جامعة بلحاج بوشعيب –عين تموشنت _

كلية الحقوق

قسم الحقوق

نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري.

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق _ تخصص قانون خاص _

من اعداد :

خلادي رانية

تشروكة رغدة.

تحت اشراف :د. حمادي عبد النور

الرئيس	مهداوي محمد صالح	استاذ محاضر	جامعة بلحاج بوشعيب ع.ت
الممتحن	بردان صفية	استاذ ة محاضر	جامعة بلحاج بوشعيب ع.ت
المشرف	حمادي عبد النور	استاذ محاضر	جامعة بلحاج بوشعيب ع.ت

السنة الجامعية:2023/2022

إهداء

أولا وقبل كل شيء أحمد الله عزوجل وأشكره الذي وفقني على إنجاز هذه المذكرة

اهدي هذا العمل إلى اعزما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهم الله سبحانه وتعالى. " وبالوالدين إحسانا"

إلى الشمعة التي تحترق من اجل أن تضيء أياميإلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها ، إلى قرة عيني وسبب نجاحي " أمي الحبيبة". أطال الله في عمرها.

إلى أخواتي الكنز الثمين في حياتي

إلى من اعتبره بمثابة أب وأخ وصديق وملجئ في الصعوبات والعقبات خالي العزيز

" بن زورة رابح"

إلى جدي وجدتي الغاليين على قلبي أتمنى لهم دوام الصحة وأطال الله في عمرهم.

رانية

إهداء

إلى من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها ووقرها في كتابه العزيز...ومن أعتزو أفتخربها وملاكي في الحياة

(أمي الحبيبة) بوعزة ماما

إلى من اعتمد عليهم في كل كبيرة وصغيرة...

وإلى شمعة تنيرظلمة حياتي

أخو اتي (فاطمة ودعاء)

إلى أخي العزيزالذي اشتقت إليه (أمين).

وأخي (معمر) أتمنى له النجاح في مشواره الدراسي

وإلى سندي في الحياة زوجي (أبوبكر)

إلى أصدقائي ومعارفي الذين أحبهم وأحترمهم

إلى أساتذتي في كلية الحقوق و بالأخص أستاذي و مؤطري عبد النور حمادي

أهدي لكم بحثي في "نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري "

رغدة

كلمة شكر

الشكر لله وحده الذي أمدنا بيد العون لإنجاز هذا العمل المتواضع ,ولا يسعنا إلا أن نتقدم بالشكر الجزيل للدكتور (عبد النور حمادي)الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه المذكرة و الذي لم يتفانى بتقديم التوجيهات و الملاحظات القيمة و قد قاسمنا العناء في سبيل انجاز هذا العمل الذي نود أن يكون إن شاء الله مفيدا و ثريا.

و تقديرنا الى اعضاء لجنة المناقشة و على راسهم رئيس لجنة المناقشة ، يشرفني أن ارفع شكري و امتناني كذلك لأعضاء اللجنة المحترمين

قائمة بأهم المختصرات:

ط:الطبعة

ج.ر: الجريدة الرسمية

ص: الصفحة

ص.ص : من الصفحة الى الصفحة

د.س.ن: دون سنة النشر

ع:العدد

ج:الجزء

م:المادة

ق.م.ج:القانون المدني الجزائري

ق.م.ق: القانون المدني الفرنسي

مقدمة

مقدمة

يعد العقد من أكثر النظم القانونية أهمية و أوسعها تنظيما ذلك لأنه وسيلة من وسائل التبادل بين الأفراد.و هو قانون المتعاقدين ، اتفقوا على بنوده و ألزموا بتنفيذه بما ينسجم و موجبات حسن النية بالتعامل ، ويحتل العقد من القانون المدني مرتبة عليا ثم تأتي بعده مصادر الالتزام الأخرى ، فهو وسيلة لتحقيق حاجيات و غايات اجتماعية و اقتصادية.

فلا يرتب العقد أثاره ولا تتحقق المصالح المرجوة منه إلاإذا نشا صحيحا مستوفيا لأركان انعقاده و شروط صحته ، و من ثم يصبح المتعاقدين خاضعين للقوة الإلزامية للعقد مادامت الرابطة التعاقدية قائمة ، و الأصل في العقد أنه ملزم لطرفيه فلا يمكن لأحد نقضه و لا تعديله إلا في حدود ما يسمح به القانون

و إذا كان القانون قد أعطى أهمية كبرى لمرحلة تكوين العقد، فان عنايته بتنفيذه لا تقل عن عنايته بتكوينه، لان المتعاقد الذي التزم في مواجهة غيره بهدف من وراء دخوله في العلاقة التعاقدية إلى الحصول على مقابل ما التزم به،الأمر الذي يقتضي سعي الطرفين المتعاقدين إلىإدخال العقد حيز التنفيذ، لان الأصل في إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها

بعد نشوء العقد صحيحا و مرتبا أثاره فإن مصير هذه الرابطة بعد ذلك الزوال ،و يزول العقد اما بانقضائه و ذلك بتنفيذ الالتزامات و هو الطريق العادي لانقضاء العقود ،و قد يزول ببطلانه في حالة تخلف احد أركانهأو شروط صحته ، كما ينقضي أيضا بانحلاله و ذلك بفسخه في حالة عدم التنفيذ و هذا هو موضوعنا الذي سوف نتطرق إليه.

يقصد بالفسخ حل الرابطة العقدية التي تجمع بين المتعاقدين و إزالة كل أثارها ، بحيث يصبح العقد منعدما كأنه لم يكن.

يعرف الفسخ انه نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية ، وهو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ احد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته ، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين ان يطلب فسخ العقد حين لا يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه ، فتحل الرابطة التعاقدية و تزول اثارها باثر رجعي.

نظم المشرع الجزائري انحلال العقد في القسم الرابع من الفصل الثاني من الكتاب الثاني من التقنين المدني الجزائري ، و ذلك في المواد 119-123 و تشكل هذه المواد النظرية العامة لانحلال العقد في القانون الجزائري.

و الفسخ أنواع القضائي و ألاتفاقي و الفسخ بقوة القانون ، و الفسخ القضائي المقصود به فسخ العقد عن طريق القضاء ، إن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه كقاعدة عامة ، نظرا لما لهذا الإجراء من خطورة بالغة على العقد و بذلك ينبغي تدخل القاضي و استصدار حكم قضائي بذلك ، أما الفسخ الاتفاقي يقصد به آن للطرفين المتعاقدين الحق في الاتفاق على إبرام العقد على أن يجوز لأحدهما فسخ العقد اذا لم يقم الطرف الأخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار الحكم ، أما الفسخ بقوة القانون يقصد به انفساخ العقد و انحلاله بقوة القانون ، مما يجعل الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه من قبل ذلك تزول و تنقضي رغم إرادة المتعاقدين و رغم إرادة القاضي أيضاأذا ما عرض عليه النزاع.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية دراسة موضوع فسخ العقد بتمتعه بأهمية نظرية و عملية.

فإما الأهمية النظرية للموضوع فتكمن في كونه ينص على موضوع هام من مواضيع نظرية الالتزام و التي تعتبر اهم نظرية قانونية،

أماالأهمية العملية للموضوع فتظهر في أنه متعلق بالغاية التى يرجوها المتعاقد من الدخول في الرابطة العقدية بحيث اذا لم ينفذ الطرف الاخر التزاماته او ندم على دخوله في هذه الرابطة فلا سبيل امامه إلا حل هذه الرابطة و التحرر منها.

و على هذا الأساس نقوم بطرح الإشكالية التالية:

دور الإرادة التعاقدية في مواجهة الفسخ ؟, و هل للقاضي سلطة تقديرية في مواجهة فسخ العقد؟

وسوف نقوم بدراسة موضوع حول نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري.

الدراسات السابقة:

لقد تناولت الدراسات السابقة موضوع فسخ العقد في عدة من مذكرات لنيل شهادة الماستر و ماجيستر ، منها مذكرة شهادة الماجيستير للطالبة حمو نسيمة تحت عنوان "انحلال العقد عن طريق الفسخ"، و كان مضمون هذه الدراسة حول مفهوم الفسخ وتبيان انواعه ، و تطرقه الى الأساس القانوني للفسخ و اجراءاته المتعلقة بكل انواع الفسخ ، وسلطة القاضي في مواجهة الفسخ ،و كذلك الطالب كسيلي مخلوف تناول موضوع "انحلال العقد",و يتلخص دراسته في النظام القانوني للفسخ ،و مفهومه في عدة تشريعات مختلفة ، و مقارنته مع مختلف الانظمة المشابهة له ،و قد قمنا بالاستناد على هذه الدراسات السابقة لانجاز موضوعنا هذا ،وقد قمنا باضافة موقف المشرع الجزائري من أساس النظريات التى يعود اليها الفسخ.

الأهداف الدراسة

إن الهدف من هذه الدراسة هو:

إثراء المكتبة و تسهيل عملية البحث للطلبة فيما يتعلق بالموضوع.

تبيان الدور الهام الذي يقوم به القاضي في مجال الفسخ الذي بفضله يمكن تطبيق القانون و تحقيق العدالة و استقرار المعاملات.

و للفسخ أهمية بالغة في الحياة العملية للأفراد و يحمي الحقوق للطرفين و جعلهم في الوضع الامن.

و قد كانت لنا رغبة في الوقوف على حقيقة الفسخ كنظام عام اخترناه للدراسة التى استهدفنا من خلالها إزالة اللبس و الغموض عن هذا الموضوع كونه ميدان مهم بالنسبة للقاضي و المتقاضي، خاصة أن اغابية المتقاضين عندما يصطدمون بعدم تنفيذ العقد يبحثون عن أي ثغرة لإبطاله متجاهلين فسخ العقد رغم ما يتسم به من حلول منطقية.

الصعوبات:

لقد واجهتنا صعوبات في البداية في كيفية جمع المصادر و المراجع نظرا أن الكتب الفقهية تطرقت إلى موضوع الفسخ في كتب عن الالتزامات و كانت لا تتعدى عدد من صفحات فتقريبا الأستاذ بلعيور عبد الكريم هو الذي تطرق إليها في كتاب منفصل خاص حول نظرية فسخ العقد.

المنهج المتبع:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة قمنا بإتباع المنهج التحليلي عند دراسة المواد القانونية و كذلك استعنا بالمنهج المقارن عند عرضنا لمفهوم الفسخ في عدة تشريعات و مقارنة الفسخ بأنظمة قانونية مشابهة له.

و قد قمنا بتقسيم بحثنا هذا إلى فصلين تناولنا فيهم:

الفصل الأول: النظام القانوني للفسخ و شروطه القانونية

الفصل الثاني: تقسيمات الفسخ و أساسه القانوني و اثاره

الفصل الأول:

النظام القانوني للفسخ وأساسه القانونى

تمهيد

العقد هو شريعة المتعاقدين و لكن قد يحدث خلل في هذا الأخير مما يؤدي إلى فسخه وانحلاله يتجلى مفهوم الفسخ في حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، و قد اختلف الفقهاء في تحديد أساسه القانوني فكل منهم قد قام بتاسيسه على نظريات مختلفة و هذا ما سوف نتطرق اليه في هذا الفصل ،النظام القانوني للفسخ (المبحث الأول),و أساسه القانوني (المبحث الثاني).

.المبحث الأول: النظام القانوني للفسخ

يعرف الفسخ بأنه فك الرابطة العقدية بين طرفين أو أكثر، و ذلك نتيجة لعدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته . وتكمن الغاية من الفسخ في ترسيخ الوفاء بالوعد و قيام المسؤولية على الشخص الذي لا يلتزم بوعده في الالتزامات المقابلة.[1]

المطلب الأول: معنى الفسخ

إن موضوع الفسخ يعد من أهم الموضوعات التي يجب تناولها ، و هذا الأخير يتم بواسطة عقد يعبر فيه الأطراف عن الإيجاب والقبول ما لم يتفقوا على خلاف ذلك .

المعروف عن العقد أنه : " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل " . نستخلص من هنا أن العقد هو رابطة قانونية ، كما أنه أتفاق إرادتين و يميل إلى الرابطة المالية أكثر من الرابطة الشخصية ، ويعبر عن هذه الإرادة يكون بثلاث طرق إما من خلال اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا و أحيانا يكون السكوت تعبيرا عن الإرادة إذا لم ينص القانون أن يكون التعبير صريحا. ويكون جزاء للإخلال بالالتزامات المترتبة على عاتق أطراف العقد فسخ هذا الأخير، ونلاحظ أن الفسخ يكون في العقود التي تكون ملزمة لطرفين أي ترتب حقوق والتزامات قابلة لكلا الطرفين.[2]

ولكي نستطيع القول بأننا بصدد الفسخ يجب توافر مجموعة من الشروط نذكر منها :

-يكون العقد ملزم للجانبين.

-الإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه بإرادته .

---

[1] سويح سميرة ،الفسخ الإتفاقي في القانون المدني، مذكرة ماستر ، القانون الخاص المعمق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة احمد بوقرة، بومرداس ،2020ص 27-28.

جميل الشرقاوي، النظرية العامة للازامات، مصادر الالتزامات، دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة 1995، ص 2.155

-قيام الطرف الأخر بإلزامه أوإستعداده للقيام به .

-ويجوز للقاضي منح الأجل للمدين كما بإمكانه أن يرفض الفسخ .

يعد الفسخ طريقا لانحلال العقود كما انه يتوجب ضرورة تحقق الشروط التي حددها القانون سالفة الذكر لكي يتمكن طالب الفسخ من استصدار حكم من المحكمة من أجل حل الرابطة العقدية .

وقد نظم القانون المدني الأحكام الخاصة بفسخ العقد والشروط الأساسية المطلوبة لإعمال طلب الفسخ والحكم به في القانون المدني، كما نظم الأثر المترتب على الفسخ من هذا القانون .

في كثير من الأحيان يتفادى المشرع الانحلال ويقوم بتشجيع الأطراف إلى تنفيد الالتزامات المبرمة في العقد ،وهذا بسبب خطورة نتيجة الانحلال غير انه فقد تصل المعاملة إلى الوضع الذي ليس بعده إلا طريق واحد وهو الانحلال .[1]

الفرع الأول: المعنى اللغوي

فسخَ: (فعل)

فَسِخَ يَفْسَخُ ، مصدر فَسَخُ فهو فَسِخٌ

فَسِخَ الرَّأْي : فَسَدَ

فسخ (فعل)

فَسَخَ يَفسَخ ، فَسْخًا ، فهو فاسخ ، والمفعول مفسوخ

فَسَخَ الرَّجُلُ : ضَعُفَ، جَهِلَ

فَسَخَ الرَّأْيُ : فَسَدَ

فَسَخَ الرَّأْيَ : أَفْسَدَهُ فَسَخَ الْعَقْدَ : نَقَضَهُ، أَبْطَلَهُ

فسح مفصل يده : أَزَالَهُ مِنْ غَيْر كثر

فسخ الثوب عن نفسه : طرحة الله

فسخ الأشياء: فرقها

[1] جميل الشرقاوي. ، النظرية العامة للالتزامات المرجع السابق،ص157

و يقال الفسخ أي النقض، فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ أي نقضه فانتقض والفسخ بمعنى التفريق، وقد فسخ الشيء إذا فرقه. ومن المجاز يقال انفسخ العزم والبيع والنكاح أي انه انتقض، وقد فسخه إذا نقضه و يقصد بالفسخ إبطال عقد أو فقرة منه ، وتعني بالانجليزية: abrogation of agreement أمر تفصيلي ومحدد لإبرام أو إلغاء عقد.[1]

و الفسخ كلمة تطلق ويراد بها لغة النقض، وبابه القطع، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضفانتقض وفسخ الشيء بفسخه فسخاً فانفسخ، وهو الضعف والجهل والطرح وإفسادالرأي والنقض والتفريق والضعف في العقل والبدن كالفسخة. ومن لا يظفر بحاجته ولا يصلح لأمره كالفسيخ وانفسخ العزم والبيع والنكاح وانتقض.[2]

الفرع الثاني: المعنى القانوني

لقد تعددت الزوايا التي تم من خلالها النظر إلى الفسخ، فهناك من نظر إليه من زاوية كونه نظام قانوني استثنائي قائم إلى جانب نظام التنفيذ، وهناك من نظر إليه بأنه جزاء قانوني يترتب عند الإخلال بواجب تنفيذ العقد، وهناك أيضا من نظر إليه من زاوية أنه طريقا من طرق حل الرابطة العقدية وإزالتها.[3]

الفسخ في القانون هو انحلال الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد أطراف العقد الملزم لجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد. إلغاء لعقد قائم ملزم لطرفيه بآثاره القانونية التي تم نفاذها أو التي لم تنفذ بعد، فيمحو كل العقد من وقت قيام العقد، سواء كان التصرف صحيحا أوباطلاً أي هوأو قابل للإبطال.[4]

جاء حسب المادة 157 من القانون المدني " العقود الملزمة لجانبين ، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذار المدين أن يطالب بتنفيذه العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى " من نص المادة السالف الذكر نستنتج أن الفسخ هو جزاء المترتب نتيجة عدم قيام المدين لالتزاماته، فإذا لم يوف المتعاقد الآخر بشروط المذكورة في العقد أو المتفق عليها جاز على الطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد.[5]

---

[1] اعلي فيلالي، إلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2001، ص 74-75 .

[2] سويح سميرة ،الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 30.

[3] حنتيب عمار، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، مذكرة شهادة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خذة،2015، ص9-10.

[4] اعبد الرزاق سنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي، الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، سنة 2001، ص 769.

[5] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المرجع السابق ،ص 772.

