلغائه وإزالته من جذوره<sup>(5)</sup>. يرى الشافعية والحنابلة أن الإقالة وإن اعتبرت فسخاً إلا أنها لا يكون لها أثر رجعي<sup>(6)</sup>.

1 - ImadAribi، op.cit، p 109 – 111.

2 - عمر السيد عبد الله، المرجع السابق، ص 323.

3 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 66.

4 - المرجع نفسه، ص 75.

5 - مهند أحمد صانوري، وعامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 331.

6 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 80.

### ثالثاً: الأثر الرجعي للإقالة يتوقف على إرادة المتعاقدين

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الأثر الذي يمكن أن يترتب على انحلال العقد بالإقالة مرهون على ما يتفق عليه الطرفان، فيجوز للأطراف أن يرتبوا الأثر الرجعي للإقالة ويجوز لهم أيضاً قصر أثر الإقالة على المستقبل فقط.

يؤسس أصحاب هذا الرأي قولهم هذا على أنّ المتعاقدين قد أزالوا العقد بإرادتهم المشتركة، بالتالي لهم أن يرتبوا الأثر الذي يريانه مناسباً حسبما يتفقان عليه<sup>(1)</sup>.

### رابعاً: آثار أخرى تترتب على انحلال العقد بالإقالة

أهم ما يترتب على انحلال الرابطة العقدية بالإقالة براءة ذمة المتعاقدين إلى جانب هذا تترتب آثارها دون حاجة إلى حكم يصدر من القاضي ولا حاجة للإعذار بين المتقايين.

#### 1 - انحلال الرابطة العقدية:

يعتبر انحلال الرابطة العقدية أهم ما يترتب على انحلال العقد بالإقالة، وقد يكون الاتفاق على الإقالة أثناء أو بعد تنفيذ العقد، فإذا وقعت الإقالة قبل التنفيذ أي بعد إبرام العقد مباشرة وقبل الشروع في تنفيذ الالتزامات في هذه الحالة يكون المتعاقدان غير ملزمين بتنفيذ التزامهما تجاه بعضهما البعض، ولا يحق لأي منهما مطالبة الآخر بالتنفيذ، لأن الالتزامات سقطت بالإقالة.

وقد يتفق على الإقالة أثناء تنفيذ الالتزامات، ما يعني أنّ بعضاً منها قد نفذ وبقي منها ما بقي، وعليه يعفى المتعاقدان من تنفيذ ما بقي منها ويحق لكل منهما استرداد ما أداه من التزام قبل الاتفاق على الإقالة، فمثلاً لو كان العقد محل الإقالة عقد بيع وحصلت الإقالة قبل البدء بتنفيذ الالتزامات هنا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية الشيء المبيع، ويحق للمشتري عدم دفع الثمن ولا يحق للمشتري مطالبة البائع بتسليم العين، أما إذا تمت الإقالة بعد البدء بالتنفيذ أي نفذ بعض الالتزامات، يحق لكل من المتعاقدين أن يطالب الآخر بما أداه إليه.

لا تنتج الإقالة أثرها بالنسبة للمتعاقدين والغير إلا إذا تمّ تسجيل الاتفاق على الإقالة، وذلك في العقود التي يستوجب فيها المشرع التسجيل لانتقال الملكية، مثلاً إذا اشترى شخص ثالث محل العقد والذي هو قطعة أرضية مثلاً وسجل العقد قبل تسجيل الإقالة بين طرفي

1 - سندس عبد الله رجب السراج المرجع السابق، ص 16، وياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 448، ورمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 276.

العقد، هنا لا تنتج الإقالة أثرها بالنسبة للمشتري الثاني الذي سبق تسجيله عن تسجيل الاتفاق على الإقالة<sup>(1)</sup>.

## 2 - ترتيب آثار الإقالة دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعدار:

ترتب الإقالة آثارها بمجرد انعقادها فلا حاجة لحكم قضائي، وليس لقاضي الموضوع أي سلطة تقديرية في ذلك، ويعتبر حكمه كاشفا للإقالة وليس منشئا لها، وإذا كان الاتفاق على الإقالة ضمنيا وعرض عليه نزاع متعلق به، فعلى القاضي أن يستخلص كيف حصل التقايل الضمني ويستقبل القاضي في تقدير ذلك.

لا يستوجب لتحقق أثر الإقالة قيام أحد المتعاقدين بإعدار الآخر، وفي المقابل لا مانع من قيام أحد المتعاقدين بإعدار الآخر للتنفيذ قبل الاتفاق على التقايل فقد يكون المدين ممتنعا على التنفيذ مما استوجب على الدائن إعدار المدين، فلا يتوقف أثر الإقالة على قيام أحد المتعاقدين بإعدار المتعاقد الآخر مطالبا إياه بالتنفيذ<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: أثر الإقالة بالنسبة للغير

إنّ انحلال العقد بالإقالة لا يجب أن يمس بالحقوق التي اكتسبها الغير بمقتضى العقد محل التقايل، وذلك حماية لهذا الغير من التصرفات التي يقوم بها أحد المتعاقدين بعد إبرام العقد وقبل حدوث الإقالة<sup>(3)</sup>.

يقصد بالغير الذي لا تؤثر الإقالة على حقوقه هو كل شخص اكتسبت حقا على محل العقد المراد حله بالتقايل قبل اتفاق الطرفين على التقايل، أو قبل تسجيل الاتفاق إذا كان يحتاج إلى التسجيل لنقل الملكية أو لترتيب حق على محل العقد، وأيضا دائني أحد المتعاقدين، ومن تقرر له اشتراط لمصلحته بموجب شرط في العقد المنحل بالتقايل<sup>(4)</sup>.