إلى جانب المسؤولية العقدية فهو جزاء يترتب على القوة الملزمة للعقد في العقود التي تكون ملزمة لجانبين. المادة 158 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". [1]

كما و جاء في نص المادة 159 من القانون المدني الجزائري" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب واستحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه". و الأصل في الفسخ انه لا يقع إلا بحكم القاضي "الفسخ القضائي" وقد تعرضت له المادة 157 من القانون المدني الجزائري كما أنه قد يقع بحكم الاتفاق وهو ما يعرف بالفسخ "الاتفاقي" وقد تعرضت له المادة 158 من القانون المدني.[2]

الفسخ هو نظام قانوني يضاف إلى المسؤولية العقدية وهو يثمتل في الجزاء عدم التنفيذ أحد المتعاقدين على ما يمليه العقد عليه من التزامات في ذمته

ومعنى دلك انه حق لكل متعاقد في العقود الملزمة لجانين ان يطالب بحل الرابطة العقدية إذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيد التزاماته وبالتالي تزول الرابطة بأثر رجعي فيتخلص هومن التزاماته

فهو انعدام الأثر القانوني للعقد، فالفسخ هو انحلال للعقد التبادلي وهو جزاء يوقعه القاضي بناءا على طلب المتعاقد ،كما انه يكون الفسخ بسبب تقصير المدين سواء ظل التنفيذ العيني ممكنا ولكن امتنع عنه المدين، أو أصبح مستحيلا بسبب خطا منه ،ففي هذه الحالة لا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ويفترض في فسخ العقد الملزم لجانبين يختلف فيه أحد المتعاقدين عن تنفيذالتزامه ،فالفسخ هو حق كل متعاقد أن يطلبه متى تخالف المتعاقد الأخر عن الوفاء بالتزامه .[3]

المطلب الثاني:تعريف الفسخ عند بعض التشريعات و تمييزه عنالأنظمة القانونية المشابهة له

مصطلح الفسخ ليس حديث العهد بل كان ظهوره منذ قديم الزمن في العديد من التشريعات التي عملت به و سعت إلى تعريفه و تمييزه عن غيره من المصطلحات كما وقد قام الفقه الحديث بتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له و هذا ما سنسعى لتبيينه من خلال هذا المطلب و ذلك بالتطرق إلى فسخ العقدعند بعض التشريعات في الفرع الأول أما بالنسبة للفرع الثاني سنتناول فيه تمييز الفسخ عن الأنظمة القانونية المشابهة له.

[1] جميل الشرقاوي،النظرية العامة لالتزامات ،المرجع السابق، ص 165.

[2] عبد الكريم بلعيور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،1986,ص218

[3] ا عبد كريم بلعيور،المرجع نفسه ،ص 218.

الفرع الأول: فسخ العقد عند بعض التشريعات :

ان مختلف التشريعات القديمة سعت جاهدة لتعريف الفسخ و توضيح معناه و قد اتفقت هذه التشريعات في بعض النقاط و اختلفت في أخرى ، و نتطرق فيما يلي إلى تعريف الفسخ في كل من التشريع الروماني والتشريع الكنسي غيرت من التشريعات.

أولا: فسخ العقد في القانون الروماني

لم يقم هذا الأخير بتعريف فكرة الفسخ كمبدأ عام، كما أنه للقاضي السلطةالتقديرية في قبوله أو رفضه تبعا للظروف.

إذ هناك جانب من الفقه الروماني لم يعرف النظرية العامة للفسخ ، فقد قسم العقود إلى قسمين، العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . السبب في عدم الأخذ بنظرية العامة للفسخ ، لأنه كان يقرر أن القانون ينشئ التزامات مستقلة عن بعضها البعض فإذا لم ينفذ أحد الأطراف التزاماته فليس هناك حل للمتعاقد الآخر سوى أن يطالبه بالتنفيذ ولا يستطيع أن يتحلل هو التزاماته عن طريق الفسخ ، إلا أن الرومان تركوا المجال لتطبيق فكرة الفسخ ونفذوه على عقود البيع، بعد أن أصبح هذا العقد عقدا رضائيا فأدخلوا عليه شرطا صحيحا يعطي الحق للبائع في فسخ عقد البيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن.[1]

يعتبر أن اتفاق الأطراف في القانون الروماني هو الذي يولد التزام، فكان أول نوع للعقود عرفه القانون الروماني هو ذلك العقد الذي يتولد عن الكلام وينشأ عنه، ولم يكن هذا القانون يهتم بموضوع العقد بل يكفي شكل العقد حتى يقوم الإلتزام، ومع تطور الذي شهدنه روما اقتصاديا واجتماعيا فقد أدخل الرومان الرضائية على بعض العقود (عقد البيع والإيجار)، إلا أن نظرية الفسخ كحل الرابطة العقدية في القانون الروماني لم تكن كافية وبقيت محصورة ببعض العقود التي اعترف بها القانون الروماني إلا أنه لا يمكن الاستغناء عنها في مجال البحث عن أصول نظرية الفسخ.[2]

ثانيا: فسخ العقد في القانون الكنسي

تم في هذا القانون الأخذ بمبدأ الرضائية، كما أنه كان نطاق الفسخ واسع مما جعله يشمل كل العقود و لم يشترط فيها الصراحة و كان بمثابة عقوبة.[3]

[1] اعبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ،المرجع سابق ،ص 224.

[2] سميرة سويح، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني ،المرجع السابق، ص 9.

[3] علي فيلالي،الالتزامات ،النظرية العامة للعقد المرجع السابق، ص 86.

قام القانون الكنسي بتحرير الشكلية التي عرفتها العقود في القانون الروماني، حيث يعتبر رجال الكنيسة هم الذين عملوا على إنشاء نظرية الفسخ، واعتبروا أن الالتزام بالعقد هو واجب ديني وإلتزام أخلاقي، وقد توصل القانون الكنسي أن مجرد توافق إرادتين ينشئ إلتزاما قانونيا وينبغي ترك الحرية للإرادة لتحدد مضمون العقد.[1]

ثالثا: فسخ العقد في الفقه الإسلامي

عرف الفقه الإسلامي نظام الفسخ، قبل القانون الكنسي والقانون الروماني.

و نص عليه خاصة في عقود البيع والإيجار، وقد عرفه إبن نجيم الحنفي صاحب الأشباه والنظائر بأنه :"حل إرتباط العقد. "كما أن الفقهاء اتفقوا بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ وهذا على أساس فكرة الترابط بين الإلتزامات الناشئة في العقد الملزم لجانبين،الفسخ يقع استعمالا لخيار من خيارات الشرط ، وهو يمكن أن يكون مصلحة لأحد الأطراف أو لكلا الطرفين ،ويكون لمن إشترط لصالحه الحق في فسخ العقد دون مسؤولية أو دون اسباب .

كما أنه قامت الشريعة الإسلامية بتفرقة بين العقد اللازم والعقد الغير اللازم ،ففي العقد الغير اللازم يكون للطرف الذي يعتبر غير لازم بنسبة له ان يفسخه دون الحاجة لأي خيار ،أما بنسبة للعقد اللازم فلا يجوز فسخه إلا إعمالا لأحد الخيارات المقررة شرعا ،وأنه لا توجد نظرية عامة في الفسخ في الشريعة الإسلامية .فالفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح منعقد حقيقة،ويمكننا تعريف الفسخ على انه إرتفاع حكم العقد من الأصل كأنه لم يكن .[2]

ارابعا: فسخ العقد في القانون الفرنسي

من المتعارف أن القانون الفرنسي قد تأثر بشكل كبير بنظام الفسخ في العقود الملزمة للجانبين المستوحاة من القانون الروماني والكنسي، فقد مكن القانون الفرنسي القديم الداكن من طلب التنفيذ كما مكنه من حق الفسخ عند توفر الشروط وإمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه، إلا أن القانون الحديث الذي عدله المشروع الفرنسي في 2016 تضمنت في المادة 1226 ف.م.ف الذي يشترط فيها فسخ العقد عن طريق الإخطار وفي غير حالة الاستعمال يجب عليه أولا إعذار المدين المقتصر بتنفيذ التزامه خلال مدة معقولة.[3]

[1] سويح سميرة، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، مرجع سابق، ص10.

[2] علي فيلالي، الاتزامات، نظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 86.

[3] سويح سميرة،،الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، مرجع سابق، ص11.

خامسا: الفسخ في القانون الجزائري

قبل صدور القانون المدني الجزائري في 26-09-1975 كان القانون الجزائري يتبع القانون الفرنسي وبما أن الفسخ بأنواعه مستمد منه بصورة عامة.

فأصبح للفسخ نظرية عامة في القانون المدني الجزائري منذ تاريخ صدور ف.م بمعنى أن المشرع الجزائري شديد التأثر بالقانون المدني الفرنسي لذلك نص ف.م.ح في القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان انحلال العقد في المواد من 119 إلى 123 على الفسخ وعدم التنفيذ والانفساخ.[1]

يهدف الفسخ في التشريع الجزائري التفعيل الحماية القانونية للمتعاقدين وضمان حقوق الأطراف من أجل تحقيق مبدأ التوازن، فانحل العقدي رمي الى زوال الرابطة العقدية عن طريق اخلال احد الأطراف بإلتزامه المنصوص عليه في العقد وعدم تمثيله مللعقدكلي او الفسخ لايكون إلا في العقود الملزمة لجانب ينمناجلأنيتحرر المتعاقد من التزاماته التي تحمله ابموجب العقد محل الفسخ، ويمكن للقاضي ا ن يمنح اجلا للمدين كما يجوز له رفض الفسخ في حالة ما إذا لم يوفبها لمدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الاطراف،وقد قام المشرع الجزائري بالنظر في الفسخ على اساس الالتزامات المترابطة في العقد الملزم.[2]

الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الأنظمة القانونية المشابهة له

يتشابه الفسخ مع بعض الأنظمة القانونية و هذا قد يؤدي لوقوع لبس و الخلط بينهم مما يستدعي منا التمييز بينهم و هذا ما سنقوم به فيما يلي.

أولاً: الفسخ

سبق لنا الذكر أن العقد الناشئ صحيحا يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون تماما و من ثم وجب تنفيذه. المقصود بفسخ العقد هو حل الرابطة العقدية التي تجمع بين المتعاقدين و إزالة كل أثارها، بحيث يصبح العقد منعدما أنه لم يكن، و من هنا نستنتج أن فسخ العقد مثله مثل البطلان يهدف إلى زوال الرابطة العقدية، غير أنه لكل منهما مميزاته فالمتعاقد يلجأ إلى الفسخ في الحالات التي لا يريد فيها أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أو التي لا يكون فيها التمسك بالدفع له معنى أو التي يكون فيها قد تمسك بالدفع و لكن الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزاماته وهو يهدف من وراء الفسخ الى أن يتخلص من التزاماته. كما أن الفسخ يعد نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية و هو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد العاقدين لما رتبه العقد من

[1] سويح سميرة، المرجع نفسه ،ص13.

[2] 3يزيد بوحليط ، تأثير مبادىء الشريعة الاسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني الجزائري ، ملتقى وطني حول القانون المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري و مواكبة حركة التشريع العالمية ،26نوفمبر2019,كلية الحقوق و العلوم السياسية ، مجمع هيليوبوليس ، ص17.

التزامات في ذمته، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، في أن يطلب متى لم يقم العاقدالآخر بتنفيذ التزاماته.[1]

ثانيا: البطلان

فسخ العقد يقصد به حل الرابطة العقدية التي تجمع بين المتعاقدين وإزالة كل أثارها بحيث يصبح العقد منعدما كأنه لم يكن وبهذا المدلول فان انحلال العقد مثله مثل البطلان يرمي إلى زوال الرابطة العقدية غير أنهما يتميزان عن بعضهما البعض من حيث الأسباب التي تبرر كلا منهما فيبطل التصرف القانوني لكونه لمينشأ صحيحا.

ويعني البطلان انعدام الأثر القانوني للعقد الذي تخلفت احد أركانه التي أوجبها المشرع في العقد، وهذا على عكس إبطال العقد بسبب التدليس الذي يرمي قبل كل شيء إلى حماية رضا المدلس عليه من دون أن نتجاهل سلوك المدلس الذي يعاقب عن طريق إبطال العقد.[2]

و البطلان لغة: يقصد به هو بطل شيء أي عدم النفع منه، أما في القانون يقصد به انعدام العقد القانوني وسقوطه أو هو انعدام أثر التصرُّف بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير لعدم توافر ركن من أركان التصرُّف أو شرط من شروط صحته وفقا للقانون.

و يرجع البطلان إلى عيب أصاب العقد في أحد أركانه، أما الفسخ فيرجع إلى عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته في العقد الملزم للجانبين ومن ثم فالفسخ إنما يرد على عقد تام الصحة وان يكون من العقود الملزمة للجانبين.

كما ان البطلان هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (التراضي، المحل ، السبب ، الشكل فى العقود الشكلية) أوشرط من شروط صحته (الأهلية ،سلامه الإدارة) العقد الباطل هو العقد الذي لا تتوافر فيه إلا إذا استجمع أركان انعقاده من رضى ومحل وسبب للانعقاد.

بالنسبة لفسخ العقد يقوم على نتيجة عدم الالتزام من قبل احد أطرافه اما، بالنسبة للبطلان فيقوم على نتيجة تخلف ركن من اركان العقد أو نقصان الأهلية أو من شاب إرادته عيب.[3]

الفسخ العقد نشأ صحيحاً، ولكن أحد المتعاقدين أخل بالتزام من التزاماته مما تسبب في طلب الطرف الآخر في فسخه.

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، سنة 2005، ص168.

[2] عبد الكريم بلعيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري المقارن ، المرجع السابق،ص 233

[3] سويح سميرة ،الفسخ الاتفاقي في القانون المدني ، المرجع السابق,ص 56.

أما بطلان العقد فهو يكون بتخلف ركن من أركان العقد مثل (الرضا).

فسخ العقد يكون بسبب الإخلال بأحد بنود العقد.

مثاله : الدفعات الانتهاء في وقت معين وللمتضرر المطالبة بإلغاء العقد أوالتعويض.[1]

بطلان العقد يكون بسبب الإخلال بالعقد نفسه، مثاله: الاتفاق على مواد معينة او طريقة عمل معينة ويكون العمل خلافا للاتفاقالمعلوم عن العقد أنه يتم وصفه بالصحة إذا إستكمل كافة أركانه و شرائط صحته دون خلل يعرقله.[2]

العقد الباطل هو دراسة الوجه السلبي للعقد الصحيح, و قد إنصبت بشكل ملحوظ على بحث درجات البطلان و أخذت أيضا وجهات نظر مختلفة.

فالعقد القابل للإبطال يستمر بالتقادم أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فيبقى باطلا حتى و إن كانا دعوى البطلان تسقط به, و ذلك بمضي عشرة سنة من وقت إبرام العقد.[3]

عرفه الفقه التقليدي على درجتين إما باطل بطلان نسبي أو بطلان مطلق وقد جاءت هذه النظرية التقليدية للبطلان مجسدة لمبدأ الفردانية الذي يعطي الإرادة الحق في إنشاء ما تراه من تصرفات.[4]

فقد إتفق الفقهاء على أن هذا الأخير هو جزاء وضعه المشرع على جميعا لعقود التي إختل ركن من أركانها أو شرط من شروطها, و بغض النظر إذا كان ملزم لجانب واحد أو لجانبين إلا أن هذا الجزاء يختلف باختلاف القاعدة التي تخرقها .

فالبطلان يرجع إلى عيب أصاب العقد في أحد أركانه، أما الفسخ فيرجع إلى عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته في العقد الملزم للجانبين ومن ثم فالفسخ إنما يرد على عقد تام الصحة وان يكون من العقود الملزمة للجانبين. [5]

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ص 787.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 792.

[4] اعبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري مرجع السابق 788.

[5] عبد الرزاق السنهوري،المرجع نفسه، قص 792.

البطلان المطلق:

هناك مجموعة من النصوص ذكر فيها المشرع الجزائري حالات خاصة من البطلان ،فهناك من احتوت على الغش،وأيضا الذي لم يرد عليها النص ،فهناك قاعدة تعمل بها المحاكم من أجل إبطال هذا الغش لأن الغش يعد سببا للبطلان إذا كانت الغاية منه إبطال العقد ،كما انه هناك من عرف البطلان المطلق على أنه يلحق العقد بقوة القانون إذا خالف نصا متعلقا بالنظام العام أو الآداب العامة ويوجد أيضا على من يعرفه أنه أساس عن جزاء الذي قام بترتيبه المشرع نتيجة تخلف ركن من أركان الانعقاد .[1]

ففي حالة العقد لم ينعقد ، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان ولا يترتب على العقدالباطل (البطلان المطلق) أي أثر ولا تصححه الإجازة ولا التقادم.

فهو منعدم الوجود ولا حاجة إلى تقرير البطلان ، ويضاف لهدا النوع من البطلان العقد الذي لم يستوفي أركانه، كانعدام تطابق الإرادتين وانعدام المحل والسبب ،أو عدم مشروعية محله أو سببه

إذا كان من شروط التراضي فهناك شروط أساسية وهي أن يصدر ممن بلغ سن التميز،وأنه إدا صدر من عديم التمييز كان باطلا بطلانا مطلقا ولو كان العقد لمصلحته .

عدم توافر محل العقد ،أو إخلال شرط من شروطه المذكورة في القانون المدني الجزائري فإذا تخلف شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا .

يعد السبب هو الغرض الأساسي والمباشر الذي يتجه إليه المتعاقدين وعن طريق السبب نتمكن من الإجابة عن السؤال التالي :لماذا التزم المدين؟

ومن هنا نستنتج أنه السبب يجب أن يكون مشروعا وموجودا .[2]

البطلان النسبي:

المقصود به العقد القابل للإبطال ورغم أنه صحيح إلا أنه مهدد بالزوال وذلك نتيجة تخلف شرط من شروط الصحة ،وبالتالي تلحقه الإجازة وتكون من صاحب الحق الذي يقرر لمصلحته الإبطال دون الطرف الاخر فيا

[1] طالبي وليد ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قانون الاعمال ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ، 2018,ص5

[2] طالبي وليد ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ،ص6

لعقد وتتمثل شروطه في نقص الأهلية أو فساد الإرادة(الغلط،الإكراه،التدليس والغبن والاستغلال).هو العقد الصحيح وتترتب عليه أثاره، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر القانون له حق الإبطال.[1]

إبطال العقد فالعقد ينفسخ بقوة القانون في الوقت الذي يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا لسبب خارج عن إرادة كلا الطرفين، أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى خطأ أي من الطرفين، فعندئذ لا نكون أمام انفساخ بل فسخ.عقد توافرت له كل أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة إن مثل هدا العقد ينشأ ويلزم أطرافه ويرتب أثار ولكن يجوز للمتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته بسبب نقص أهليته أو تعيب إرادته أن يطلب إبطاله. [2]

تعد الأهلية في نظر المشرع الجزائري على أنها ليست ركنا في الالتزام بل هي شرطا لصحة التراضي وسلامة الإرادة من العيوب أما من ناحية أخرى فان القاعدة العامة للبطلان تتمثل في إرجاع المتعاقدين إلى حالتهم الأولى ،غير أنه في حالة نقص أحد المتعاقدين للأهلية لايرد للمتعاقد الأخر إلا مقدار ماعد عليه من منفعة .