إذا كان الفقه قد اختلف حول الأثر الرجعي للإقالة بين المتعاقدين، فإنّه وبالنسبة للغير لا يثير أدنى خلاف، مادامت الإقالة عقدا جديدا بالنسبة للغير وسواء تمت الإقالة بأثر

1 - سندس رجب السراج، مرجع سابق، ص 82.

2 - المرجع نفسه، ص 84.

3 - مهند أحمد صانوري، عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 336.

4 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 78.

رجعي أم بدونه فإن ذلك لا يمسّ بحقوق الغير<sup>(1)</sup>، والحكمة من ذلك أنّ اتفاق الطرفين على إقالة العقد لا يكفي لإزالة العقد كلياً فليس في مقدورهما أن يمحو الآثار التي يكون العقد قد أنتجها، فإذا كان العقد المنحل بالإقالة بيعاً وقد انتقلت فيه الملكية فإن المتعاقدان يعودان إلى حالة ما قبل التعاقد، ويسترد كل منهما ما قدمه للآخر وهذا هو الأثر الرجعي، أما بالنسبة للغير فعقد جديد مضاف للعقد الأول، فإذا اكتسب الغير حقا في الفترة ما بين العقدين يبقى ذلك الحق ويعود للبائع الذي أصبح مشترياً محملاً بحق الغير خلال الفترة المذكورة، وإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل ودفعت رسوم جديدة عند التسجيل<sup>(2)</sup>.

قد يحدث أن يبيع المشتري الأول محل العقد لمشتري آخر قبل وقوع الإقالة، هنا يكون المشتري الثاني قد اكتسب ملكية الشيء الذي اشتراه ومن ثم إذا تقايل طرفي عقد البيع الأول، فإنّ الإقالة تكون باطلة ولا ترتب أي أثر في مواجهة المشتري الثاني أي لا يكون للإقالة أثر رجعي في مواجهة المشتري الثاني وذلك متى سجل عقده بالشراء قبل تسجيل الاتفاق على التقايل، فإذا سجل المتعاقدان الاتفاق على التقايل قبل تسجيله عقد الشراء كان اتفاقهما سارياً في مواجهة المشتري الثاني<sup>(3)</sup>.

وقد أقرت محكمة النقض المصرية « إنّ الغير الذي لا يمسّ التقايل حقوقه هو من اكتسب حقا عينياً على العقار المبيع ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن مشتري العقار من المشتري الأول إلا بشهر عقد البيع أو التأشير بالحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفتها المشهورة، أما مجرد شهر الصحيفة فإنّه لا يترتب حقا عينياً للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل، بين البائع والمشتري الأول ولو كان عرفياً<sup>(4)</sup>.

وفي نقض آخر صادر عن محكمة النقض المصرية أقرت فيه أن «التقايل لا يحاج به المشتري الثاني متى كان البائع قد سجل عقده ولو صورياً<sup>(5)</sup>.

1 - مهند أحمد صانوري، وعامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 334.

2 - عبد الحي حجازي، نظرية الالتزام مرجع سابق، ص 1105.

3 - سندس عبد الله رجب السراج، المرجع السابق، ص 78، سمير تتاغوا، المرجع السابق، ص 187 وفرج عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 601.

4 - نقض مصري 1979/01/10، طعن 672. نقلا عن: أنور الطلبة، المرجع السابق، ص 452.

5 - المرجع نفسه، ص 452.

قد يكون الغير الذي لا يسري التقايل ومواجهته مستأجرا محل العقد من مشتريه فله الحق في الانتفاع بالعين المؤجرة رغم وجود التقايل، وقد يكون الحق الذي يتقرر للغير ولا يمسه التقايل هو حق الرهن كما لو رهن المشتري العين لآخر ضمانا للوفاء بدينه فإذا اتفق البائع والمشتري على تقايل العقد، فهذا التقايل لا يمس حقوق الدائن المرتهن بل ينتقل محل العقد إلى البائع محملا بحق الرهن<sup>(1)</sup>.

ولا يمس التقايل كذلك حقوق المشتري، في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، فمن تقرر له حق بموجب شرط في العقد الذي يتقاييل فيه الطرفان، لا يسري أثر التقايل في مواجهته أما إذا لم يعلن المنتفع قبوله للاشتراط يجوز للمشتري والمتعهد الاتفاق على التقايل، ويصبح ذلك نافذا في مواجهة المنتفع أما إذا أعلن قبوله للاشتراط لمصلحته، فلا يجوز للمشتري حرمان الشفيع من الميزة التي تقرر له بموجب هذا التصرف إذ أن التقايل لا يسري إلا بعد موافقة المنتفع على التقايل .

يجوز للغير الذي تمس الإقالة بحقوقه كأن يكون دائنا لأحد المتعاقدين وتقع الإقالة من المدين وهي مشوبة بالغش بهدف الإضرار بالدائن في هذا الفرض يجوز لهم الطعن في الإقالة بالدعوى البوليصرية، ويحق لهم استعمال هذه الدعوى سواء كان للإقالة أثر رجعي أو لم يكن لها هذا الأثر الرجعي<sup>(2)</sup>، بناءً على ما سبق يجوز للغير الذي تضرر الإقالة بمصالحه وعلم بالصورية اتفاق المتعاقدين على التقايل له أن يتمسك بصورية التقايل وله أن يثبت إدعائه بكل طرق الإثبات، وإذا أثير الدفع بالصورية أمام المحكمة على هذه الأخيرة أن تتحقق منه وإلا كان تجاهلها له إخلال لها بحق الدفاع<sup>(3)</sup>، وقد أقرت محكمة النقض المصرية، في نقض صادر عنها مقتضاه « إذا كان البائع للبائع قد أقر بعد أن باع له القدر المذكور عاد فرد إليه الثمن، وحصل منه على قرار بإلغاء البيع، فإنّ هذا التفاسخ (التقايل) وإن كان يعتبر عائقا دون تنفيذ العقد الصادر منه إلا أنه إذا كان للمشتري الأخير قد تمسك لدى المحكمة بصورية هذا التفاسخ لاصطناعه بعد رفع دعواه للإضرار به فإنه يكون واجبا على المحكمة أن تتحدث عن هذه الصورية، بما يكشف عن حقيقة الأمر وإلا كان حكمها

1 - سندس عبد الله رجب السراج، مرجع سابق، ص 70.

2 - المرجع نفسه، ص 80

3 - نقض مصري 1944/4/6 طعن 120، ص 13 . نقلا عن: أنور طلبية، المرجع السابق، ص 453

قاصراً لأسباب ولا يعد رداً على الدفع بصورية التعاقد ما قول المحكمة إن أحد طرفيه قد أقرّ بصحة (1).

### الفرع الثالث: مبطلات الإقالة

لا تتعد الإقالة إلا بعد اجتماع أركانها وشروط صحتها، وقد يطرأ بعد انعقادها أمور تبطلها وتحول دون تحقق آثارها، وهذه الحالات هي هلاك المبيع، عدم القدرة على التسليم، الزيادة في المبيع، إقالة الإقالة.

#### أولاً: هلاك المبيع

تنص م 194 م.أ.ع على «... فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقالة». وعليه إذا هلك المبيع وانعدم تبطل الإقالة، وهلاك المبيع إما أن يكون كلياً حقيقياً كأن يكون حصاناً فمات أو طائراً فيطير، وبالتالي يستحيل على البائع تسليم المبيع، والهلاك الذي تبطل به الإقالة هو الهلاك الكلي، أما الهلاك الجزئي فإنها تصح فيما بقي منه.

#### ثانياً: عدم القدرة على التسليم

إذا كان المتعاقد عاجز عن التسليم كأن يعجز المشتري عن تسليم الدابة الشاردة فتبطل الإقالة، فالهالك كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقائها(2).

#### ثالثاً: الزيادة في المبيع

يمكن أن تكون الزيادة في المبيع متصلة، كالسمن أي تَسْمُن الثور مثلاً وقد تكون الزيادة منفصلة كالولد كأن تلد الشاة مثلاً، وعليه فإنّ الزيادة المتصلة غير المتولدة والزيادة المنفصلة المتولدة تبطلان الإقالة، كأن يكون المبيع المقبوض ثوباً قطعه المشتري وخاطه قميصاً أو أرضاً فيبني عليها، فالزيادة هنا غير متولدة، أو حيواناً فيلد فالزيادة هنا متولدة، ففي كلا المسألتين تبطل الإقالة ولا تصح، لأن حصول الزيادة المنفصلة بعد القبض تكون من حق المشتري، وليس للبائع فلا يجوز ردها له، لكن قد يتفق المتعاقدان على التقايل رغم الزيادة، كأن تكون الشاة للبائع وولدها للمشتري، وكأن يكون الثوب للبائع وخياطته للمشتري في هذه الحالة لو قيل المشتري صحت الإقالة.

1 - نقض مصري 1944/4/6 طعن 120، ص 13 ق. نقلاً عن: أنور طلبية، مرجع سابق، ص 453.

2 - حامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 120.

وتبطل الإقالة أيضا عند تبدل الاسم (تغير طبيعة المحل) كأن يشتري المشتري غزلا فينسجه أو قمحا فيطحنه هنا تغير المحل وتبدل الاسم فصار القمح دقيقا والغزل ثوبا وبالتالي تبطل الإقالة لتغير طبيعة المحل<sup>(1)</sup>.

لكن إذا أعطى البائع للمشتري أجر ما فعله في المبيع ثم تقايلا صحت الإقالة قال صاحب التحفة:

والفسخ في إقالة مما انتهج بالصيغة التغير كالعزل انتسج  
إلا إذا المقال بالرضا دفع لما أقال أجره لما صنع<sup>(2)</sup>

#### رابعا: إقالة الإقالة

أجاز الفقه الإسلامي إقالة الإقالة، أي إلغاء الإقالة والعودة إلى أصل العقد، في حين لم تعرف التشريعات الوضعية إقالة الإقالة وهي في معظمها تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص تشريعي فقد نصّ المشرع الجزائري في المادة الأولى من التقنين المدني على « يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية ». وعليه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن الفقه الإسلامي خاصة الحنفي منه عرف إقاله الإقالة، فقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني « لو تقاييل البيع في المنقول ثم إنَّ البائع باعه من المشتري ثانيا قبل أن يسترده من يده يجوز البيع »، والدليل على جواز إقالة الإقالة أنّ الأصل في الأفعال والتصرفات الحل، ولا يوجد دليل يمنع من صحة الإقالة، واستثنى الفقهاء من إقالة الإقالة عقد السلم<sup>(3)</sup>.

1 - إبراهيم أنيس محمد يحيى، المرجع السابق، ص 82، وحامد عبده الفقي، المرجع السابق، ص 53.

2 - محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط 2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 334.