في حين ما شاب على الرضا عيب من عيوب الإرادة التي ذكرناها سابقا أدى إلى فساد العقد ومنه هذه العيوب لا تأثر في وجود العقد وإنما يأثر على صحته القانونية .،فالغلط هو وهم ذاتي أو اعتقاد خاطئ في ذاكرة المتعاقد مما يجعله يرى عكس الحقيقة مثال:كمن يأجر بيتا معتقدا أن هذا الأخير متزوج وفي الحقيقة هو أعزب .

أما بنسبة للتدليس هو التحايل الذي يأدي إلى إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة مما يدفعه إلى إبرام العقد ،كما أنه يوجد تشابه بين الغلط والتدليس فالغلط يعد وهم ذاتي أما التدليس فهو وهم مضبط بفعل المتعاقد ،فالتدليس هو سكوت عمدي عن واقعة في حين ما تبثت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد .[3]

المعروف عن الإكراه انه ضغط يتعرض له المتعاقد مما يؤدي إلى رهبة وخوف يكون دافعا للتعاقد والمقصود به هنا الإكراه المعنوي الذي يكون ناتجا عن تهديد الغير المشروع مما يفقد المتعاقد القدرة على الاختيار كما انه يمكن أن يكون المتعاقد فيهده الحالة مجبرا على إبرام عقد بالقوة كالإمساك بيده وإرغامه على التوقيع ،وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلان مطلقا .

المقصود بالاستغلال هو إنتهازالطيش البين الذي يصيب المتعاقد من أجل دفعه إلى إبرام عقد يؤدي إلى غبن ،فالغبن هوإختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل ،فهو غابن إذا أخد أكثر مما أعطى ومغبون إذا أعطى أكثر مما اخذ .

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ،ص174

[2] علي علي سليمان، ا، المرجع نفسه ،ص 174.

[3] طالبي وليد ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص12

ومن هنا في حالة إذا وجد الاستغلال في العقد يأخذ الجزاء المترتبفي لقانون المدني الجزائري إحدى الحلين :

إما الحكم بإبطال العقد ،أوإنقاص الالتزامات الطرف المستغل وتسقط دعوى الإبطال العقد المستغل بعد مرور سنة من تاريخ العقد لذا يجب رفعها خلال هذه السنة وإلا سقط الحق في إبطال العقد[1]

ثالثا: الانفساخ

يمكن القول انه شبيه الفسخ في مسألة زوال العقد إلا أنه يتحقق هذا الأخير في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية و لكن عندما تكون هناك قوة قاهرة .. و يمكننا القول أيضا أنه " انقضاء العقد لاستحالة تنفيذ التزام المدين لا يد له فيه عدم تنفيذ المدين لالتزامه لسبب أجنبي انقضى هذا الالتزام و ينقضي معه الالتزام الذي يقابله.

ينفسخ العقد كذلك بحكم القانون و من تلقاء نفسه ، و لا يكون على المدين التزام بالتعويض لأن الاستحالة لا ترجع إلى خطئه بل إلى سبب أجنبي .

ففي حالةنجد أن الانفساخ يعني انحلال العقد بقوة القانون من دون تدخل القاضي و من دون ان يشترط في العقد أن استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي يؤدي إلىإنهاء العقد.

فالعقد ينفسخ بقوة القانون في الوقت الذي يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا لسبب خارج عن إرادة كلا الطرفين.

أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى خطأ أي من الطرفين، فعندئذ لا نكون أمام انفساخ بل فسخ.[2]

رابعا: الإبطال

لقد سبق لنا الإشارة الى أن البطلان يلحق العقد إذا اختل احد أركانه كما لو تعاقد طفل غير مميز مع راشد فالعقد هذا باطل لانعدام أهلية أحد الأطراف.

أما بالنسبة للأبطال فيلحق العقود التي تتعقد متوفرة على جميع أركانها لكن مع وجود عيب في ركن الرضى. وعليه فالعقد القابل للابطال له وجود قانوني، فهو قائم أمام القانون إلى أن يتقرر بطلانه بينما العقد الباطل عديم الوجود منذ البداية.[3]

[1] طالبي وليد ، ، المرجع نفسه ص13

[2] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 795.

[3] جميل الشرقاوي، النطرية العامة الالتزامات المرجع السابق، ص 169.

خامسا : الانحلال

قد يزول العقد أن ينقضي وذلك عن طريق انحلاله ويجمع بين البطلان والانحلال أنه يترتب عليهما زوال العقد ، لكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحا ثم ينحل.

وقد ينحل باتفاق الطرفين وقد ينحل العقد عن طريق الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين، وقد يجعل القانون لكل من العاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد أو يجعل لأحد العاقدين دون الآخر الحق في هذا الإلغاء، ولا يكون للإلغاء في جميع هذه الأحوال أثر رجعي.[1]

سادسا :عدم النفاذ:

لا يعتبر نظام الفسخ النظام الوحيد الذي جاء به القانون المدني لحماية الدائن ضد المدين بل إلى جانب ذلك نجد المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن فقد يحدث أن يبرم التعاقدان عقدا معينا وفقا للقانون فيكون العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية، لكن المدين يتعمد قبل أن ينفذ العقد إلى بيع أمواله الظاهرة ليخفي ثمنها عنالدائنة،وعلى هذا الأساس قررت القوانين المدنية العربية منها والغربية أن تصرفات المدين في هذه الحالة لا تسري في مواجهة الدائن، وقد نظم المشرع الجزائري عدم النفاذ في كثير من المجالات في القانون المدني، ففي مجال العقود الصحيحة المادة 119 من القانون المدني يجيز للدائن الذي له حق مستحق الأداء، يطلب عدم نفاذ تصرفات مدنية إلى تضر بحقه إذا كان قد قام بهذا التصرف بقصد الإضرار به فالقانون أجاز للدائن اللجوء إلى استعمال الدعوى البوليصة إذا توفرت شروطها، فهي تحقق له عدم في حقه مع بقاء العقد منتجا لآثاره فيما بين عاقدية.[2]

ويختلف فسخ العقد على عدم نفاذه في كون الحكم بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنه لا يؤثر على أي حال من الأحوال على العقد الذي يربط مدينه من تصرف إليه، بل يبقى قائماً منتجاً لآثاره القانونية بينه وبين المتصرف إليه، وإذا تحقق الفسخ فإنه يهدم العقد وما رتبه من التزامات تعاقدية بأثر رجعي بما أن الحق في التمسك بالفسخ يقتصر على طرفي العقد، في حين لا يتمسك بعدم النفاذ إلا من لم يكن طرفاً في العقد الذي يراد نفاذه اتجاهه.[3]

---

[1] عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ،المرجع السابق، ص 248.

[2]لتيقي فيروز ، انحلال العقد بالفسخ ،مذكرة شهادة الماستر ،القانون الخاص القضائي ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ،2021،ص 11

[3] عبد المجيد بالطيب ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في فسخ العقود ،اطروحة لنيل شهادة دوكتوراه ، العقود و المسؤولية في الشريعة و القانون ،كلية علوم اسلامية ، جامعة الجزائر 1بن يوسف بن خدة ، 2018 307

المبحث الثاني: الأساس القانوني للفسخ.

اختلفت الاراء الفقهية و القانونية بشان الاساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الفسخ ولا زال اساسه محل جدال نقاش حاد بين الفقهاء و الشراح ، وقد ظهرت عدة نظريات في تاسيس الفسخ ، فهناك من يرده الى نظرية الشروط (اولا), و كما اسسه اخرون على فكرة العدالة (ثانيا), و يؤسسه البعض الاخر على فكرة ترابط الالتزامات (ثالثا), ويرجعه البعض الى فكرة السبب (رابعا). كما بين المشرع الجزائري موقفه من هذه النظريات (خامسا)

أولا ؛ تأسيس الفسخ على أساس نظرية الشروط

تعد نظرية الشروط بمثابة تطبيق لنظرية حرية التعاقد التي تقضي بجواز ان يشترط المتعاقدان ما يشاءان من الشروط ،شرط ان لا تخالف النظام العام و الآداب العامة[1]

يقصد بالشرط اصطلاحا الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني، ولا يكون داخلا في العقد ولا عنصرا من عناصره،فاذا لم يتحقق الشرط انتفى الالتزام تبعا له و يسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف، و قد يتوقف على تحققه زوال الالتزام و يسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ[2] .

يهمني في هذه الدراسة الشرط الفاسخ الذي يمكن ان يكون صريحا كما يمكن ان يكون ضمنيا ،بالتالي وجوب التمييز بينهما.

يعد الشرط الفاسخ صريحا عندما يتفق الاطراف على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام دون حاجة لرفع دعوى الفسخ، فالشرط الفاسخ الصريح يجب ان تكون صيغة صراحة دلالة في وقوع الفسخ من تلقاء نفسه[3]

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

---

[1] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني، (دراسة مقارنة)،اطروحة دوكتوراه،جامعة فؤاد الاول،القاهرة،1946,ص 65.

[2] حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة شهادة ماجستير ،قانون المسؤولية المهنية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزب وزو ،2011،ص15

[3] كسيلي مخلوف، انحلال العقد، مذكرة شهادة الماستر،القانون الخاص الداخلي،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري،تيزي وزو ،2016، ص 22.

فعلى الرغم من أن كل منهما يتوقف على تحقق حادث مستقبلي غير محقق الوقوع ، فإن هذا الحادثيختلف في الشرط الفاسخ العادي عن الشرط الفاسخ الصريح

ففي الأول الحادثة هي ذات طابع موضوعي أي لا تخضع إلى تقدير أحد فالشرط الفاسخ العادي المنصوص عليه في المادة 207 من ف.م.ج يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون، أما فيوالثاني فالحادثة ليس لها طابع موضوعي فهي خاصة بأحد المتعاقدين إذ أن طابعها شخصي ولا تخضع لتقدير الدائن.اما الشرط الفاسخ الضمني يكون اذا لم يتفق الطرفان على ادراج شرط فاسخ صريح ، او جاءت صيغة الاتفاق عامة غير صريحة على وجوب الفسخ في حالة الاخلال بالالتزام. و يخضع لسلطة القاضي[1]

1:الشرط الفاسخ الصريح.

لقد اسس القانون الروماني نظرية الفسخ لكن قبل ذلك كانت الالتزامات كل طرف في العقود التبادلية مستقلة عن التزامات الطرف الاخر ، واذا لم يوف احدهما بما التزم به كان للمتعاقد الآخر أن يطلب التنفيذ دون طلب الفسخ ، غير أن لم يبقى الامر على هذا الحال ،حيث تطور الامر ليفسح المجال بدخول مفهوم الفسخ في عقد البيع بعد أن اصبح عقدا رضائيا ، و ذلك بادخال شرط فاسخ صريح يجعل للبائع دون المشتري الحق في فسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن [2].

إن وجود الشرط الفاسخ الصريح كان ينص في عقد البيع على أن البيع سيفسخ عند عدم دفع المشتري ثمن يسهل إنهاء العقد[3] .

ينفسخ العقد بمقتضى هذا الشرط إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وفي ذلك خروج عن القواعد المقررة للفسخ في القانون كون أن هذا التأسيس قائم على مسألة افتراضية لإرادة لا وجود لها في الغالب فعدم التنفيذ في الغالب لا يتوقع من قبل الأطراف حتى تنصرف إرادتهم إلى إدراج ذلك، فضلا عن ذلك .فإن الأخذ بهذا الاتجاه يجعل من الفسخ حتمي الوقوع من تلقاء نفسه بمجرد احتلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه مرتبا بذلك أثر الشرط الفاسخ إلا أن القاعدة المقررة هي أن الاختلال لا يستوجب الفسخ التلقائي ولا يكون إلا بحكم قضائي والمحكمة سلسلة تقديرية واسعة في ذلك[4] .

[1]كسيلي مخلوف، انحلال العقد المرجع السابق ص 22.

[2]د. بدري جمال. محاضرات في مادة انهاء الرابطة العقدية،قانون العقود و المسؤولية ..طور الثاني ماستر،2021،..ص34

[3]سميرة سويح، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 16.

[4]أميرةطالب هادي التيميحي،الفسخ الجزئي للعقد ،مجلة جامعة تكريت للحقوق ، العدد 4,6 حزيران ،218,ص182.

إلا أنه قد يتفق المتعاقدين مسبقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم أو دون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، في حالة الاختلال من قبل المتعاقدين بعد إعذار المدين مالم يتفق صراحة على غير ذلك هو ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح[1]

تعرضت فكرة الشرط الفاسخ الصريح لانتقادات منها اقتصاره على احد المتعاقدين دون الاخر ، ومن شان ذلك التضييق من نطاق النظرية و الحد من فعاليتها 3، و يقضي بنا تاسيس الفسخ على اساس شرط فاسخ صريح الى عدم جواز فسخ العقود التي لم تتضمن هذا الشرط ، كما ما تنص عليه المادة 119 ق.م.ج ، و ان فسخ العقد تلقائيا بمجرد تحقق الشرط الصريح هو بعيد عن الحقيقة التى تعطي للقاضي سلطة تقديرية في الفسخ وانه يجب صدور حكم بشانه كقاعدة عامة[2].

وفي الحقيقة الأمر أن هذا الأساس غير كافي إذ لا يمكن الاتكاء عليه كأساس قائم بذاته دون اللجوء إلى القضاء سواء كان كاشفا أو منشئا لقرار الفسخ، فالإتفاق على ادراج هذا الشرط لا يكون قاطع الدلالة في كل الأحوال وهو بذلك لابد وأن يكون تطبيقا للقواعد العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين المقترنة بالاخلال[3].

فالشرط الفاسخ الصريح، في القانون الروماني لم يكن جائز لكل من المتعاقدين، بل كان قاصرا على البائع دون المشتري ولذلك فالأخذ به كأساس لنظرية الفسخ يؤدي بنا إلى التطبيق من تطبيق هذه النظرية التي لم يأخذ بهذه الفكرة لا القانون المدني الجزائري ولا التشريعات الحديثة إذ يجوز لطرفي العقد أن التمسك بحق الفسخ إذ تخلف أحدهما عن تنفيذ التزاماته التعاقدية وهذا ما يقتضيه المنطق القانوني[4].

2:الشرط الفاسخ الضمني

إذ ينفسخ العقد بمقتضى هذا الشرط إذ لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وفي ذلك خروج عن القواعد المقررة للفسخ في القانون كون أن هذا التأسيس قائم على مسألة افتراضية لإرادة لاوجود لها في الغالب فصدم التنفيذ في الغالب لا يتوقع من قبل الأطراف حتى تنصرف إرادتهم إلى إدراج ذلك، فضلا عن ذلك فإن الأخذ بهذا الاتجاه يجعل من الفسخ حتمي الوقوع من تلقاء نفسه بمجرد اخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه مرتبا بذلك أثر الشرط الفاسخ

[1] أمير،طالب هادي التيميحي، الفسخ الجزئي للعقد المرجع السابق ص 182

[2] كسيلي مخلوف.، انحلال العقد مرجع سابق ، ص 23

[3] أمير طالب هادي التيميمي ، الفسخ الجزئي للعقد لمرجع السابق ،ص 183

[4] بلقاسم رازي،.ممارسة الدائن لحق الفسخ.، مذكرة شهادة الماستر،قانون خاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2020، ص 08.

إلا أن القاعدة المقررة هي أن الاخلال لا يستوجب الفسخ التلقائي ولا يكون إلا بحكم قضائي وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في ذلك.[1]

تتمحور فكرة الشرط الفاسخ الضمني إن العقود الملزمة للجانبين بجميع أنواعها يجوز فسخها عندما لا يقوم أحد المتعاقدين فيها بتنفيذ التزامه، لا على أساس أن الطرفين قد وضعا شرطا صريحا يقضي بذلك كما هو شأن في الشرط الفاسخ الصريح، بل على أساس أن هذا الشرط موجود بصفة ضمنية والذي يقتضي بفسخ العقد إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه، غير أن باستعمال هذا الشرط بكثرة وشيوعه في المعاملات قد أدى في نهاية الأمر إلى اعتباره موجودا في جميع العقود الملزمة للجانبين، ولو لم يدرجه المتعاقدان على أساس أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليه عند ابرام العقد، وبالتالي يحق للدائن أن يطالب بالفسخ العقد عند عدم التتقين، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بالفسخ.[2]

وبالتالي يحق لكل متعاقد في هذا النوع من العقود إذا لم يفهم الطرف الآخر بتنفيذ ماهو واجب عليه طبقا للعقد، أن يطالب بفسخ العقد ليتحلل هو من التزاماته التعاقدية.[3]

يتحقق الشرط الفاسخ الضمني باثبات عدم أخذ 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 المبررة لأنه إن وجد ما يبرر عدم تنفيذ المدين لالتزامه فلا داعي للفسخ.[4]

لقد انتقد الفقه فكرة تأسيس حق الفسخ على الشرط الفاسخ الضمني، ذلك أنه لو صحت هذه الفكرة لترتب انفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد تحقيق عدم التنفيذ، في حين أن الفسخ لا يقع إلا بحكم القاضي كقاعدة عامة للذي يحق له أن يحكم به أو يرفضه، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتفادى الفسخ قبل ضدور الحكم، وللدائن أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ.[5]

---

[1] كسيلي مخلوف ، انحلال العقد، المرجع السابق.،ص23

[2] بلقاسم رازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ، المرجع السابق.، ص 09.

[3] بلقاسم رازي،. المرجع نفسه،ص9.

[4] كسبلي مخلوف،..انحلال العقد ،المرجع السابق ص 24.

[5] حنتيب عمار، التعسف في استعمال حق الفسخ،مذكرة شهادة ماجستير،قانون خاص،كلية الحقوق،جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة،2015 ، ص 10.

تأسيس الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ يعني أن بتحقيق هذا الشرط يقع الفسخ، دون الحاجة إلى تدخل مختلفا في حين أن القانون قد منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفشخ وتتسع وتنطبق هذه السلطة حسب نوع الفسخ المعروف أمامه.[1]

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 المتعاقدينتضمنا العقد الشرط ولو كانوا اتفقوا عليه لكانو نصوا عليه صراحة.[2]

ثانيا :فكرة العدالة كأساس الفسخ

ذهب فريق من الفقهاء إلى تأسيس الفسخ على أساس فكرة العدالة، وتقضي فكرة العدالة أن تكون الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبيت متوازنة، إذا لم يوفي أحد بالتزاماته فإن العدل يقضي اعفتء الطرف الآخر من الالتزامات الواقعة عليه.[3]

يرى أنصار هذه النظرية أن الفسخ يقوم على فكرة العدل حتى في القانون الكنسي وعليه فامت دعوى الاسترداد في القانون الروماني، ومن المؤيدين لهذه النظرية الأستاذ مصطفى السيد الجارحي حيث يقول:"إننا نعتقد بجانبنا أن فكرة العدالة وحدها هي التي تبرز إعطاء المتعاقد حق طلب الفسخ"[4]

فطبيعة العقود الملزمة للجانبين تقتضي الترابط والتقابل في الالتزامات الملقاة على عاتق أطرافها، وعليه فإن عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته كلها أو في جزء منها، أونفذها تنفيذا معيبا، يكون اخلالا منه بالترابط الذي يقود إلى نحلل الطرف المقابل من الالتزامات عن طريق الفسخ، وهو بذلك يشكل أساسا يغني عن جميع ما قيل فالنظرية إذن نظرية مستقلة قائمة على اعتبارات العدالة المتمثلة بالتعادل المنشود من الترابط والتقابل ما بين الالتزامات العلاقة العقدية.[5]

[1] بلقاسم رازي،. ممارسة الدائن لحق الفسخ، المرجع السابق.،ص 10.

[2]كسيلي مخلوف،، انحلال العقد المرجع السابق ، ص 25.

[3] عبد المجيد بالطبيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في فسخ العقد،.. المرجع السابق، ص 311.

[4]كسيلي مخلوف، انحلال العقد ،مرجع السابق، ص 25.

[5]أمير طالب هادي التميمي.الفسخ الجزئي للعقد، المرجع السابق،ص `183.

غير أن اتساع فكرة العدالة ومرونتها جعلها محل نقد، وبالتالي فلا تصلح لأن تتخذ كأساس لحق الفسخ، ففي جميع العقود بصرف النظر عن كونها ملزمة للجانبين أو جانب نجد هذه الفكرة مجالا لتطبيقها، كما أن الاعتماد عليها يؤدي إلى نضارب الأحكام القضائية بشأن الحكم بالفسخ بسبب عدم التنفيذ، والإهم من ذلك أن فكرة العدالة ليست قاصرة على عاقد دون آخر، إن لو صح هذا الأساس لأصبح في مقدور المدين طلب الفسخ في بعض الحالات، وهذا ما يخالف مضمون حق الفسخ الذي وضعه لمصلحة الدائن.[1]

يقول الأستاذ الذنون:"نحن نرفض هذا الرأي ونستبعده ذلك أن فكرة العدالة فكرة مبهمة أولا وهي لا نصلح في نظرنا لأن تكون أساسا لنظام قانوني بعينه ونحن لا نلتجئ إلى هذه الفكرة إلا حيث يعوزنا نص أو دليل".[2]

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.[3]

فكرة لها طابع أخلاقي وهي فكرة مرنة تشمل على الأنظمة القانونية والأخلاقية بينما الفسخ لا يتعدى مجال تطبيقه العقود الملزمة للجانبين.[4]

ثالثا: فكرة ترابط الالتزامات كأساس الفسخ

إن العقود الملزمة للجانبين تقوم على التزامات مترابطة حيث يعتبر التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، فإذا أخل أحدهما بالتزامه جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد للإرتباط الخبير بين الالتزام الأول والالتزام المقابل وهذا الارتباط الضمني هو الذي ينظم العلاقة بعد نشوءها صحيحة مستوفية لجميع أركانها وشروطها، فإذا أخل المدين بالتزامه تحلل الدائن من الالتزام الذي يربطه بالمدين.[5]

ذهب فريق من الفقهاء إلى تأسيس الفسخ على فكرة الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين وتقوم هذه الفكرة على أساس أن كل طرف يتحمل التزاماته مقابل تحمل أطراف الآخر بدوره التزاماته، وتقوم هذه الفكرة على ركنين أساسيين هما أن يكون التزام أحد الطرفين سبب للتنفيذ التزام آخريترتب على انعدام فكرة ترابط الالتزامات من أحد الجانبين إلى خلال بالرباط الذي يحكم العلاقة التعاقدية، مما يؤدي تبعا لذلك إلى سقوط الالتزامات الأخرى المقابلة لها لأن طبيعة العقد في حد ذاتها تقتضي ألا يكون هناك التزام لا يقابله التزام آخر في العقود الملزمة للجانبين[6]

---

[1] حنيشت عمار.، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود ، المرجع السابق ،ص 13.

[2] علي حسن الذنون . النظرية العامة للفسخ، الفقه الاسلامي، القانون المدني، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 66.

[3] بلعيور عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المرجع السابق ، ص26

[4] عبد الكريم بلعيور ، المرجع نفسه ، ص26

[5] سميرة سويح ، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق ، ص17

[6] بلقاسم الرازي،ممارسة الدائن لحق الفسخ ،المرجع السابق ،ص11,ص12

ويعد الفقيه والأستاذ عبد الرزاق السنهوري من أنصار هذه النظرية ففي قوله:" أن فكرة ارتباط الالتزامات أدق من فكرة السبب من الناحية الفنية، ذلك أن انعدام السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحد في الحالتين، لكننا نرى أن في الحالة الأولى يبطل العقد وفي الثانية يفسخ، وفكرة الارتباط وحلو لها محل فكرة السبب هي أكثر مرونة، فهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين عند تكوين العقد، لأن منطق فكرة الارتباط يقضي بعدم وجود العقد وتسمح بأن نقول في الوقت ذاته، يفسخ العقد إذا انقطع أحد الالتزامين بعد أن نشأ صحيحا مستوفيا لجميع أركانه "وأيضا في قوله:"[1]..... ونؤثر.... أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط Interdependenceما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاثدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمرا طبيعيا عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ مابفي خدمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ".[2]

وهذا الرأي نادى به أيضا الفقيه بلانيول planiol والأستاذ جميل الشرقاوي فقد انحاز لهذا الرأي، بعد أن كان يؤسس الفسخ على الاستحالة.[3]

والفقهاء يركزون على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين لأن مقتضيات العدل تقضي بأنه إذا أختل التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للحانبين، بإمتناع أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه، حق له الالتجاء إلى القاضي للتحلل منه، وهو ما تقرره محكمة النقض الفرنسية بقولها بأنه :"ليس للفسخ سوى تقريرلتلك القاعدة العادلة التي لا تسمح ببقاء أحد العاقد ين مقيد بالعلاقة العقدية إذا كان العاقد الآخر لم يقدم ما يقابلها".[4]

لم تسلم فكرة ارتباط الالتزامات باعتبارها كأساس للفسخ من الانتقادات إذ يرى فريق من الفقه أن فكرة الارتباط بدورها تتسم بغموض ولا تصلح أن تكون كأساس قانوني لنظرية الفسخ لأنها تفسر العقد بنفس نظرية السبب في الالتزام.[5]

إلا أن حسب رأينا وما توصلنا إليه من خلال دراستنا لهذه الأسس، فتبين لنا أن كل هذه النظريات ليس لها اي أهمية، ولسنا في الحاجة إليها في ظل وجود الأساس القانوني وهو نص المادة 119 من ف.م.ج عليه، وأيضا للإنتقادات الموجهة لها وعدم نجاح هذه الأسس في تحقيق المقعد من الفسخ.

---

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،.. المرجع السابق ،ص 69.

[3] كسيلي مخلوف، .انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص26.

[4] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، . المرجع السابق.،ص305.

[5] حمو حسينة، ..انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق...،ص18.

رابعا:نظرية السبب كأساس الفسخ

الرأي السائد لدى معظم فقهاء القانون المدني أن الفسخ يرجع في أساسه إلى فكرة السبب، ذلك أنه بناء على النظرية التقليدية في السبب التزام أحد الطرفين فيالعقود الملزمة للجانبين سبب لالتزام الصلوف الآخر وعلى هذا فإذا لم ينفذ أحدهما التزامه فإن الطرف الآخر لا يعود لالتزامه.[1]

تقضي هذه النظرية أن التزام أحد الطرفين في الصعود الملزمة للجانبين سبب لالتزام الطرف الآخر فالسبب ليس فقط من أركان نشأة العقد كما روج إليه خصوم هذه النظرية وإنما أيضا عنصر نفاذ في العقد، فالمتعاقد لا ينبغي من التعاقد أن يلتزم المتعاقد الآخر التزامه، فالسبب إذن عنصر انعقاد ونفاذ، فلكي يبقى الالتزام قائما لابد أن يتحقق الغرض الذي استهدفه المتعاقد، فمتى أصبح تحقق الغرض مستحيلا نتيجة أمر فجائي أوبخطأ المتعاقد، فإنه من غير الصواب أن يبقى المتعاقد الآخر على التزامه، وإنما يتحلل من هذا الالتزام لعدم تحقق الغرض من العقد، كذلك إذا منعته قوة قاهرة أو سوء نية الطرف الثاني من أن يحصل على المقابل فإنه لا يعود التزامه سبب ويتخلص من الوفاء بما تعهد به.[2]

وقد قام الفقيه حشمت أبو ستيت بتأييد هذه النظرية بقوله :" والرأي السليم هو أن يؤسس الفسخ على فكرة السبب فمادام المتعاقد لم يقم بما عليه فقد فوت المتعاقد الآخر غرضه من العقد وحق لهذا أن يتحلل مما فرض عليه".[3]

غير أن تأسيس نظرية الفسخ على فكرة السبب فكرة منتقدة من عدة جوانب قانونية ذلك أن المنطلق القانوني يقضي عند تخلف السبب بأن يكون الجزاء الذي يترتب على ذلك، هو بطلان العقد وليس فسخه، وثم فليس للقاضي سلطة تقديرية بحيث لا يجوز له رفض طلب البطلان، في حين أن القانون المدني الجزائري في المادة 119 ف.م.ج تعطي للقاضي سلطة تصل إلى درجة الرفض إذا من قدم طلب الفسخ عقد من العقود.[4]

النظرية التقليدية للسبب لاقت خصوصية شديدة كان على رأسها الفقيه بلا نبول.[5]

إن فكرة السبب أي اخذ بها المشرع الجزائري في المادة 97 من التقنين المدني، قد جاءت بمعنى الباعث إلى التعاقد، وكما هو متعارف أن مفهوم السبب باعتباره باعث إلى التعاقد لا يمكن أن يكون أساس الفسخ، لأنه متغير من متعاقد لآخر.كما أن السبب كدافع للتعاقد موجود خارج العقد، بينما الأساس القانوني الذي تبنى عليه نظرية الفسخ يجب أن يكون فنيا موجود داخل العقد ذاته.[6]

---

[1] حسن علي الذنون، . النظرية العامة للفسخ، الفقه الاسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، المرجع السابق.،ص67.

[2] كسيلي مخلوف،، انحلال العقد، المرجع السابق، ص 27-28.

[3] أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة ، مطبعة مصر ،القاهرة،1945 ،ص28.

[4] لتيقي فيروز،،انحلال العقد المرجع السابق ،ص16.

[5] حسن علي الدنون، .النظرية العامة للفسخ الفقه الاسلامي ،و القانون المدني ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ص26.

[6] بلقاسم رازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ، المرجع السابق،ص11.

خامسا: موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات

ان تأسيس الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الصريح لتكون كأساس للفسخ يعني ذلك أن بمجرد تحققه يفسخ العقد بقوة القانون ، ويعني ذلك أن العقود التى لا تتضمن بندا صريحا لا يجوز فسخها اذا تخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ، في حين ان القانون المدنيالجزائري يقضي بجواز الفسخ ، ولو لم يكن في العقود شرط فاسخ صريح ، و بذلك لم يأخذ المشرع الجزائري بهذه الفكرة. و كذلك تأسيس الفسخ على اساس فكرة الشرط الفاسخ الضمني يعني ذلك أن تحقق هذا الشرط كتف لايقاع الفسخ دون تدخل من القاضي،

وإن تدخل فإن تدخله يكون للتأكد من أن العقد يتضمن مثل هذا الشرط فقط،في حين أن القانون المدني الجزائري اعطي للقاضيسلطة تقديرية في الحكم بالفسخ او رفضه،و تتسع هذه السلطة او تضيق حسب نوع الفسخ المعرض عليه.يعني ان المشرع الجزائريلو يبني اساس الفسخ سوء على شرط فاسخ صريح او ضمني.

و فكرة السبب كاساس الفسخ ، يقضي المنطق القانوني عند تخلف السبب، بان يكون الجزاء الذي يترتب على ذلك هوبطلان العقد، وليس فسخ العقد،و يعني ذلك ليس للقاضي سلطة تقديرية بحيث لا يجوز له رفض طلب البطلان، في حين أن القانون المدنيالجزائري في المادة 119 ق م ج تعطي للقاضي سلطة تصل الى درجة الرفض اذا ما قدم اليه طلب بشان فسخ عقد من العقود.[1]

و مما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري لم يبني اي نظرية من هؤلاء النظريات كاساس للفسخ كما هو الحال في القوانين السابقة، وانما اسسه على فكرة الالتزامات المترابطة في العقد الملزم للجانبين، شانه في ذلك شان الشريعة الاسلامية، حيث اقرها الفقهاء منذالقدم مراعاة منهم لاعتبارات عادلة، اذ ليس من العدل الا يقوم احد المتعاقدان بالتزامه و مع ذلك يطالب المتعاقد الاخر بان ينفذ مافي ذمته من التزام.[2]

[1] المادة 119 قانون المدني الجزائري

[2] بن خدة حمزة، مظاهر تاثير القانون المدني الجزائري بالشريعة الاسلامية,مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق،جامعة ابو بكر بلقايد،2008 ص101 ،ص102

الفصل الثاني:

شروط الفسخ وتقسيماته و اثاره

بعد انتهائنا من الفصل الاول الذي قمنا فيه بدراسة معنى الفسخ ومقارنته بالأنظمة المشابهة له ،ا و اساسه القانوني نتقلنا إلى الفصل الثاني الذي تكلمنا فيه في المبحث الأول عن تقسيمات الفسخ الفسخ وشروطه القانونية ،ثم درسنا في المبحث الثاني آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين والغير.

المبحث الاول : الشروط القانونية الفسخ وتقسيماته.

هناك آليات منحها المشرع للدائن لممارسة هذا الحق، ففي هذا الصدد سنتطرق إلى معالجة هذه الطرق من الناحية العملية وفيه سنعالج شروط القانونية للفسخ (المطلب الاول)و بعد ذلك سوف نتطرق الى تقسيمات الفسخ (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الشروط القانونية الفسخ

تطرقنا في المبحث السابق إلى النظام القانوني للفسخ و سوف نتطرق الآن إلى الشروط القانونية للفسخ حيث يخضع حق المتعاقد في طلب الفسخ الى شروط و تتمثل في شروط متعلقة يطالب الفسخ (الفرع الأول) و شروط متعلقة بالعقد المراد فسخه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شروط متعلقة بطالب الفسخ

يتعين على طالب الفسخ ان يستوفى هذه الشروط حتى يتسنى له مباشرة هذا الحق وهي وفاء طالب الفسخ بالتزامه وعدم تنازل المتعاقد عن حقه في الفسخ .

أولا :وفاء طالب الفسخ بالتزامه

لا يكفي للحكم بالفسخ عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بل يجب أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه من جانبه هو و قادرا عليه ، فإذا لم يكن هو نفسه قد نفذ التزامه فلا يستطيع أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، لأن هذا المتعاقد يستطيع أن يدفع تجاهه عندئذ بالدفع بعدم التنفيذ، ويجب أيضاأن يكون طالب الفسخ قادرا على تنفيذ التزامه فإذا استحالة عليه التنفيذ الفسخ العقد بحكم القانون.[1]

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119ق.م ألا انه يقضي المنطق أن لا يطالب احد المتعاقدين الفسخ إلاإذا كان هوقادر ومستعد أن ينفذ التزامه المقابل فإذا كان هو قد أخل بتنفيذ التزامه فإنه لا يحق له المطالبة

[1] عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، مع مقارنة بالفقه الاسلامي ،طبعة ثانية ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد ،1963ص 369..

بالفسخ، فإذا كان من أثار الفسخ أن يعيد المتعاقدان إلىما كان عليه قبل التعاقد لذلك فلا يقضي الفسخ إلاإذا كان طالب الفسخ قادر على ردما أخذهأي قادر إلىإعادة الحال إلى ما كانت إليه قبل التعاقد.[1]

إذا تسلم طالب الفسخ شيئا من طرف الأخر وهو بدوره تصرف في الشيء الذي تسلمه وذلك بنقله إلى شخص آخر فإنه لا يستطيع أن يسترد الشيء الذي تسلمه و ذلك بنقله إلىشخص آخر فانه لا يستطيع أن يسترد الشيء الذي سلمه لأنه ضامن له و الضمان والاسترداد لا يجتمعان و من ثم لا يجوز له المطالبة بالفسخ كون الشيء الذي أخذه لم يعد في حوزته بل يطالب فقط بالتنفيذ أو التعويض.[2]

أماإذا كان المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء إلىأصله فإن ذلك لا يمنع من الفسخ في هذه الحالة يحكم على المدين بالتعويض .[3]

و هذه الشروط التي يجب توافرها لكي يحكم القاضي بالفسخ غير أنه وفقا للمادة 119/1 ق.م.ج يجب أعذار المدين و تكليفه بالوفاء بصورة ثابتة الإنذار على يد المحضر، أو بطريق البريد على الوجه المبين في قانون الإجراءات، و لما كانت صحيفة الدعوى تعتبر بمثابة أعذار ، فإن شرط الأعذار يعتبر مستوفيا بالنسبة لكل فسخ يطلب من القضاء أن يحكم به ولا يصوغ ، من ثم أن ترفض دعوى الفسخ لمجرد وقوع الأعذار استقلالها ولا أن وقوع الأعذار يساعد في إقناع القاضي بتعنت المدين، الأمر الذي جعله مهينا للقضاء بالفسخ بل وبالحكم بالتعويض عند الاقتضاء.[4]

و هذا ما هذا ما حكمت به المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي احد المتعاقدين بالتزامه جاز المتقاعد الأخر بعد أعذار المدين أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا اقتضى الحال ذلك و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خرقا للقانون و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها لم تنكر وجود الوعد بالبيع بينهما وبين الطاعن و إنها طالبت بفسخ هذا العقد دون أعذار المدين وفقا للمادة 119 ق.م.ج و هي بذلك قد أخلت بالتزامها التعاقدية مسببة ضررا للمدعي الذي من حقه أن يطالب بالتعويض عما أصابه منه طبقا للمادة 124 ل.م.ج.[5]

---

[1] كسيلي مخلوف، انحلال العقد، المرجع السابق ص 20.