3 - سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، العقود المضافة إلى مثلها، ط 1، دار كنوز اشبيليا للتوزيع، الرياض، 2013،

## الفرع الرابع: مقارنة أحكام الإقالة في الفقه الوضعي والإسلامي

اتفق الفقه الوضعي والإسلامي على أنّ الإقالة تنعقد بإيجاب وقبول جديدين، ولا يستقبل أحد المتعاقدين بإقالة العقد بإرادته المنفردة إلا إذا تم الاتفاق على ذلك سابقا. كما اتفق على أنّ الإقالة لا ترد إلا على العقد دون غيره من التصرفات القانونية وبالتالي فإنّ أي تصرف لا يمكن أن يوصف على أنه عقد لا يمكن أن ترد الإقالة عليه كما اتفق الفقهاء على وجوب أن يكون العقد الذي ترد عليه الإقالة صحيحا وملزما لطرفيه. توافق الفقه الوضعي مع الإسلامي على شروط الإقالة من حيث وجوب توفر الرضا صراحة أو ضمنا، وأن يكون الرضا صحيحا سليما خاليا من عيوب التراضي، كما اتفق على أن يكون محل الإقالة موجودا وصحيحا للتقاييل، وعلى وجوب اتحاد المجلس سواء حقيقة أو حكما.

يلتقي الفقه الوضعي كذلك مع الفقه الإسلامي على براءة ذمة المتقاييلين بعد إقالة العقد، فلا يحق لأحدٍ مطالبة الآخر بالوفاء.

يختلف الفقه الإسلامي مع الفقه الوضعي من حيث بعض شروط صحة الإقالة من حيث أنّ المبيع إن لم يكن محلا للفسخ فلا يمكن إقالته.

يختلفان كذلك على أنّ الفقه الوضعي وكيف الإقالة على أساس أنها طريق من طرق انحلال العقد في حين الفقه الإسلامي لم يعرف هذا التكييف.

يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الوضعي في أنّ التقاييل يكون بمثل الثمن الأول من غير زيادة أو نقصان، وذهب رأي إلى اعتباره فسخ وحل للعقد الأول مع اختلاف حول إجازة التقاييل عند اشتراط زيادة الثمن، فذهب اتجاه إلى اعتبار التقاييل صحيحا ويلغى الشرط أي يقع بمثل الثمن الأول، مع اعتبار شرط الزيادة كأن لم يكن، وذهب اتجاه ثانٍ إلى اعتبار التقاييل باطلا وذلك لوجود الشرط.

يتميز الفقه الوضعي عن الفقه الإسلامي كون الفقه الإسلامي يجعل الإقالة تارة فسحا وتارة بيعا جديدا والمبيع الجديد هو رفع لحكم البيع الأصلي بأثر رجعي يعود بمقتضاه للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أما في البيع الجديد فيبقى البيع الأول الأصلي ثم يعود إلى البائع بعقدٍ جديدٍ هو الإقالة، فلا يكون للإقالة إذن اثر رجعي، أما إذا اعتبرت الإقالة بيعا دون أثر

رجعي، فلا يقتصر ذلك على الغير بل يكون كذلك بين المتعاقدين، في حين الفقه الوضعي اتفق على أنّ الإقالة سواءً تمت بأثر رجعي أو بدونه بين المتعاقدين فإنّ الغير لا يمسه هذا الأثر.

عرّف الفقه الإسلامي ما يسمى بإقالة الإقالة أي إلغاء الإقالة والعودة إلى العقد الأصلي في حين لم يعرف الفقه الوضعي إقالة التكايل<sup>(1)</sup>.

---

1 - سندس رجب السراج، المرجع السابق، ص 81، وعبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 179.

## خاتمة:

إن تنفيذ العقد هو الغرض الأساسي من إبرامه، فأطراف العلاقة التعاقدية حينما دخلوا في هذه العلاقة دخلوا على أساس أن العقد سينشأ وينفذ بكل بنوده وبحسن نية، وحتى المشرع بدوره قد كفل و بكل الوسائل القانونية المتاحة له تشجيع الأطراف على التنفيذ وعدم الجروح إلى كل ما من شأنه أن يحول دون تنفيذ العقد ويؤدي إلى حله .

يعد انحلال العقد أخطر مرحلة يمكن أن يصل إليها العقد في حياته، ذلك أن العقد إن وصل إلى هذه المرحلة فإنه لن يحقق غرضه، لكن قد يصبح الأمر واقعا لا بد منه وذلك إما لعدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته التعاقدية أو بمقتضى شرط أدرج في العقد يرمي إلى حله في حال عدم التنفيذ أو لاستحالة التنفيذ استحالة يكون سببها أجنبي لا يد فيه للمدين بالالتزام الذي لم ينفذ، أو أن يتم حل العقد بالتراضي بين الطرفين، وبالتالي فإن هذه الأسباب تترجم الطرق و الوسائل التي تتحل بها العقود وهي الفسخ و الإقالة وقد تعرضنا لها بشيء من التفصيل في متن المذكرة .

أعود لأذكر مرة أخرى أن الفسخ هو أهم طريق تتحل به العقود، ولقد جعل المشرع الجزائري الفسخ القضائي هو الأصل و القاعدة العامة عن سائر أنواع الفسخ الأخرى، وهو المسلك الغالب لدى معظم التشريعات العربية و في المقابل هنالك توجه تشريعي حديث نحو جعل الفسخ بالإرادة المنفردة بناء على اتفاق سابق هو الأصل، أما المشرع الجزائري فقد جعل الفسخ الاتفاقي استثناء عن الأصل .