[2] كسيلي مخلوف، المرجع نفسه ،ص20.

[3] عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 33.

[4] عبد الحميد الشواربي، لمرجع نفسه، ص 33.

[5] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الطبعة الرابعة: ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص308.

و يجب أن يكون الدائن قادرا على إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد أيإلىأصله فهذا هو الأثر الذي يترتب على الفسخ فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا بمقتضى العقد فيجب أن يكون قادرا على رده، فإذا لم يكن قادرا على ذلك فلا يجاوب إلى طلبه ، فإذا هلك الشيء فييده فلا يعود بإمكانه أن يرده فلا يستطيع أن يطلب الفسخ وكذلك الأمر إذا خرجت شيء من يده بتصرف قولي او إذا باعه.[1]

فإذا قام الدائن بتسلم شيئا بمقتضى العقد و باعه بالتزامه بالضمان يحرمه من الحق بالمطالبة بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه اذ في هذا إخلال بالتزام الضمان و سنرى في العقود الزمنية ان الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه.[2]

إماإذا كان المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء إلىأصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضي على المدين في هذه الحالة بالتعويض.[3]

فالأصل أن الفسخ طبقا للمادة 119 ..ق. د.ج لا يتقرر إلا بحكم قضائي ، و انه لابد من أعذار المدين بوجوب الوفاء بالتزامه قبل أن يطلب الدائن الفسخ و قد نص القانون المدني الجزائري على الأعذار و طرق والحالات التي لا يجب فيها في المادتين 180 181 قم.ج.[4]

ثانيا: عدم تنازل المتعاقد عن حقه في الفسخ .

إن طلب الفسخ حق محول للدائن و ليس له صلة بالنظام العام فقد يستعمل المتعاقد هذا الحق الذي تقرر لمصلحته و قد يتنزل عنه صراحة أم ضمنا كذلك يجوز الاتفاق على عدم الفسخ رغم تحقق سببه و عدم تنفيذه.[1]

[1] عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام الجزء الأول، بيروت، 1980 ص 176.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،مرجع السابق ،ص791.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 791.

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق،375.

اما بخصوص التنازل عن الفسخ قبل تحقق سببه فقد ثار خلاف حوله في الفقه، فهنالك اتجاه يرى عدم جواز تنازل عن طلب الفسخ قبل تحقق سببه ، و الاتجاه الثاني يرى جواز ذلك ، أما التنازل عن الفسخ عن الفسخ بعد تحقق سببه فجائز بالخلاف.[2]

اما السكوت عن المطالبة بالفسخ مدة معينة لا يعتبر تنازل ضمنيا عن هذا الحق ، فإذا طالب المتعاقد بالتنفيذ العيني فإن ذلك لا يسقط حقه في المطالبة بالفسخ ، بل يجوز للتعاقد التمسك بالفسخ امام المحكمة درجة الثانية فهذه الدعوى لا تمثل طلبا جديدا يضاف إلى دعوى التنفيذ فهما يجمعهم المحل و السبب ، و قد تتجه نية المدعي الى تنازل عن الفسخ صراحة و ذلك باتخاذه موقفا صريحا دلالة على إتجاه نية المدعى إلى الفسخ ، و قد يقترن السكوت بظروف وملابسات معينة يمكن ان نستنبط منها الإدارة الضمنية المتجهة إلى التنازل عن هذا الحق مثلا رضا البائع بتصرف المشتري في الشيء المبيع.[3]

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالعقد المراد فسخه

لكي يقبل طلب الفسخ يجب توفر شروط معينة في العقد المراد فسخه و هو ان يكون العقد ملزم للجانبين ، و أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه .

أولا :ان يكون العقد ملزم للجانبين.

لا يقع الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين، وليست كل العقود ملزمة للطرفين، بل هناك منها ماهو ملزم لجانب واحد، والعقد الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفي العقد حسب المادة 55 من ف.م.ج، ومثال على ذلك في عقد البيع فيلزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع، في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن، فكلاهما يصبح دائنا ومدينا في نفس الوقت، ومثال آخر عن عقد الإيجار حيث يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مع ضمان الانتفاع خلال مدة العقد، ويلتزم المستأجر من جهته بدفع الأجرة وكذلك الحفاظ على العين المؤجرة وردها عند انتهاء مدة العقد.[4]

ويعتبر هذا التقابل هو الظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر.[5]

---

[1] كسيلي مخلوف، انحلال العقد المرجع السابق ،ص21.

[2] كسيلي مخلوف، ، المرجع نفسه،،ص21.

[3] كسيلي مخلوف، المرجع نفسه ،ص21.

[4] بلقاسم رازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ، المرجع السابق، ص23.

[5] بلقاسم رازي، المرجع نفسه، ص 23.

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

هذا الشرط نصت عليه صراحة المادة 119 ق.م.ج هو في الحقيقة أمر منطقي وبديهي إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد ، بل على العكس تقتضي مصلحته إبقاء العقد و المطالبة بتنفيذه، أما مصلحة الدائن في العقد الملزم للجانبين فقد تقتضي فسخ العقد لان الدائن في نفس الوقت المدين ، و طالما بقيت العلاقة العقدية قائمة فهو مطالب بتنفيذ ما تحمل من التزامات بموجب العقد ، و يستطيع الدائن عن طريق الفسخ أن يتخلص من هذه الالتزامات مالم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به ، و تقوم نظرية الفسخ من جهة أخرى على فكرة السبب بمفهوم النظرية التقليدية حيث يكون الالتزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الأخر ، و أن هذا الارتباط موجود بين الالتزامات المتقابلة و المتصلة بعضها ببعض يقتضي أن يتحلل المتعاقد من التزامه أن امتنع المتعاقد الآخر من تنفيذ التزامه.[2]

يعتبر هذا الشرط عام في جميع أنواع الفسخ سواء كان بحكم القاضي أو بحكم إتفاق أو بحكم القانون.[3]

إذا كان المبدأ يقضي إن الفسخ يطبق على العقود الملزمة للجانبين كونها تتوفر فيها حكمة الفسخ فإن هذا المبدأ يمكن إن يرد عليه استثناءات وهي أن هناك عقودا ملزمة للجانبين الفسخ فيها مستبعد، و هناك عقود ملزمة لجانب واحد يتقرر فيها الفسخ، ومن هذه العقود عقد الرهن فهو عقد ملزم لجانب واحد رغم ذلك يمكن فسخه ولو أن بعض الفقه يرى هذا الجزاء ليس فسخا و إنما هو سقوط و يري البعض الآخر أن هذه العقود ملزمة لجانبين.

وهناك عقود ملزمة للجانبين إلا أنه لا يمكن تطبيق الفسخ عليها مثل: عقد القسمة نظرا لتهديده مصالح العائلة في حالة فسخه.[4]

---

[1] بلقاسم رازي، ا ممارسة الدائن لحق الفسخ لمرجع السابق ، ص 24.

[2] علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 350.

[3] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،مرجع السابق ،ص 788.

[4] كسيلي مخلوف، انحلال العقد المرجع السابق، ص 18.

وتتمثل أنواع الفسخ في الفسخ القضائي والقانوني و الاتفاقي ، والفرق بينهم هو أن الفسخ القضائي يستلزم الحصول على حكم من القضاء بالفسخ ولا يكون الفسخ شرطا بالعقد ،اما الفسخ الاتفاقي فانه يستلزم النص عليه صراحة في العقد و لكن يكون الحصول على حكم بالفسخ حكما تقريريا ، اما الفسخ القانوني يكون لاستحالة التنفيذ.

غير أن هناك عقود، كعارية الاستعمال والغرض بفائدة ورهن الحيازة معروفة بأنها عقود ملزمة لجانب واحد، ومع ذلك تنطبق عليها قاعدة الفسخ، فإنه إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار، أو إذا لم يدفع المفترض الفوائد في مواعيدها، أو إذا أخل المرتهن بالتزامه من المحافظة على الشيء المرهون، جاز للمتعاقد الآخر في هذه العقود أن يطلب فسخ العقد فيسترجع المعير الشيء قبل الميعاد ويستوفةالمقرض الدين قبل حلول الآجال، ويسترد الراهن المرهون قبل وفتء الدين.[1]

وقد اختلف الفقهاء في تحليل ذلك فمنهم من ينكر حق الفسخ في هذه العقود، ومنهم من يقره مع تغيير اسمه فيسميه اسقاطا (Déchéance) لا فسخا (Resolution)، ومنه من ينظره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ قد يكون في العقود الملزمة لجانب واحد.

وقد رأى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وأن العقود المتقدمة الذكر يجوز فيها الفسخ، على أن يكون هذا فسخا لا إسقاطا.[2]

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر، والهبة إذا كانت بغير عوض، فلا يمكن تصور الفسخ فيها، فإن طرفا واحد هو ملزم، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليست في ذمته أي التزام يتحلل منه الفسخ، بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد.[3]

إلا أن ليست كل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها حق الفسخ على أنه إذا صح أن قاعدة الفسخ لا تنطبق إلا على العقود المبزمة للجانبين فليست بصحيح أنها تنطبق على جميع هذه العقود فهنالك بعض العقود ملزمة للجانبين لا تنطبق عليها قاعدة الفسخ منها عقد الإيراد والقسمة.[4]

وقد كان القانون المدني الثديم يستثني عقدا واحدا ملزما للجانبين يمتع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة، فكانت المادتين 588-480 تنصان على أنه: "يجوز لضاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهارةإفلاس المدين بالإيراد أن ينحصر فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها"، فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه، ولباسه

[1] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد،النظرية العامة للالتزامات ،منشورات محمد الدالية ،بيروت ، د،س،ن،ص681

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق، ص 683.

[3] عبد الرزاق السنهوري، امرجع نفسه، ص 683.

[4] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ، المرجع السابق ،ص682

إلا المطالبة بالتنفيذ العيني، فيبيع من أموال المدين ما يكون غريب ، إذ يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر، وقد نقله المشرع المصري عن المشرع الفرنسي.[1]

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يقدم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلا، وإما يطالب المتقاسم الذي أخل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام، ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذي يعزهم نقص القسمة بالفسخ.[2]

يشترط القانون لإمكانية طلب المتعاقد فسخ العقد أن يكون العقد المراد فسخه من العقود التي تلزم المتعاقدين معا و هو شرط عام يتطلب في جميع أنواع الفسخ، وقد عرفت المادة 55 العقد الملزم للجانبين يقولها:"يكون العقد ملزم للطرفين حتى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضها بعضاً".[3]

و كما أسلفنا الذكر فإن العقود الملزمة للجانبين وكما أسلفنا ذكر فإن الفسخ يرد عليها سواء كان العقد زمنيا أو فوريا فالعقود الزمنية هي العقود التي يعتبر الزمن شرطا جوهريا فيها كعقد الإيجارأو فوريا لا عبرة فيه للزمن كعقد البيع، فإذا كان الفسخ يرد على العقود سواء كانت زمنية أو فورية، إلا أن آثار كل منهما تختلف عن بعضها البعض.

ثانيا: أن يكون احد المتعاقدين قد اخل بالتزامه.

إن مما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة بقاء احد المتعاقدين ملزما بتنفيذ التزامه مع عدم قيام الآخر بتنفيذ التزامه لذلك لابد لقبول طلب الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب الفسخ العقد و يجعله مقبولا أمام القضاء.[4]

و بالرجوع مرة أخربإلى نص المادة 119ق.م. ج التي تنص على:"في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد أعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه،مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك."نجد إنها قد أشارتإلى شرط امتناع او عدم وفاء احد المتعاقدين بالتزامه وعليه و باعتبار الفسخ هو عبارة عن جزاء لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه فانه يستوي إن يكون الإخلال بذلك الالتزام كليا أو جزئيا، و عندها يرجع الأمر للقاضي لتقدير ما إذا كان الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام يصل إلى درجة تبرر فسخ العقد، وقد يكون عدم الوفاء بالالتزام عبارة عن تأخر في التنفيذ، و في هذه الحالة يقوم القاضي بالنظر إلى ذلك التأخر وهل يتساوى مع عدم التنفيذ، فإذا يحكم بفسخ العقد وإلا انه سيقتصر على القضاء

[1] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق ،ص682

[2] حنتيب عمار، التعسف في إستعمال حق الفسخ، في العقود ، المرجع السابق ص15

[3] 15،ص نفسه ،المرجع عمار حنتيب

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ،ص788-789.

بالتعويض إن كان له محل، أي بعبارة أخرى يقضي الفسخ باعتباره جزاء لإخلال المتعاقد بالتزامه أن يكون هو المتسبب بعدم التنفيذ، أي لا مجال لفسخ العقد إذا لم يكن المتعاقد الذي أخل بالتزامه هو المسؤول عن ذلك فيجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الأجنبي لان السبب الذي يبرر طلب الفسخ هو عدم تنفيذ الناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا يفعل المدين أولا لا زال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ ففي هذه الحالة يجوز للدائن إنيطالب بفسخ العقد وفق المسؤولية العقدية، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض وفق المسؤولية العقدية أوالمطالبة بفسخ العقد.[1]

و يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ و أن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية وكذلك حالة عدم التنفيذ الجزئي اذا كان عدم التنفيذ جزئيا ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي ان يكون التنفيذ معيبا، فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ و للقاضي سلطة التقديرية بحيث ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ أو يكفي بإعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ، فإذا رأى القاضي ان عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ بقى عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله أو يقتصر على جزء منه مع بقاء الجزء الآخر، ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يتحمل التجزئة أو كان يحتملها و لكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من التزام.[2]

أماإذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبيأي استحالته تعود لسبب أجنبي فان التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام المقابل له و ينفسخ العقد بحكم القانون.[3]

عدم التنفيذ لسبب أحنبي:

وفي هذا الصدد يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين ذلك أن إذا كان عدم النفيذ يرجع استحالته إلى سبب أجنبي، فإن التزام المدين ينقضي فتنقضى الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون وهذا ما نصت عليه المادة 121 من ق.م".[4]

والسبب الأجنبي إما يكون القوة القاهرة أوالحادث المفاجئ، وهو أمر لا يمكن أن ننسبه إلى المدعي عليه، أي لا بد له فيه، كالحرب وما يترتب منها من ترحيل السكان مثلا والزلزال، العواصف، المرض،.....الخ، غير أنه يشترط أمرين في

[1] عبير حسين أحمد، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادةالباكالوريس في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، مصر، 2017، ص 11.

[2] عبد المجيد الحكيم، االوجيز في شرح القانون المدني ،لمرجع السابق، ص 176.

[3] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المرجع السابق، ص 701.

[4] تنص المادة 121 ق.م.ج في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون".

السبب وهي عدم إمكان التوقع وذلك أن يكون السبب الأحنبي أمر لا يمكن ترافعه، لأنه إذا أمكن توقعه فيعتبر الشخص مضطرا إذا لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتفادي حدوثه.[1]

لم تحدد نصوص القانون المدني في كلا المادتين 127 و138 ق.م.ج المقصود بالسبب الأجنبي وإن كانت اقتصرت فقط على بيان الأثر المترتب على تبوثه بل اكتفت فقط بإيراد صورة كالقوة القاهرة (force majeure) أو الحادث المفاجئ ، أو خطأ الضحية (faute de victime) في المادة 127 أوخطا الغير (La faute d'un tiers) في المادة 127، والملاحظ أن المشرع بدء بإعطاء وصف ضروري واصف بصورة السبب الأجنبي وكأنه يحدد معالم طبيعته السبب الأجنبي ليستهدي بها القاضي لتقدير ما إذا كانت الواقعة تدل في إطار السبب الأجنبي فكان الوصف في المادة 127 بأن يكون الضرر غير منسوب للمدين: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا بد له فيه.." من المادة 02/138 فقد أصبحت وصف عدم التوقع على السبب الأجنبي.[2]

فقد عرفه سليمان مرقص بأنه: "كل فعلأو حادث معين لا ينسب إلى المدعي عليه ويكون قد جعل منع وقوع الفعل الضار مستحيلا"، كما عرفه بأنه: " أن تكون الواقعة التي يتمسك بها المدين لا يد له فيها".

واستحالة الدفع، فالاستحالة هنا يقصد بها أن هذا السبب الأجنبي لا يمكن تفاديه، أي أنه يتعدى بكثير قوة واستطاعة الإنسان، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 106 من ف.م.ج قد نصت على ذلك، وكذلك مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود حسب المادة 107 من نفس القانون، ولكن مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود لا يعتبر التزاما قائما بحد ذاته أومستقلا عن باقي الالتزامات التي رتبها العقد، فهي لا تفرض على المدين أداء معين ولا توجب عليه اتخاذ مسلك محدد، ولذلك فإن تقرير ما إذا كان المتعاقد قدرعن حسن النية في تنفيذ التزاماته فهي تعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي حسب الظروف التي تم فيها تنفيذ العقد.[3]

والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، فحتى يبذل الكدين العناية المطلوبة فيه، يمون قد تنفذ التوامه حتى ولو لم يتحقق ذلم الغرض المفقود.[4]

بعض فقهاذ القانون اتجه أي وجوب التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، على أساس أن القوة القاهرة هي أمر يأتي من الخارج D'origine externe وغير متصل بعمل المدين، كصاعقة أو عاصفة، خلافا للحادث المفاجئ الذي هو أمر يأتي من الداخل d'origine interneأي متصل بعمل المدين، كانفجار آلة، أو التهاب مادة،

---

[1] بلقاسم الرازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ ، المرجع السابق ،ص25

[2] عسالي عرعارة ،السبب الاجنبي في المادتين 2/138,128, المجلة الاكادمية للبحوث القانونية و السياسية ، العدد الثاني ،ص

[3] بلقاسم الرازي، ممارسة الدائن لحق الفسخ المرجع السابق، ص 25-26.

[4] حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قانون الندمسؤولية المهنية، كلية العقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011، ص 23.