إن الغاية من جعل الفسخ القضائي هو الأصل، هي رغبة المشرع في حماية طرفي العقد من تعسف بعضهما في حق البعض، لأنه لو ترك الفسخ دون مراقبة القضاء قد يعمل المتعاقدان كيفما يتراءى لهما فإنه لا مفر أن تترتب عن ذلك نتائج سلبية و خطيرة لأن الدائن سيقترض حقه بنفسه، و قد يستعمله المدين للتهرب من التنفيذ وغير ذلك من النتائج

التي تؤدي حتما ومباشرة إلى اضطراب المعاملات بين الناس، لكن ومن جهة أخرى فإن جعل الفسخ القضائي هو الأصل من شأنه أن يكون وسيلة حمائية في يد الدائن يحاسب بها المدين، كما قد يضر الفسخ القضائي بالدائن نفسه و ذلك للسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في رفض الفسخ و إمهال المدين مدة للتنفيذ وقد يكون من شأن ذلك أن يضر الدائن، لذا يعد الفسخ الاتفاقي بناء على شرط فاسخ يدرج في العقد ذو أهمية من الناحية العملية فهو يحمل ويحث الأطراف على التنفيذ لأن عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه يمكن الطرف الذي نفذ التزامه التحلل من العقد بمجرد تحقق عدم التنفيذ .

يظهر لي خلال دراستي لنظرية الفسخ كيف أن المشرع حرص على تنفيذ العقد وذلك في حال مطالبة الدائن بالفسخ فإن حقه في المطالبة بالتنفيذ لا يسقط ولو كنا بصدد الفسخ الإتفاقي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى بشرط أن لا يكون قد صدر حكم نهائي، ولكن بالمقابل إذا كان قد بدأ بالتنفيذ فإن حقه في المطالبة بالفسخ لا يسقط

أما الانفساخ أو الفسخ القانوني فإن سببه استحالة تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه، والانفساخ لا يمكن أن يخرج من نظرية الفسخ فهو نوع من أنواع الفسخ .

تعد الإقالة طريق ثاني تتحل به العقود إلى جانب الفسخ، وتتم باتفاق طرفي العلاقة التعاقدية على حل العقد سواء أثناء أو بعد التنفيذ بأثر رجعي أو فوري حسبما ينفق عليه الأطراف .

اختلف الفقه في تكييف الإقالة فمنهم من يكييفها على أساس أنها فسخ للعقد ومنهم من يكييفها على أنها عقد جديد، ومنهم من يكييفها على أساس أنها فسخ فيما بين المتعاقدين وعقد جديد بالنسبة للغير، وهذه الآراء مستمدة أساسا من الفقه الإسلامي في حين أن الفقه الوضعي يعد الإقالة على أنها وسيلة من وسائل انحلال العقد إلى جانب الفسخ، فهي ليست فسخ اتفاقي ذلك أن الإقالة تقع بالإرادة المشتركة للمتعاقدين في حين أن الفسخ الاتفاقي يقع

إذا طالب به دائن الالتزام الذي لم ينفذ ، ويختلف عنه أيضا من حيث الأثر، حيث أن أثر الإقالة متوقف على إرادة الأطراف وليس كالفسخ الاتفاقي الذي يحل العقد بأثر رجعي، لكن يبقى تكييف الإقالة على أساس أنها فسخ بين المتعاقدين و عقد جديد بالنسبة للغير التكيف الذي أخذت به معظم التشريعات العربية .

يشترط لصحة الإقالة الأركان العامة للعقد من محل و رضا و سبب، وأركان خاصة تميز الإقالة عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها وهي إتحاد المجلس، والزمن الذي تتعقد فيه وقيام المعقود عليه وقت الإقالة فإن هلك كليا فإن الإقالة تبطل، وأن يكون العقد محل الإقالة قابل للفسخ كالبيع و الإيجار.

من خلال ما سبق عرضه توصلت إلى جملة من النتائج يمكن اختصارها فيما يلي :

\_ الفسخ هو أهم طريق تنحل به العقود

\_ لا يمكن دراسة الانفساخ خارج النظرية العامة للفسخ

\_ الإقالة وسيلة خاصة و متميزة تنحل بها العقود إلى جانب الفسخ

ينحل العقد بالفسخ و الإقالة

وعليه أقترح مايلي :

\_ نظرا أن المشرع الجزائري قد ضيق من نظرية انحلال العقد حيث أدرج تحت عنوان انحلال العقد الفسخ و الانفساخ فقط، وعليه فإن المضمون أصغر من العنوان لذا يرجى من المشرع الجزائري إعادة النظر في هذه النظرية.

---

\_ إن إدراج الدفع بالعدم التنفيذ ضمن وسائل انحلال العقد مجانية للصواب، لأن الدفع بعدم التنفيذ لا يعدوا أن يكون وسيلة تتوقف على إثرها الالتزامات ولكنها لا تزول، وعليه أقترح عدم ترك النص المتعلق بالدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد .

\_ إن نص المادة 122 ت.م.ج جاء عاما يفهم منه أن الأثر نفسه يترتب على انحلال العقد سواء كان العقد فوريا أم زمنيا فإنه ينحل بأثر رجعي ، ومن غير المنطق ترتيب الأثر الرجعي على عقود المدة لأن ما مضى منها لا يمكن أن يعود ولم يعد ملكا للمتعاقدين ، لذا أقترح إعادة صياغة هذا النص بصيغة دقيقة يميز فيها بين العقود الفورية و الزمنية.

\_ إن القانون المدني الجزائري لم يتضمن ضمن نصوصه نصوصا متعلقة بالإقالة وإنما ترك ذلك للقواعد العامة، لذا يرجى المشرع الجزائري إضافة نصوص تنظم الإقالة تحت نظرية انحلال العقد و إلى جانب الفسخ .

## قائمة المراجع

### قائمة المراجع:

#### - المراجع باللغة العربية:

#### أولاً- الكتب:

#### أ- المراجع العامة:

- 1- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار صادر بيروت، د ت ن .
- 2- أحمد حشمت أبو ستيت، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول مصادر الالتزام، ط 2، مطبعة مصر الجديدة 1954 .
- 3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 4- أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، المطبعة الأميرية، مصر 1913
- 5- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2005.
- 6- إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
- 7- بلعبور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 8- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، 2008.
- 9- حسين تونسي، انحلال العقد - دراسة تطبيقية حول عقد البيع و المقاوله- ط 1 دار الخلدونية، القبة الجزائر 2007.
- 10- جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995
- 11- خليل احمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 2 ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2005 .
- 12- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط 1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.

## قائمة المراجع

- 13- رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003.
- 14- سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة، عقد البيع، ط 4، عالم الكتب القاهرة، 1980.
- 15- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام منشأة المعارف الاسكندرية، 2005
- 16- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.
- 17- ..... الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الايجار و العارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.
- 18- ..... الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي،بيروت 1964.
- 19- ..... الوسيط في شرح القانون المدني، ج 9، أسباب كسب الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت 1964.
- 20- ..... مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ج 6، ط 1، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، د.ت.ن.
- 21- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج2، دط، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- 22- عبد السلام ترماني، محاضرات في القانون الروماني أقيت على طلاب السنة الأولى،النسخة 1200، مطبوعات جامعة حلب، 1965.
- 23- عبد السلام دهني بك، الالتزامات النظرية العامة، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، د.ت.ن.
- 24- عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980.

## قائمة المراجع

- 25- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.
- 26- عبد الودود يحيى، الموجز في نظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1994.
- 27- عدنان إبراهيم السرحان، نوري احمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، (الالتزامات)، ط3، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 28- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.
- 29- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008.
- 30- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، ج 1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 31- عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة 1995.
- 32- محمد لبيب شنب موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإدارية العقد والإدارة المنفردة، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.
- 33- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، ج 1، المطبعة العالمية، مصر، 1954.
- 34- محمد وحيد الدين السوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ج 1، مطبوعات جامعة دمشق 1980.
- 35- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، د ط، الدار الجامعية، بيروت، 2000.
- 36- محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء، ط3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1997.
- 37- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط 2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.

## قائمة المراجع

- 38- محمد مرتضي الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 7، ط 2، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1980.
- 39- مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة ط1، إحسان للنشر، بغداد، 2014.
- 40- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 41- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، القسم 3، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، 2002.
- 42- ..... الوجيز في شرح القانون المدني، ج 1، ط 2، دار الثقافة، عمان، 2011.
- 43- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4 ط 1 النظريات الفقهية والعقود دار الفكر للنشر، 1985.
- 44- وزارة الأوقاف الكويت، الموسوعة الفقهية، ج 5، ط 2، ذات السلاسل للطباعة، الكويت، 1986.
- ب- المراجع المتخصصة:**
- 1- أسماوي محمد نعيم، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر، الأردن، 2006.
- 2- أنور طلبة، نفاذ وانحلال عقد البيع، المكتبة القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د.ت.ن.
- 3- ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج 7، ط 2، د.د.ن، الرياض 2013.
- 4- عبد الحميد الشورابي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 5- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ج 1، ط 2، مطبعة مقهوي، الكويت 1985.

## قائمة المراجع

6- سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، العقود المضافة إلى مثلها، ط 1، دار كنوز دار كنوز اشبيليا للتوزيع، الرياض، 2013.

7- مصطفى عبد السيد الخارجي، فسخ العقد، دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

8- وحيد الدين السوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط 2، الشركة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1979.

### ثانيا : الرسائل و المذكرات الجامعية

#### أ- رسائل الدكتوراه:

1- أمازوز لطيفة، التزام البائع بالتسليم في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو 2011.

2- أمينة ناعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي، على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء المغرب، 2007.

3- الخضر عبد الله سالم حنشل، الخيارات الثابتة بالشرط في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون المدني اليمني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2008.

4- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي و القانون المدني، (دراسة مقارنة )، اطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946.

5- جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني (في القانون المدني المصري )، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1956.

6- عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، اطروحة دكتوراه جامعة فؤاد الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1950.

7- محمد عبد الملك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006.

## قائمة المراجع

### ب - المذكرات الجامعية:

- 1- إبراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2010.
- 2- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 3- سندس عبد الله رجب السراج، انحلال العقد بالتقابل (دراسة تحليلية)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الأزهر، غزة فلسطين، 2013.
- 4- مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، مذكرة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2010.
- 5- عمور إيمان، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاة، 2014.

### ثالثا- المقالات:

- 1- عباس علي محمد الحسيني، "رجعية العقد عند فسخه قضاءً"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2012، ص ص 6 - 51.
- 2- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب الفسخ و التنفيذ ، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثانية، جامعة عين شمس مصر 1960، ص ص 115-161.
- 3- عبد الله أبداح شافي العجمي، "تكيف الإقالة وأثره في الفقه الإسلامي والقانون"، مجلة كلية الحقوق، العدد 1، السنة 34، جامعة الكويت، مارس 2010 ص ص 187-228.
- 4- عبد الله بن عبد الواحد الخميس، "حقيقة الإقالة، دراسة نظرية وتطبيقية"، مجلة الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، العدد 121، دت ن، ص ص 229، 326.

## قائمة المراجع

- 5- محمد حنون جعفر، "فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين"، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العدد 5، جامعة كركوك، العراق، 2013، ص ص 1 - 51
- 6- مهدي أحمد صانوري، وعامر محمود الكسواني، إقالة العقود الاتفاق على عدم تنفيذها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، جامعة عمان الأهلية، الأردن، 2012، ص ص 281 - 342.
- 7- منى مقلاتي، "النظام القانوني للشفعة، دراسة مقارنة في التشريع المصري واللبناني"، مجلة الفكر، العدد 12، جامعة بسكرة، د ت ن، ص ص 541-562.