فتكون القوة القاهرة، حدوث الحادث المفاجئ، هي السبب الأجنبي الذي ينفي العلاقة السببية، بينما اتجه البعض الآخر أن القوة القاهرة هي التي تؤدي إلى الاستحالة المطلقة، أما الحادث المفاجئ فهو يؤدي إلى الاستحالة النسبية، أي القاصرة على المدين فيبرأ المدين في الحالة الأولى دون الثانية، لكن الرأي السائد في الفقه فقد استعمل العبارتين في معنى واحد.[1]

يجب أن تتوفر الشروط الآتية في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

أن يكون تنفيذ الالتزام قد أصبح بسببها مستحيلا فلا يكفي أن يكون الالتزام قد أصبح مرهقا إذ نكون أمام حادث طارئ، لا أثر له في أحكام العقد، كما أنه لا تكفي الاستحالة النسبية الراجعة لظرروف المدين الشخصية.

أن تكون القوة القاهرة أمر لا يمكن توقعه، أما إذا أمكن توقعه فلا يكون قوة قاهرة ولو كا قد جعل التنفيذ أمرا مستحيلا.

أن يكو ذلك الأمر بحيث لا يمكن دفعه (Impirisiible) فإذا استطاع المدين الوفاء بطريق أخرقا تكون هناك قوة قاعرة، ومن تم تبقى مسؤوليته قائمة، فإذا تعهد شخص بنقل حاصلات كان في نيته أن ينقلها بطريق النية، ثم استحال عليه ذلك بسبب فيضان شديد، فإن الفيضان لا يكون في هذه الحالة قوة قاهرة نافية للمسؤولية، ذلك لأنه يستطيع أن ينقل ما تعهد به بطريق السكة الحديد.

ألا يكون ثمة خطأ في جانب المدين، فإذا اختلط خطأ المدين بالقوة القاهرة أو سبقها فإن القوة القاهرة تفقد صفتها المبرئة، فإذا كانت جريدة لم تقصر بنشر اعلان تعهدت بنشرة لصدور أمر من السلطة بتعطيلها فهذا الأمر وان كان في ذاته قوة قاهرة إلا أنه لا يكون له أثر ما إذا اتضح أن السبب في صدور الامر يرجع إلى أن الجريدة خرجت عن الحدود الموضوعة.[2]

و عليه لإمكان طلب الفسخ يجب أن يتخلف احد المتعاقدين من الوفاء بالتزامه، وأن التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين كما لو اتلف البائع الشيء المبيع مثلا أو لا يزال التنفيذ العيني ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ، كما لو امتنع أمين النقل عن تنفيذ التزامه بنقل بضاعة الدائن مثلا ففي حالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد، وكما ذكرنا سابقا فالفسخ جزاء القوة الملزمة للعقد إلى جانب المسؤولية العقدية فله طابع جزائي، و هو من بعض الوجوه العقوبة الخاصة، ولهذا يكون غير متصور إذا لم يقم المدعي عليه بخطأ ويكون المدعي عليه مخطنا إذا لم ينفذ التزامه بسبب راجع إلى خطئه و هو يكون كذلك إذا امتنع عن التنفيذ رغم قدرته عليه

[1] أحمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني ،المرجع السابق،،ص260.

[2] أحمد حشمت ،المرجع نفسه ص261.

أوإذا كانت هناك أفعال منسوبة إليه هي التي أدتإلى عدم إمكان التنفيذ، ، أما لو رجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد المدين فيه فان أمر هذا الفسخ وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.[1]

المطلب الثاني: تقسيمات الفسخ

سوف نتناول في هذا المطلب انواع الفسخ و كيفية ممارسة الدائن لهذا الحق و بذلك سنتطرق الى الفسخ القضائي (الفرع الاول),ثم الى الفسخ الاتفاقي (الفرع الثاني),و بعد ذلك الى الفسخ بقوة القانون اي الانفساخ (الفرع الثالث)

الفرع الاول: الفسخ القضائي

الأصل في الفسخ أنه يتم أمام القضاء فالقاضي المكلف بالموضوع هو الذي يمكن له أن يقرر الفسخ أو عدم إقراره بعد رفع احد المتعاقدين لدعوى الفسخ نتيجة إخلال المتعاقد الأخر بالتزاماته فالفسخ إذا يعتبر جزاء، والجزاء لا يوقعه إلا القاضي بالنسبة للفسخ القضائي[2]

أولا : تعريف الفسخ القضائي

من أجل حل الرابطة التعاقديةبين المتعاقدين لابد من تدخل القاضي، كما أنه العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه كقاعدة عامة نظرا لما يمتاز به العقد من خطورة على وجود و مستقبل العقد، و من هنا نستنتج أن العقد يستلزم تدخل القاضي و استصدار حكم يقضي بذلك، وهذا ما يفهم من نص المادة 119 من ق .م. ج في فقرتها الأولى : "...جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذراه للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.[3]

كما أنه المادة السالفة الذكر لم تشر إلى وجوب تدخل القاضي صراحة لفسخ العقد و لاكن استعمال عبارة (له أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه) توضح لنا الفسخ القضائي، لان المطالبة بحد ذاتها تكون أمام القضاء بإضافة إلى الفقرة الثانية من نفس المادة التي جاء فيها (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ...) وهذه الأخير تؤكد وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد، وان حل الرابطة التعاقدية في العقود الملزمة للجانبين تكون بحكم قضائي.[4]

– اختيار الدائن بين التنفيذ أو الفسخ: الفسخ هو حق وحماية قانونية منحها المشرع للدائن فعلى هذا الأخير التمسك به أي لا يمكن إرغامه قانونيا على التمسك به فهو خيار موضوع بين يديه، وهذا ما يفهم في نص المادة

[1] بلحاج العربي،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 309.

[2]لعربي بلحاج، المرجع نفسه، صفحة 300.

[3]المادة 119 من القانون المدني الجزائري

[4]العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، صفحة 308.

119 من ق .م. ج التي تنص: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز المتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

التعاقدية نهائيا، لكن لا يمكن الجمع بينهما في آن و احد لكن باختيار واحد منهما في رفع الدعوى لا يدل هذا نزولا عن الأخر .فلقد أراد المشرع أن يوفق في أمرين الأول هو القوة الملزمة للعقد التي تبرر أن يكون للدائن حق طلب التنفيذ الجبري ولا يفقد العقد لأثاره بمجرد رفض المدين ذلك ومن ناحية ثانية يهدف هذا الخيار أن يكون للدائن فسخ العقد إذا كانت هذه مصلحته، دون أن يلزمه إتباع خطوات التنفيذ الجبري الطويلة والمعق.

1_اختيار الدائن التنفيذ

حسب ما نصت عليه المادة 119/1 يتضح لنا أن للدائن في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الأخر لالتزامه العقدي فيحق أن يطلب التنفيذ العيني للعقد كما أنه يمكنه أن يطالب بفسخ والتحلل من الرابطة

_التنفيذ العيني: ذكر في المادة 164 من القانون المدني الجزائري على: " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا ". و حسب ما جاءت به المادة نستنتج أن التنفيذ العيني يجعل المدين يقوم بتنفيذ ما التزم به عينيا سواء كان ما تعهد به يتمثل في القيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء، ومثال عن ذلك أن ينقلالبائع للمشتري ملكية العينالمبيعة.[1]

فالتنفيذ العيني يعتبر أفضل وسيلة تضمن استقرار المعاملات بين الأفراد والذي يستند خصوصا إلى حسن نية الأطراف، فهو يعتبر حق للدائن وواجب على المدين فإذا طلبه الدائن لا يجوز للمدين رفضه وان يعدل عنه إلى التعويض، ومن جهة أخرى إذا عرضه المدين لا يجوز للدائن أن يرفضه .لكن حتى يمكن للدائن أن يطلب بالتنفيذ العيني فلابد أن يكون هذا الأخير ممكنا، أي لا يكون تنفيذ الالتزام عينيا مستحيلا، فإذا أصبح كذلك امتنع الحكم على المدين بالتنفيذ العيني، واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين ففي مثل هذه الحالة لا يبقى للدائن سوى المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض، وقد تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه، فان الالتزام في هذه الحالة ينقضي ولا يلتزم المدين بالتعويض.[2]

وهناك مجموعة من الشروط يحتويها هذا الأخير و هي:

_يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

_ان يسبق التنفيذ العيني بإعذار

_ان يطالب الدائن بتنفيذ أو يتقدم به المدين

[1] المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

[2] عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ،المرجع السابق ،ص 178.179

_ان لا يكون في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين .

_عدم التعسف في طلب التنفيذ.

كما أنه هناك طرق للتنفيذ العيني نذكر منها:

_في الإلتزام بنقل حق عيني هناك:

المنقول المعين بالذات و المنقول المعين بالنوع

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

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

اما في الإلتزام بالعمل:

هنا نميز في حالات و هي:

- في حالة ما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام بحيث يجب أن يقوم به بنفسه "كالطبيب، الرسام" أي أن طبيعة الالتزام تستوجب تدخله شخصيا، فإذا أصر المدين على عدم التنفيذ العيني فلا يمكن الحصول على التنفيذ الجبري لان في ذلك مساس بحرية المدين الشخصية كما لا يجب على المدين أن يفرض تنفيذ الالتزام عن

[1] بلعيور عبد الكريم ، ا نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن المرجع السابق، اص 179

[2] جوهري سعيدة ، سلطة القاضي في فسخ العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،العقود و المسؤولية ، قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة،2013،، ص75

[3] بلقاسم رازي ، ممارسة الدائن لحق الفسخ ، المرجع السابق ، ص45

طريق غيره إذا رفض الدائن طبقا لنص المادة 169 من ق .م. ج التي تنص: " في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الالتزام من غير المدين " فهنا لا يكون للدائن سوى اللجوء الوسائل الغير مباشرة للتنفيذ العيني كالتهديد المالي، أو الحكم بالتعويض.[1]

- أما في الحالة التي لا تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار، أي لا تستوجب تدخل المدين شخصيا لتنفيذ الالتزام فلا يهم إذا قام به بنفسه أو بمساعدة غيره، ففي هذه الحالة إذا أصر المدين على الامتناع عن التنفيذ، فيمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري على نفقة المدين بعد الحصول على إذن من القضاء، و هذا ما نصت عليه المادة 170 من ق .م. ج والتي تنص : " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ."
- في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام المحافظة على الشيء و يبذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي،فإذا بذل هذه العناية فكان منفذا لالتزامه و لو لم يتحقق الغرض المقصود، إلا إذا نص القانون أو الاتفاق غير ذلك[2].

سلطة القاضي في فسخ العقد تنص المادة 119 فقرة 2 : "...ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات،" فستفاد من ذلك أن القاضي ليس ملزما بإيقاع الفسخ بل له سلطة تقديرية واسعة حيث يجوز له اختيار الحل المناسب وفقا للظروف التي وقع فيها الخلال بالالتزام العقدي، فيجوز له أن يمنح أجلا للمدين(أولا)، كما يمكن له أن لا يحكم بالفسخ أصلا (ثانيا)، ويمكنه أن يفسخ العقد جزئيا(ثالثا[3])

منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه قد تتوفر للدائن كل الشروط القانونية لفسخ العقد و التحلل من الالتزامات التعاقدية التي لفسخ وانما هي على عاتقه، لكن القاضي لما له من سلطة تقديرية واسعة لا يحكم فورا بالف يمكنه أن يمنح للمدين أجلا معينا للقيام بالتنفيذ،لعله يقوم به خلال هذه الفترة مما سيجعه

لك بعد اعذار هذا الاخير و لم يظهر رغبته بالتنفيذ [4]

[1] كسيلي مخلوف ، إنحلال العقد ،المرجع السابق ص 35,ص36

[2] كسيلي مخلوف، المرجع نفسه، صفحة 35.

[3] المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[4] كسيلي مخلوف، انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص32

3_الفسخ لا مبرر له لان الأصل في إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها

إن سلطة القاضي في منح الأجل للمدين يعتبر استثناء إذ أن الأصل أنه حسب المادة 119/ف 1 فبمجرد عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته يحق للمتعاقد الأخر أن يطلب بفسخ العقد،لكن هناك آجالا أخرى مذكورة في القانون المدني وبالتحديد في المادة 281/ف 2 ..."غير انه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز سن "ة لكن الأجل المذكور في المادة 281/ف 2 تكون بصدد دعوى التنفيذ، وأساسه هو قواعد العدالة والتخفيف من شدة القاعدة التي تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين الواردة في المادة 106 من ق ج.م. ، ومنه لا يجوز للقاضي منح المدين أجلا في دعوى المطالبة بالتنفيذ إلا في حالات خاصة تتطلبها حالته الاقتصادية أو مركزه المالي، ولا يمكن أن ٍ لا أدى ذلك بإلحاق ضرر بالدائن

أما الأجل الممنوح وفقا للمادة 119/ف 2 من ق .م. ج فيكون بصدد دعوى الفسخ، فأساسه الحد من صرامة الفسخ الذي يعتبر جزاء و وسيلة يترتب على استعمالها اثأر خطيرة بالنسبة للعقد، لذلك فان منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن بواسطته تفادي ما قد يقع من جراء فسخ العقد، خاصة إذا كان المدين حسن النية بالنسبة للتأخير في تنفيذ الالتزام وانه لم يلحق بالدائن أي ضرر[1]

موانع منح القاضي للمدين أجلا : لا يجوز للقاضي أن يبالغ في سلطته التقديرية، إذ توجد حالات لا يجوز للقاضي أن يمهل فيها للمدين كما كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل ثم قام به إذ يصبح تنفيذ

4الالتزام الذي يرجوه الدائن مستحيلا مما يجعل الأجل لا فائدة منه .ونفس الحال إذا ما التزم المدين بالقيام بعمل في وقت معين، ثم لم يقم به في ذلك الوقت المتفق عليه مما يجعل التنفيذ لا فائدة منه بالنسبة للدائن، ومن ثم لا فائدة من إعطاء المدين أجلا للتنفيذ . كما أن المدين سيئ النية لا يجوز أن يعطى له أجلا للتنفيذ لان الأصل في تنفيذ.[2]

5العقد هو حسن النية حسب المادة 107من ق ج.م .، ومنه يجب مجازاته بجزاء مشدد لا أن يعامل معاملة حسنة، ومما سبق يتضح أن منح المدين منح الأجل هو أمر متروك للقاضيالمعروض أمامه النزاع، فإذا تبين انه للدائن فائدة في ذلك منح القاضي للمدين أجلا أما إذا تبين انه لا جدوى من ذلك فحكم بالفسخ دون منحه أجلسلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ بناءا على نص المادة 119/ف 2 التي جاء فيها: "....كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ،" فمن خلال المادة السابقة الذكر فالقاضي إلى جانب تمتعه بسلطة تقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن له أن يرفض طلب الدائن للفسخ العقد و أيضا له سلطة تقديرية كما قلنا سابقا في تقدير جسامة عدم التنفيذ التي أدت بالدائن إلى المطالبة بفسخ العقد، فيمكن أن يكون عدم التنفيذ المدعى من طرف الدائن كليا أي أن المدين لم يقم بتنفيذ جميع الالتزامات التي رتبها

[1] عبد الرزاق ألسنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المرجع السابق ، صفحة 578

[2] أنور طلبة ، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث،مصر،2004، صفحة 8.

العقد على عاتقه، وفي مثل هذه الحالات غالبا ما يستجيب القاضي للطلب الفسخ . كما يجوز للقاضي أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية[1].

2بالنسبة لباقي الالتزامات ، هنا نكون أمام تنفيذ جزئي للالتزام أي أن تقصير المدين ليس في درجة الجسامة حتى يحكم القاضي بالفسخ، فيكتفي في هذه الحالة بالحكم بالتعويض للدائن على الضرر الذي لحق به جراء عدم التنفيذ الجزئي للعقد او التنفيذ المعيب أو التأخير فيالتنفيذ[2].

اجراءات القضائية للفسخ:

عند عدم تنفيذ المدين لالتزماته المترتبة عن العقد ، ينشأ للدائن الحف في طلب حل الرابطة العقدية ، و يعد هذا الحق وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه ، غير أن نشوء الحق في فسخ العقد يتطلب من الدائن اتباع اجراءات معينة ،فبجب عليه قبل رفع الدعوى لطلب الفسخ أن يقوم باعذار المتعاقد الاخر[3]

ان الاعذار لا يعتبر وحده كافيا لفسخ العقد ، بل يتعين على الدائن بعد ذلك رفع دعوى يطلب فيها من القاضي فسخ العقد ، و على الدائن الذي رفع دعوى الفسخ ، الا يعتبر نفسه متحللا من التزاماته نحو المدين ، إلا بصدور حكم يقضي بفسخ العقد[4]

اولا: ضرورة الاعذار.

يجب على الدائن قبل أن يرفع دعوى بطلب الفسخ ان يقوم باعذار المتعاقد الآخر مطالبا اياه بتنفيذ التزاماته ، لأن ذلك يعتبر بمثابة دليل على تقصير المدين في التنفيذ ، و مما يؤكد ضرورة الاعذار من الناحية القانونية و العملية معا ، أنه يدل دلالة قاطعة على اثبات اخلال المدين بالتزاماته ، بعد ان يوجه له هذا التنبيه من طرف الدائن ، و هذا ما نصت عليه المادة 1/119 من ق.م.ج المتعلقة بالفسخ الاتفاقي.[5]

يجب على الدائن ع حسب المادة هـ 119 من القانون المدني الجزائري قبل رفع دعوى الفسخ ان يوجه اعذار للمدين وهذا لا يعني ان دعوى الفسخ لا تكون غير مقبولة دون الاعذار لان رفع الدعوى في حد ذاته يعتبر اعذارا فياذا رفع دعوى الفسخ دون اعذار فانه يتحمل مصاريفها[6]

---

[1]انور طلبة انحلال العقود ، المرجع السابق ص9

[2]عبد الكريم بلعيور ، نظرية فسخ في القانون المدني الجزائري المقارن،المرجع السابق ، صفحة 185

[3]حمو حسينة ،انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق ،ص27

[4]حمو حسينة ، المرجع نفسه ،ص28

[5]بلعيور عبد الكريم. نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المرجع السابق ، ص173

[6]كسيلي مخلوف ،انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص 31

نصت المادة 181 عن حالات لا ضرورة للاعذار فيها:

اذا تعذرتنفيذ الالتزام أو اصبح غير مجد لفعل المدين.

اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.

إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ،او شيء تسلمه دون حق وهو يعلم ذلك.

اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه [1]

ثانيا: صاحب الحق في رفع دعوى الفسخ

يحق للدائن المتعاقد ان يرفع دعوى الفسخ على المدين الذي لم ينفذ التزامه وذلك بعد اعذار هذا الاخير و لم يظهر رغبته بالتنفيذ [2]

إن توجيه الاعذار من الدائن الى المدين لا يكون كافيا لوحده لفسخ العقد ، فيجب على الدائن أن يقوم الى جانب ذلك برفع دعوى الفسخ يطلب فيها فسخ العقد و السبب في ذلك أن الاعذار الذي يقوم به الدائن عند حلول الاجل ، قد يتبعه تسامح مع مدينه في عدم التنفيذ أو التاخير فيه ، فمن حقه ان يبقى متمسكا بالتنفيذ ، رغم عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام بعد اعذاره[3]

ودعوى الفسخ ليس لها مدة خاصة تتقادم بها ، فتقادها اذن يكون بخمسة عشر سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الاعذار الذي يوجه من الدائن الى المدين [4]

ثالثا: ضرورة صدور الحكم بالفسخ.

يجب على الدائن في العقود الملزمة للجانبين الذي رفع دعوى الفسخ ، الا يعتبر نفسه متحللا من التزاماته نحو المدين بمجرد تحقق الشروط اللازمة بالفسخ ، فلا بد من صدور حكم قضائي نهائي يقضي بفسخ العقد، و قد لا يستجيب القاضي الى طلب الفسخ بما له من سلطة تقديرية في ايقاع الفسخ عن عدمه[5]

ويضاف على ذلك أن الدائن الذي تقدم للقضاء من حقه ان يعدل عن هذا الطلب ، و يتمسك بالتنفيذ قبل صدور الحكم النهائي ، و ليس هناك ما يمنعه من الناحية القانونية ، و يتضح من ذلك أن الحكم الذي يصدره القاضي

---

[1] كسيلي مخلوف ، انحلال العقد المرجع نفسه ،ص32

[2] كسيلي مخلوف ، المرجع نفسه ،ص32

[3] لتيقي فيروز ، انحلال العقد بالفسخ ، المرجع السابق ، ص 32

[4] لتيقي فيروز، المرجع نفسه، ص22

[5] حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، المرجع السابق ص 31

لايقاع الفسخ ضروري ، فهو الذي يقوم بتحقيق النتيجة المرجوة اي فسخ العقد ، و يحكم القاضي حسب الظروف و ملابسات الدعوى.،و ايضا القانون اعطى للقاضي سلطة منح المدين اجلا لتنفيذ التزاماته اذا اقتضت الظروف ذلك ، و يستدعي ذلك صدور حكم في الدعوى ،و بعد تصفية الموقف بين المتعاقدين بعد الفسخ يحتاج إلى تدخل من القضاء[1]

سلطة القاضي في الحكم بالفسخ:

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

ففي الفسخ الكلي للعقد إذا ما تبين من الظروف على عدم الجدوى من الإبقاء على العقد فيستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ، أو سوء نية المدين أو تعمده على عدم التنفيذ أو إهماله الذي أدى بإلحاق الدائن بضرر جسيم وذلك رغم اعذاره، ويكون ذلك في حالة عدم تنفيذ الالتزام في كل أجزائه، أو عدم تنفيذ الجزء الأكبر فيه، أو التنفيذ المعيب أو المتأخر للالتزام بحيث لا يحقق الغرض المقصود منه.[2]

كما أن للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان 1يحتملها لكن الجزء الباقي من العقد يعتبر هو الجزء الأساسي في العقد ، أما بالنسبة الفسخ الجزئي للعقد : فيتحقق عندما يقضي القاضي بفسخ جزءا من العقد و يبقي بقية الأجزاء الأخرى، ويتحقق ذلك إذا كان الالتزام قابلا للتجزئة، كما في عقد البيع مثلا عندما يقوم البائع بتسليم جزء من المبيع، فيحكم القاضي بفسخ العقد حتى يحتفظ المشتري بالجزء الذي استلمه من البائع.[3]

---

[1]حمو حسينة ، ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ،المرجع السابق ،ص32

[2]_صالح كردالي ،الإبراء من الإلتزام في القانون المدني الجزائري ،دراسة مقارنة لنيل ديبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، سنة 1987/1986 صفحة 7.

[2]عبد الرزاق أحمد السنهوري، ا الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،لمرجع السابق ،ص587

[3]عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، صفحة، 588

الفرع الثاني : الفسخ الإتفاقي

يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين، اتفاق المتعاقدين على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون، إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء . فسوف نتطرق في هذا المبحث إلى التعرف على الشر وط الواجب توفرها للفسخ الاتفاقي، والإجراءات و خيار الدائن في الفسخ

أولا: تعريف الفسخ الإتفاقي

يعرف الفسخ ألاتفاقي 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 بإ اردته المنفردة بواسطة تعبير عن الإاردة يوجه إلى الطرف الآخر . «بناء على ما سبق يجوز للأط ارف المتعاقدة الاتفاق على الفسخ عند عدم تنفيذ أحد الأط ارف لالتازماته، والاتفاق على الفسخ تتفاوت درجاته من حيث أثره على النحو الآتي:

– 1 :اتفاق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ الت ازمه، وهذه هي أضعف الصيغ وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للقاعدة العامة في الفسخ فهذا الشرط لا يعفي الدائن من إعذاره 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 أوعكسه. [1]

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

–3 .اتفاق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار في هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول أجل التنفيذ وعدم قيام المدين بالوفاء.[2]

ثانيا : إجراءات و شروط الفسخ الإتفاقي

لم تنظم التشريعات التي حددت الفسخ الإتفاقي شكل محددا للفسخ ت العقد بناءا عليه، فيمكن أن يكون الاتفاق على فسخ العقد بأي عبارة تفيد ذلك، فلكي يتقرر الفسخ الاتفاقي يجب على الدائن التقيد بمجموعة من الشروط (أولا) و تباع إجراءات معينة لذلك(ثانيا)

[1] جوهري سعيدة ، سلطة القاضي في فسخ العقد ، المرجع السابق ،ص74

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، ا الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،لمرجع السابق،589

هناك مجموعة من من الشروط الموضوعية لكي يتقرر هذا النوع من الفسخ:

-1 وجود اتفاق بين المتعاقدان على فسخ العقد : ليس هناك ما يمنع الطرفين أن يتفقا على أن يعتبرا العقد مفسوخا إذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزاماته كما أنه عمل هذا الشرط يختلف بحسب ما تم الاتفاق عليه في بين الطرفين، و لهذا الأخير أهمية كبيرة في مجال نظرية الفسخ، فقد يكون خلاف بين المتعاقدين حول بنود العقد في مرحلة إبرام العقد، مثلا أن يكو ن الفسخ من بين المسائل التي كانت محل الخلاف بين الدائن و المدين عند إبرام العقد،[1] ثم اتفق الطرفان على جميع الخلافات باستثناء فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدائن، فالعقد هنا لا يعتبر متضمنا شرطا فاسخا، وبتالي إذا وقع عدم تنفيذ الالتزام من احد الطرفين فيجب تطبيق قاعدة الفسخ القضائي الواردة في المادة 119 من ق ج.م. ، وليس الاستثناء الوارد في المادة 120 من نفس القانون، لذلك فمن الأفضل الاتفاق على فسخ العقد بصفة مستقلة عن بقية أجزاء العقد الأخرى، حتى لا يثار أيغموض مستقبلا.[2]

- 2 استبعاد الفسخ القضائي في مضمون الاتفاق : و رغم وجود اتفاق على فسخ العقد، يضاف إلى ذلك وجوب انصراف نية المتعاقدين إلى استبعاد الفسخ القضائي، فيقتصر دوره في التحقق من توفر الشروط التي وضعت في العقد لحل الرابطة التعاقدية، فيفسخ العقد بمجرد تحقق الشروط عكس الفسخالقضائي، كما أنه يبقى العقد قائما حتى صدور حكم قضائي، وبالتالي فالحكم الذي 1يثبت فيه الفسخ الاتفاقي يعتبر حكما كاشفا للفسخ وليس منشأ له . والصيغ التي يقع بها الاتفاق على استبعاد الفسخ القضائي قد تختلف من حيث قوتها ودرجة قسوتها على المدين، فقد يدرج المتعاقدان وقت إبرام العقد على أن يعتبر العقد مفسوخا في حالة ما لم يقم احد المتعاقدان بتنفيذ التزاماته، وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بان 2يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي.[3]

- 3 واقعة عدم التنفيذ كسبب للتمسك بالفسخ : من خلال المادة 120 من ق .م. ج يتضح لنا أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا عند عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته اتجاه المتعاقد الآخر، وبتالي، فواقعة عدم التنفيذ تعتبر شرطا ضروريا لكي يتسنى للمتعاقد الدائن أن يستعمل حقه في الفسخ دون اللجوء إلى القضاء ونشير في هذا الصدد أن معظم التشريعات التي أخذت بالفسخ الاتفاقي لم تحدد الالتزامات التي تكون مجالا للاتفاق على الفسخ عند عدم تنفيذها، ومن ذلك يجوز للمتعاقد الدائن أن يمارس حقه في الفسخ الاتفاقي سواء كان عدم التنفيذ واقع على التزامجوهري أو غير جوهري ، كليا أو جزئيا. ونشير أيضا أنه على الرغم من أن المادة 120 من ق .م. ج قد جاءت خالية من أي قيد إلا أنه يجب عدم الإساءة في استعمال هذا الحق ومراعاة القواعد العامة في هذا المجال، كما في المادة 124 مكرر من ق.م.ج والتي تقضي بعدم الإساءة في استعمال الحق، بالإضافة إلى مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 107 من ق .م. ج الذي يجب 5مراعاته في جميع الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ [4].

---

[1] بلعيور عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المرجع السابق ،ص217

[2] صالح كردالي، الابراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، صفحة 10.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ا الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،لمرجع السابق ، صفحة 589

[4] صالح كردالي، الابراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري ،مرجع السابق، صفحة 11.

إجراءات الفسخ الاتفاقي

حتى يكون ا الفسخ الاتفاقي منتجا لأثاره ، يجب احترام إجراءات معينة

– 1الاعذار : لا يجوز الإعفاء منه حسب المادة 120 من القانون المدني الجزائري، فعلى الدائن أن يوجه الاعذار للمدين حتى يطالبه بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فيشترط القانون المدني على الدائن أن يوجه اعذار للمدين المقصر في تنفيذ التزامه طالبا إياه بالتنفيذ، لان ذلك هو الذي يضع المدين موضع التقصير، ويتم الاعذار عن طريق مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته التي تخلف عن تنفيذها، أي دعوة المدين إلى الوفاء بالالتزام و تسجيل التأخير في تنفيذه وكما جاء في المادة 180 من ق .م. ج فيكون الاعذار المدين بإنذاره، أو ما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإنذار عن طريق البريد، كما يجوز أن يكون مترتبا يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء أخر ، فالاعذار لا يتم بمجرد طلب 2الفسخ أو التهديد به، بل من وقت التكليف بالوفاء .حيث أنه يعد الإعذار إجراء ضروري يجب أن يقوم به الدائن حتى وان كان هناك اتفاق على فسخ العقد، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الاعذار حسب نص المادة 120 من ق .م. ج أين جاء فيها: "....وهذا لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين"، وهذا الأمر في الحقيقة يحد من حرية المتعاقدين دون فائدة، ولا منطققانوني، لان المنطق القانوني يقضي بأنه إذا كان للمتعاقدين الحق في الاتفاق مسبقا على فسخ العقد، فانه يجوز لهما تبعا لذلك وبحريتهما المطلقة أن يتفقا على الإعفاء من الاعذار في حالة تخلف احدهما على تنفيذ التزاماته[1].

– 2إعلان الدائن بتمسكه بفسخ العقد : إن الفسخ لا يتم بمجرد عدم التنفيذ بناءا لاشتراط الفسخ، بل يكون ذلك باستعمال الدائن لحقه الإرادي عن طريق التعبير الذي يعلن فيه تمسكه بفسخ العقد إلى الطرف الأخر، ففسخ العقد لا يتم فعلا إلا بعد تحقق واقعة عدم التنفيذ، و تمسك الدائن بحقه في الفسخ عن طريق التعبير عنه .لأنه يمكن أن يتحقق عدم التنفيذ، في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا، ومع ذلك يبقى العقد قائما من الناحية القانونية، ما دام المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ لم يعلن رغبته في الفسخ، فإذا أعلن المتعاقد الدائن عن تمسكه بفسخ العقد، انحلت الرابطة التعاقدية كنتيجة 3حتمية لهذا الحق .ويجب كذلك أن يكون تمسك الدائن في طلب الفسخ العقد قاطعا في الدلالة على ذلك، بحيث لا يجوز استنتاجه أو استنباطه من مضمون العبارات و الألفاظ الصادرة من المتعاقد الدائن، ويجب أن يتصل هذا الإعلان بعلم الطرف المدين[2]

سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الإتفاقي قد يثور ن ازع بين الدائن والمدين حول تطبيق الشرط والاتفاق، وقد ينكر المدين على الدائن فسخه العقد بإ اردته المفردة فيلتجأ إلى القضاء للفصل في هذا النزاع، غير أن ليس للقاضي سلطة

[1] كسيلي مخلوف ، انحلال العقد ، المرجع السابق ، ص39

[2] كسيلي مخلوف المرجع نفسه ،ص40

تقديرية في الفسخ الإتفاقي ما له في الفسخ القضائي، في هذه الحالة له فقط التحقق من بعض الأمور. 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 إعذار الدائن المدين فإذا تبى لدائن لم يعذر المدين فله أن يبقي على العقد ولا يفسخه لعدم جواز الفسخ بدون إعذار حسب القانون الجزائري ، يتحقق كذلك من صحة وتحقق عدم التنفيذ فقط ولا شأن له في تقدير مدى عدم التنفيذ أكان كليا أو جزئيا فتقدير ذلك متروك للمتعاقدين كما يرى الأستاذ بلعيور ، وأنا بدوري أرى أن يترك تقدير ذلك للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ فهو الذي يعلم بالنسبة التي تدفعه إلى فسخ العقد بإرادته المفردة

أولا : تحقق القاضي من وجود شرط فاسخ صريح . قبل أن يتحقق القاضي من الفسخ عليه أن يتحقق أولا من وجود شرط فاسخ بين المتعاقدين[1].

_1أنواع الشرط الفاسخ

:هناك ثلاث أنواع من الشرط الفاسخ (ضمني و صريح و عادي)

–الشرط الفسخ الصريح : هناك نوعان شرط واقف فإذا كان وجود الإلتزام واقفا على تحقيق شرط كان الشرط واقفا ، أما إذا كان مترتب على وقوع الشرط زوال الإلتزام ففي هذه الحالة يسمى بالشرط الفاسخ . فيثمتل هنا الشرط الفاسخ الصريح في إتفاق الأطراف مسبقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة عدم تنفيذ الإلتزام من أحد الأطراف . و في حالة عدم التنفيذ و تحقق الفاسخ الصريح على القاضي إعمال أثره[2].

–الشرط الفاسخ الضمني : في حالة إستحالة الأطراف من تنفيذ العقد و وقوع الإخلال من طرف أحدهم هنا يكون شرط الفاسخ ضمني ،لأنه يكون هنا جزاء الإخلال مباشرة ، لاكن هذا الإخلال لا يمكن إعماله إلا بعد إعذار المدين من جهة و صدور الحكم القضائي من جهة أخرى[3].

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

---

[1]عبد الكريم بلعيور ،نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المرجع السابق ، صفحة 105.

[2]بلقاسم رازي ، ممارسة الدائن لحق الفسخ ، المرجع السابق ، ص73

[3]بلقاسم رازي ، المرجع نفسه ،ص74

[4]أنور طلبة ، انحلال العقود ،لمرجع السابق ، صفحة 23.

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

الفرع الثالث : الفسخ بقوة القانون

جاء في المادة 121 القانون المدني الجزائري أنه : « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون

تبين لنا من النص التالي أنه ،يتجلى مفهوم الإنفساخ على أنه انحلال اربطة العقد بقوة القانون بشروط مخصوصة يستحيل تنفيذها لسبب أجنبي كما أنه يعرف أيضا على أنه « هو انحلال اربطة العقد بقوة القانون أي دون أن يكون ذلك مشترطا في العقد، ودون أن يحتاج إلى حكم من القضاء، ويحدث هذا الانفساخ إذا استحال تنفيذ الإلتزام أحد المتعاقدين نتيجة قوة قاهرة أو سبب لا يد للمدين فيه و و لا يستطيع دفعه.[2]

شروط الإنفساخ

من أهم شروط الإنفساخ و هو إستحالة تنفيذ الإلتزام ، و المقصود بها هو إستحالة الموضوعية ولا يعتد بالاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين كإعساره الذي منعه من الوفاء، ويجب أن تكون الاستحالة دائمة غير مؤقتة فالاستحالة المؤقتة يستأنف العقد بعد زواله.

_من الضروري ان تكون هذه الإستحالة بعد إبرام العقد ، اما في حالة وقوعها وقت إبرام العقد فالعقد هنا لا ينعقد لسبب إستحالة محله.

-أن تكون الاستحالة كلية ويترتب على ذلك انفساخ العقد وانقضاء الت ازمات الطرفين بأثر رجعي، وتقع تبعة الهلاك على المدين، أما إذا كان العقد عقد مدة فإن العقد يزول بأثر فوري ويعبر عنه بالإنهاء، أما إذا كانت الاستحالة جزئية فإن العقد لا ينفسخ ويثبت للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ لما بقى ممكنا من التنفيذ العيني، أما المدين فيقتصر حقه على المطالبة بتخفيض الالت ازم مثلا عدم قيام المؤجر بالتدفئة لاستحالة ذالك لا يعفي المستأجر من دفع بدل الإيجار بل له الحق في المطالبة بتخفيض بدل الإيجار وتأخذ حكم الاستحالة الجزئية، الاستحالة الوقتية

[1] كسيلي مخلوف ، انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص22

[2] المادة 121 القانون المدني الجزائري.

في عقود المدةإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد له فيه لم يعد ثمة محلَ للمسؤولية العقدية، وليس دائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ العيني، فالعقد ينفسخ بقوة القانون ولا ضرورة لاستصدار حكم قضائي[1].

يجب أن يكون سبب الاستحالة أجنبي لا يد للمدين فيه إذا أصبح تنفيذ الالتزامات 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 ينفسخ العقد بها إلا إذا كانت ارجعة لسبب أجنبي

أما إذا كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي حكم على المدين بالتعويضُ لعدم قيامه بالوفاء بما التزم به، كما أنه ارتكب خطأ عقدي فقامت مسؤوليته العقدية، ولا ينفسخ 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 مستحيل.[2]

أثار فسخ العقد بقوة القانون

هناك مجموعة من الإجراءات حتى يكون الفسخ بقوة القانون منها ما هو متعلق بالعقد الملزم لجانبين و منها ما هو متعلق بالعقد الملزم لجانب واحد

_الأثار المتعلقة بالعقود الملزمة لجانبين : على المدين ان يتحمل تبعة الهلاك في حالة ما إذا إنقضى الإلتزام إستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ،كما أنه ليس بإمكانه مطالبة الدائن بتنفيذ الإلتزام المقابل و هذا ما نصت عليه المادة 369 من القانون المدني الجزائري "إذا هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بالتسليم[3]"

فإذا هلك المبيع وهو في يد البائع هلك عليه ولا يلزم المشتري بالثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بالتسليم وكذلك إذا كان يد الشخص على الشيء يد ضمان، وهو الشخص الذي يحوز الشيء ليس بقصد تملكه و انما باعتباره نائبا عن مالك الشيء كالمستأجر والوديع والمستعير، أو فإذا هلك الشيء في يده بسبب أجنبي عنه وبدون تعدٍ تقصير منه لا يتحمل تبعة الهلاك

_الأثار المتعلقة بالعقود الملزمة لجانب واحد:التبعة هنا تكون على الدائن ففي الوديعة الغير المأجورة في حالة هلاكها فإن المالك أو الدائن هو الذي يتحمل تبعة هلاكها ،أما الوديع وهو المدين بالرد فلن يتحمل شيئا لأنه ليس دائنا للمودع.[4]

و من هنا يمكننا القول أنه في تحمل التبعة في العقود الملزمة لجانبين تقع تحمل التبعة الإستحالة على المدين بالإلتزام الذي إستحال تنفيذه ،أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعة الإستحالة.

---

[1] صالح كاردالي، الابراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق ، صفحة 15.

[2] همام محمد محمود زهران ،الأصول العامة للإلتزام نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، صفحة 34.

[3] المادة 369 من القانون المدني الجزائري.

[4] همام محمد محمود زهران، المرج نفسه ، صفحة 35.

المبحث الثاني: الاثار القانونية للفسخ.

فيما سبق بينا كيفية تحقق الفسخ و الذي قد يتحقق بحكم قضائي . و هدا الأصل و قد يتحقق أيضا بقوة القانون و أيضا باتفاق الأطراف دون الحاجة إلى حكم القضاء بفسخه.إذا تقرر فسخ العقد فعلا , فانه بترتب على هذا الفسخ أثرا و رجوع الطرفان إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد .و تنقسم أثار الفسخ إلى :

- ✓ أثار الفسخ بين المتعاقدين (المطلب الأول) .
- ✓ أثار الفسخ بالنسبة للغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول:آثار الفسخ بين المتعاقدين

لما كانت القاعدة العامة المترتبة على فسخ العقد هي محو آثاره في الماضي و إعادةالمتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه من قبل .

فانه يجب اخضاع الدائن لأحكام هده القاعدة (الفرع الاول)و كدلك الامربالنسبة للمدين(الفرع الثاني)الأثر الرجعي للفسخ في عقود المدة (الفرع الثالث) و حكم استحالة اعادة المتعاقد الى مكان عليه قبل التعاقد (الفرع الرابع).

الفرع الأول:خضوع الدائن لقاعدة زوال العقد باثر رجعي.

بعد انحلال العقد بأثر رجعي الأثر الجوهري لفسخ العقد و يرد المتعاقدان اللى ماكان عليه قبل التقاعد ولا صعوبة في تطبيق هده القاعدة حتى لا يكون الدائن قد تلفى شيئ من المدين ادان مجرد ايقاع الفسخ يجعله متحللا من التزاماته التعاقدية التي كانت على عاتقه نحو الطرف الاخر ومن ثم لا يرد الدائن للمدين شيئا ولا يسترد منه شيئا .غير ان الاوضاع التي تحدث في الميدان العملي ليست دائما على هدا النحو من سهولة .فقد يكون الدائن قد تلقى بعض الاداءات من المدين كتنفيد جزئي للعقد قيل فسخه و في هده الحالة بما ان العقد قد ال باثر الرجعي تتيحة فسخه يجب عليه رد من تلقاه من المدين. لان المبرر القانوني الدي كان يمنحه حق الاحتفاظ به قد انتهى .وبالتالي لا يجوز له ان يحتفظ بهوإلا كان حكم من قبل غير مستحق[1]للدائن في نفس الوقت الذي هو مطالبة فيه يرد ما قبضه من المدين ان يسترد ما كان قد قدمه لمدين كتنفيد للعقد قبل فسخه.لانه كما اوجب عليه القانون رد ما اخده اعفاه الحق من جهة اخرى في استرداد الاداء الدي كان قد قدمه تطبيق القاعدة فسخ العقد .

[1]د.العربي بالحاج النظرية العامة للالتزام... المرجع السابق،.ص315

و اعادة المتعاقدين الى ما كان عليه من قبل وفق لمقتضى المادة 122 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالاثر الرجعي لفسخ العقد [1].

ان الاثر الجوهري للفسخ هو رد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل اعلان العقد فاذا اقام شخصين بإبرام عقد بيع استلم المشترى العين المبيعة و قبض البائع جزء من الثمن ثم امتنع المشتري عن دفع الاقساط الباقية عنه او تاخر عن دفعها في اجالها المحددة لها فطلب البائع فسخ عقد البيع وقضىالمحكمة به . بان يلزم البائع ان يرد الى المشتري الاقساط التي تسلمها من الثمن و تلك هي القاعدة العامة الا في حالة ان العقد يتصمن شرط يقضي بانه في حالة فسخ العقدلعدم دفع الثمن في الميعاد المحدد فان البائع يحتفظ بالاقساط التي تسلمها كتعويض عن اخلال المشتري بالتزامه وهو شرطصريح تطبيق لمبدا سلطات الادارة و لعدم مخالفته لآداب عام او النظام العام [2].

وبما ان المدين ملزم يرد التي استلمها من العين الموضوع الفسخ فان المنطق و العدالة يقتضي بالزام الدائن بمثل هدا الالتزام وعلى هدا فان البائع الدي يطالب يفسخ عقد البيع لعدم دفع المشتري الثمن كاملا يلتزم بان يرد اليه فوائد الاقساط التى استلمها من الثمن من تاريخ استلامها لا من تاريخ المطالبة القضائية ودلك لان العدالة تحتم يانه طالما كان المشتري ملزما برد الثمار جميعا فان البائع من جهته يجب ان يرد الفوائد كاملة تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين[3] . و قد يحدث ان يفسخ العقد و يسترد الدائنعن ماكان قد قدمه لمدينه من اداء ومع دلك يلحق به ضرر من جزاء فسخالعقد،في هده الحالة يحق للدائن لوحده ان يطالب الى جانب الفسخ بتعويض إضافي لان حل الرابطة التعاقدية عن طريق فسخفي بعض الحالات لا يكفي لإزالة أضرار التي تكون قد لحقت بالدائن ناجمة عن عدم التنفيد[4].

لقد نصت المادة، 119.من ق .م .ج.المتعلقة بالفسخ القضاء في فقرتها.الأولى.بصراحة على التعويض إلى جانب الفصل.''في العقود الملزمة، للجانبين.لم يوفق أحد المتعاقدين بالتزامه.جاز.للمتعاقد الآخر.بعد إعذاره.المدين أن يطالب.في تنفيذ العقد أو فسخه، مع تعويض في الحالتين.إذا اقتضى الحال

[1] كسيلي مخلوف ..انحلال العقد، المرجع السابق..ص87

تنص المادة 122من ق.م.ج على ان"اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ،فاذا استحال ذلك جاز للمحكمة ان تحكم بالتعويض"

[2] حسن علي الذنون.. النظرية العامة للفسخ، الفقه الاسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، المرجع السابق....ص269

[3] حسن علي الذنون .. المرجع نفسه ص270

[4] حمو حسينة..انحلال العقد عن طريق الفسخ ، المرجع السابق ..ص87

لذلك".مما يدل أن الفسخ.ليس وحدة.في بعض الحالات.ليس كافيا.لمحو ما يخلفه، عدم التنفيذ الراجع إلى مدين من أضرار.ووجب عليه التعويض.[1]

الدائن الذي أجيب إلى فسخ.العقد أن يرجع بالتعويض على المدين.إذا كان.عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا إلى خطأه .لإهمال أو تعمد .والتعويض هنا يبني على المسؤولية.التقصيرية لا المسؤولية العقدية.فإن العقد بعد أن يفسخ.لا يصلح أن يكون أساسا للتعويض.وإنما أساس تعويض.هو خطأ المدين، ويعتبر العقد هنا واقع ماديا لا عملا قانونيا.كما في البطلان[2].

لدلك فان المتعاقد الدائن الدي له الحق في استرداد ما قدمه المدين قد يحصل الى جانبدلك على تعويض و بالتالي يكون قد جمع بين فسخ العقد و التعويض و هو امر جائز من ناحية القانونية خاصة عندما يكون عدم تنفيد قد تسبب فيه المدين اد يستطيع القاضي في هده الحالة ان يحكم بفسخ العقد و التعويض في ان واحد،كما هو شان بالنسبة الى جمع بين التعويض و المطالبة بالتنفيد دلك لان المادة 119 من ق .م.ج قد شملت الحالتين معا اد تنص " مع التعويضفي الحالتين ما ادا اقتضي الحال دلك 3"

غير ان التعويض الدي يحصل عليه الدائن في حالةالفسخ يكون على اساس المسؤولية .بينما يكون في حالة المطالبة بالتنفيد على اساس المسؤولية العقدية و دلك طبق القاعدة ان المتعاقد غير المخطئ يجب الا يضار من التنفيد المتاخر.[4]

كما يترتب على فسخ ..حق الدائن في الاسترداد ما قدمه الى المدين ان يكون له الحق في ألا يزاحمه الدائنون الآخرون فيما استعادوا ذلك أن الفسخ يخول.للدائن مركزا ممتازا على خلاف.المطالبة بالتنفيذ الذي يخضع فيها لقسمة.غرماء كبقية الدائنين آخرين. فيما استعاده، ذلك أن الفسخ يخول للدائن مركزا ممتازا.[5]

الفرع الثاني:خضوع المدين لقاعدة زوال العقد باثر رجعي

و يترتب على قاعدة رجعة العقدعند فسخه جملة من الالتزامات و هي :

التزام المدين برد ما اخده من الدائن اذا كان عقد البيع و قام البائع بتسليم المبيع للمشتري بالسداد فقام البائع بفسخ العقد فان يجب على المشتري رد العين المبيعة للبائع و يلزمه البائع برد ما قبضه من ثمن المشتري الا

[1] كسيلي مخلوف... انحلال العقد المرجع السابق.ص87-88

[2] عبد الرزاق السنهوري.. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق.ص711

[3] حمو حسينة.. انحلال العقد عن طريق الفسخ ، المرجع السابق ،ص88

[4] حمو حسينة.. المرجع نفسه ص88

[5] كسيلي مخلوف ، انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص88

ان الامر ليس بهده السهولة لانه قد يحدث بلن فترة ابرام العقد و فسخه و ان يطرا على العين زيادة او نقصان و قد استهلك المدين ما انتجته العين من ثمار طبيعية كانت ام مدينة [1].

على المدين أن يرد.ما استلمهمن الدائن.بثماره.سواء كانت مدينه او طبيعية فإذا كان العقد.فإذا كان العقد عقده بيع.وكان المشتري هو المدين.وطالب فيه.البائع. فإنه على المشتري.رد المبيع.مع ثمارها. كونها.ملك البائع.[2]

إن.الأثر الرجعي.جوهري.للفسخ.كما كنا من قبلأن يلتزم.كل من الطرفين المتعاقدين.برد ما استلمهبمقتضى.العقد الذي انفسخ أو قضى بفسخه.أو اتفق الطرفان على فسخه.فإذا ما فسخ عقد البيع لعدم.لدفع الثمن في ميعاده المحدد.فإن المشتري.يلتزم.برد العين المبيعة.مع. جميع حدثفيها من النمو.أو زيادات طبيعية.ذلك لأن هذه الزيادات.كانت تحدث في.المبيع.. على أية حال سواء انتقل.إلى ذمة المشتري أو لم يخرج عن. ملكية البائع فإنه من العدل والمنطق أن يستفيد البائع.من هذه الزيادات، وأن يلتزم المشتري بردها[3]

أما الفقيه الفرنسي بوتيه قام بمخالفة هذا الرأي المتقدم.ورأى أن الفسخ.لا يرد إلا على موضوع.الالتزام.الذي تعين.عند.إبرام العقدالتزام المشتري في هذه الحالة.قاصر.على رد العين التي استلمها دون أزيادات التي لحقتها.فمثلا.لو كان ألمبيع عقارا.فعثر. فيه المشتري على كنز.ثم فسخ. العقد البائع.فإن.الفقيه بوتيه.يرى من باب أولى.عدم إلزام المشتري برد شيء منه.إلى البائع.ويعلل رأيه بأن الكنز.مجرد منحة..من منح الحظ هو لا يتبع العقار.الذي عثر فيه عليه.ويبقى الكنز للمشتري.وتطبق عليه الأحكام.الفقرة الأولى من المادة.916.من قانون؟مدني، فرنسي.وهي تقضي بأن ملكية الكنز.تعود إلى منعثر عليه في ملكه[4].

وكما ذكرنا سابقا،الالتزام بردة ثمار الشيء وفوائده.يستوي في ذلك.حسن النية.أو سوءها.بيعكس.الرد في حالة البطلان.حيث يتم التفريق.هنا.بين حالة حسب.حسن النية وسوءها،ففي حالةحسن النية.يكون رد الشيء ذاته دون.رد.ثماره.بعكس.سوء النية حيث يلتزم.برد شيء.و تماره وفوائده.ويرجع السبب التفريق بين الفسخ والبطلان.في رد الثمار الشيء، وفوائده. بالرغم من أن البطلان والفسخ يكونان.بأثر رجعي.إلا أن.الاختلاف في الأثر الرجعي بينهما.حيث يعود الأثر الرجعي في البطلان إلى طبيعة الأشياء في العقد.الباطل.وهو العقد، لم يكن له وجود، قط.أي.ولد ميتافإن معنى الفسخ يختلف عن البطلان.[5]

---

[1] حسين علي الدنون..النظرية العامة للعقد ،الفقه الاسلامي و القانون المدني ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ...ص258

[2] عبد الكريم بلعبور..نظرية فسخ في القانون المدني الجزائري المقارن، المرجع السابق.ص276

[3] كسيلي مخلوف.. انحلال العقد ، المرجع السابق ص49

[4] حسين علي الذنون... النظرية العامة للفسخ الفقه الاسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق...ص259-260

[5] شامل سليمان عسلة الاثار القانونيه للفسخ القضائي مجلة الدراسات الاسلامية و العربية، المجلد السابع، العدد 32...ص1021

كما أن المدين يلتزم.برد.ما صرفه الدائن.منمصروفات.العقد.وكاد ما أنفقه.في المحافظة على العين.وصيانتها.إلا أنه.لا يكون ملزما.إلا.برد.المصروفات الضرورية النافعة.أما مصروفات كمالية.؟فليس.لمن؟أنفقها أن يطالب بشيء منها.ومع ذلك.يجوز له أن ينزع.ما؟استحدثه من المنشآت.على أن يعيد الشيء.إلى حالته الأولى.إلا إذا اختار المالك.أن يستبقيها .مقابل.دفع قيمتها المستحقة.لإزالة .[1]

الالتزام بالتعويض.إ: ذا أصاب دائن، ضرر جزاء، عدم تنفيذ المدين لالتزامه.فإلى جانب الحكم له بفسخ العقد، يجوز الحكم على المدين بدفع التعويض للدائن. ف التعويض حق للدائن الذي لحقه الضرر جزاء عدم التنفيذ.أما اادا لاحق المدين.ضرر جزاء الفسخ.فإنه لا يجوز له.مطالبة بالتعويض[2].

قلنا فيما سلف.أن سبب الفسخ.قد يكون قوة قاهرة.أو حادث، مفاجئ.وعرفنا أن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ عبارة عن أمر غير متوقع..الحصول.وخارج عن إرادة الطرفين.أي أن سبب الفسخ.هنا. لا يشوبه.خطأ المدين.يشترط للحكم على المدين بتعويضات.الشروط الآتية.

- ✓ أولا.أن يكون عدم التنفيذ أو تأخر فيه مدين .أن خطأه وهو العنصر الشخصي في التعويض.ويلاحظ أن المسؤولية.المدين.مسؤولية تعاقدية.وأن طبيعة إلتزامه، كما يقول الفقهاء.التزام بنتيجة.(obligation de résultat)[3]فهو يسأل عن مجرد عدم تحقق النتيجة.التي.وصل.إليها الدائنبتعاقده، ويفترض.حدود خطأ حدود الخطأ من جانب المدين.وعليه.ينفي هذا الغرض بأن يتبت السبب.أجنبي كقوة.القاهرة.
- ✓ ثانيا.أن يلحق.عدم التنفيذ أو التأخر.فيه ضرر لدائن؟وهذا هو العنصر المادي في التعويض وهو شرطه الأساسي الذي يدور معه وجودا و عدما.فادا انتهى ضرر، رفضت الدعوة.بغير.مصلحة.ويقع الإثبات الضرر على عاتق الدائن.إلا إذا كانت دائنا بمبلغ.من النقود؟حيث أن قانون.افترض وقوع الضرر في مثل.هذه الحالة.انه.تولى بنفسه.تقدير[i].التعويض[4] يمكن أن يفسخ العقد. ويسترد الدائن.ما قدمه لمدين؟مع ذلك.تلحقه، اضرار في هذه الحالة.الحق في مطالبة التعويض.كما.لو كان العقد محل فسخ.البيع، وتغيرت.الأسعار.المبيع.في السوق.فانخفضت ثمنها.خلال بقاء المبيع.في يد المدين.فإن له أي للدائن مطالبة بالتعويض.إلى جانب.استرداد الدائن ما قدمه. للمدين يحق له أن لا.يزاحموه

[1] شامل سليمان عسلة ، الاثار القانونية للفسخ القضائي، المرجع