### رابعاً- مواقع الأنترنت:

- عبد الله محمود عبد الله الحافي، التكيف الفقهي للعربون، بحث منشور على موقع: [www.fqhislammessage.com](http://www.fqhislammessage.com) ، تاريخ النشر 2014/10/10، تاريخ زيارة الموقع: 2016/04/24.
- قضي سلمان الهلالي، الرجوع في الهبة في التشريع العراقي، بحث منشور على الموقع: <http://www.iasj.net> ، تاريخ زيارة الموقع: 2016-04-30.

### خامساً- النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ج. ر. ع 78 لسنة 1975 معدل ومتمم .
- 2- قانون رقم 131 لسنة 1948، يتعلق بإصدار القانون المدني المصري، المؤرخ في 09/07/1948 مجلة الوقائع، عدد رقم 108 مكرر (أ).
- 3- قانون رقم 43 لسنة 1976 مؤرخ في 01/08/1976، العدد 2645 المتضمن القانون المدني الأردني.
- 4- قانون رقم 131 لسنة 1948، المتضمن القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84، بتاريخ 18/05/1949 .
- 5- قانون رقم 40 لسنة 1951، المتضمن القانون المدني العراقي.

## قائمة المراجع

- 6- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/03/09 .
- 7- مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي ( 67/1980)
- 8- القانون المدني الليبي، المنشور بتاريخ 20 فبراير 1954 .
- 9- القانون المدني العربي الموحد، الصادر بالقرار رقم 228 في 1996/11/12 .
- 10- قانون المعاملات المدنية لسلطنة عمان، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 29 / 2013 ج.ر، ع 1012.
- 11- قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- 12- مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني لدولة البحرين .
- 13- القانون رقم 22 لسنة 2004 لإصدار القانون المدني القطري .
- 14- القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002.
- 15- قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر في 1984/02/14 .
- 16- قانون ع 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بإعادة تنظيم أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية .
- 17- قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر بالظهير الشريف رقم 1،1،140، الصادر في 17 أوت 2011، ج.ر. ع 598 .
- 18- أمر القانون 89، الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، المعدل والمتمم.
- 19- القانون رقم 11- 84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المعدل و المتمم ج.ر 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة.
- 20- أمر 75 - 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975، المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

## قائمة المراجع

### \_ خامسا: الاجتهادات القضائية

- 1- نقض سوري رقم 749 أساس 237 بتاريخ 1982/04/22 منشور على الموقع: [www.bibliodroit.blogspot.com](http://www.bibliodroit.blogspot.com) تاريخ زيارة الموقع 10-05-2016.
- 2- مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز في مدة 2002/1/1 - 2006/12/31، القسم الخاص، ج 1، طبع وزارة العدل، الكويت، 2008.
- 1- استئناف حقوق رقم 114 لسنة 94 فصل بتاريخ 04-23 - 1998 صادر عن محكمة رام الله فلسطين، منشور على موقع [www.qanon.ps](http://www.qanon.ps) د.ت.ن تاريخ زيارة الموقع، 05-05-2016.

### \_ المراجع باللغة الفرنسية

#### I. Les ouvrages généraux :

- 1- Christian Larroumet، Droit civil، les obligations T3، 4<sup>ème</sup>، éd economica، Paris، 1998.
- 2- G Baudry-Lacantinerie، L. Barde، Traité théorique et pratique de de droit civil، (des obligations) T 2، 3<sup>ème</sup> éd.، librairie de la société du recueil، Paris، 1907.
- 3- Mazeaud et Chabas، Leçon de droit civil obligation، t1، 9éd، montchrestien Delta، 2000، p1142.
- 4- Léopold Cesare، De la lex commissoria dans la vente، en droit romain، Alphonse Serenne، Paris، 1881.
- 5- Jean Carbonnier، Droit civil، les obligation، t4، éd 10، press universitaire de France، Paris.
- 6- Théophil Huc، Commentaire théorique et pratique، du code civil، T 7 Librairie cotillon، Paris، 1894.

#### II. THESE

- 1- Michel Monod، la résolution des contrat synalagmatique parfait، Thèse de doctorat Université de lausanne 1986، éd Chablez.. Tolochenaz، 1987، p. 16-17.

**III.Article**

- 1- Imad Aribi, Regard sur « Aliqâla » ou le mutuus dissensus, revue internationale de droit comparé, Vol 56, N° 1, 2004

**IV.site internet**

- 1- Etude de la rupture des contrats a durée déterminé, article publié sur [www.memoireenligne.com](http://www.memoireenligne.com) .

الصفحة	
1	مقدمة
5	:
6	المبحث الأول: مفهوم الفسخ
6	المطلب الأول: المقصود بالفسخ وتمييزه عن غيره من الأنظمة
6	الفرع الأول: تعريف الفسخ
6	أولاً: تعريف الفسخ لغة
7	ثانياً: تعريف الفسخ اصطلاحاً
8	ثالثاً: نقد التعاريف السابقة
9	رابعاً: مفهوم الفسخ لدى بعض التشريعات العربية
9	خامساً: تعريف الفسخ الفرنسي للفسخ
10	سادساً: تعريف الفسخ الإسلامي للفسخ
10	سابعاً: نشأة وتطور نظرية الفسخ
13	الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الأنظمة المشابهة له
13	أولاً: تمييز الفسخ عن البطلان
14	ثانياً: تمييز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ
15	ثالثاً: تمييز الفسخ عن الإلغاء
16	رابعاً: تمييز الفسخ عن المسؤولية العقدية
17	الفرع الثالث: شروط الفسخ
17	أولاً: الشروط المتعلقة بالعقد المراد فسخه
20	ثانياً: شروط الفسخ المتعلقة بطالب الفسخ
22	المطلب الثاني: الأساس القانوني للفسخ
22	الفرع الأول: تأسيس الفسخ على أساس نظرية الشروط

23	أولاً: الشرط الفاسخ الصريح كأساس للفسخ
23	ثانياً: تأسيس الفسخ على أساس شرط فاسخ ضمني
25	الفرع الثاني: فكرة العدالة كأساس للفسخ
26	الفرع الثالث: فكرة ترابط الالتزامات كأساس للفسخ
27	الفرع الرابع: فكرة السبب كأساس للفسخ
30	المبحث الثاني: أنواع الفسخ وآثاره
30	المطلب الأول: أنواع الفسخ
30	الفرع الأول: الفسخ القضائي
31	أولاً: كيفية المطالبة بالفسخ
33	ثانياً: حق الدائن في طلب الفسخ
33	ثالثاً: حق المدين في تجنب الفسخ
34	رابعاً: سلطات القاضي التقديرية في الفسخ
35	خامساً: المعايير التي يستعين بها القاضي في تقدير الفسخ
36	سادساً: سلطة القاضي في فسخ العقد أو تنفيذه
38	الفرع الثاني: الفسخ الإتفاقي
39	أولاً: الفرق بين الفسخ الإتفاقي والقضائي
39	ثانياً: حق الدائن في فسخ العقد أو التمسك بالتنفيذ في الفسخ الإتفاقي
40	ثالثاً: مدى سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الإتفاقي
41	رابعاً: اتجاه بعض التشريعات المعاصرة إلى اعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة هو الأصل
42	الفرع الثالث: الفسخ القانوني (الانفساخ)
	أولاً: تمييز الفسخ القانوني عن الفسخ القضائي والإتفاقي

43	
43	ثانيا: شروط الانفساخ
48	<b>المطلب الثاني: آثار الفسخ</b>
48	<b>الفرع الأول: آثار الفسخ بين المتعاقدين</b>
49	أولا: آثار قاعدة رجعية العقد عند فسخه بالنسبة للمدين
51	ثانيا: الأثر الرجعي للفسخ في عقود المدة
51	ثالثا: الأثر الرجعي للفسخ على الدائن
52	رابعا: حكم استحالة الرجوع إلى الحالة السابقة على التعاقد
52	<b>الفرع الثاني: أثر الفسخ بالنسبة للغير</b>
54	<b>الفرع الثالث: سقوط حق الفسخ</b>
54	أولا: سقوط حق الفسخ بالتنازل عنه
54	ثانيا: سقوط حق الفسخ بمضي المدة
55	:
56	<b>المبحث الأول: مفهوم الإقالة</b>
57	<b>المطلب الأول: المقصود بالإقالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها</b>
57	<b>الفرع الأول: تعريف الإقالة</b>
57	أولا: تعريف الإقالة لغة
57	ثانيا: تعريف الإقالة اصطلاحا
59	ثالثا: حكم الإقالة في الفقه الإسلامي
60	<b>الفرع الثاني: تمييز الإقالة عن الأنظمة المشابهة لها</b>

61	أولاً: الإقالة والفسخ
62	ثانياً: الإقالة والإنهاء بالإرادة المنفردة
62	ثالثاً: الإقالة والرجوع
63	رابعاً: الإقالة وخيار النقد
64	خامساً: الإقالة و البطلان
64	سادساً: الإقالة وتحول العقد
65	سابعاً: الإقالة والعربون
66	الفرع الثالث: أركان الإقالة وشروطها
66	أولاً: أركان الإقالة
71	ثانياً: شروط الإقالة
73	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإقالة
73	الفرع الأول: تكيف الإقالة على أنها فسخ
74	الفرع الثاني: تكيف الإقالة على أساس أنها عقد جديد
75	الفرع الثالث: تكيف الإقالة على أساس أنها فسخ بين المتعاقدين وعقد جديد بالنسبة للغير
77	أولاً: أهم ما يترتب على اعتبار الإقالة فسخ
77	ثانياً: الآثار المترتبة على اعتبار الإقالة بيع
78	الفرع الرابع: تكيف الإقالة على أساس أنها وسيلة ينحل بها العقد

79	المبحث الثاني: تطبيقات الإقالة وآثارها
79	المطلب الأول: تطبيقات الإقالة
80	الفرع الأول: الإقالة في عقد البيع
82	الفرع الثاني: الإقالة في عقد الإيجار
85	الفرع الثالث: تطبيقات أخرى للإقالة
85	أولاً: الإقالة في عقد المقاوله
86	ثانياً: الإقالة في الشفعة

90	المطلب الثاني: آثار الإقالة
90	الفرع الأول: آثار الإقالة بالنسبة للمتعاقدین
90	أولاً: الإقالة تحل العقد بأثر رجعي
92	ثانياً: الإقالة ليس لها أثر رجعي
93	ثالثاً: الأثر الرجعي للإقالة يتوقف على إرادة المتعاقدین
93	رابعاً: آثار أخرى تترتب على انحلال العقد بالإقالة
94	الفرع الثاني: أثر الإقالة بالنسبة للغير
97	الفرع الثالث: مبطلات الإقالة
97	أولاً: هلاك المبيع

## الفهرس

97	ثانيا: عدم القدرة على التسليم
97	ثالثا: الزيادة في المبيع
98	رابعا: إقالة الإقالة
99	الفرع الرابع: مقارنة أحكام الإقالة في الفقه الوضعي والإسلامي
101	خاتمة :
105	قائمة المراجع:
115	الفهرس: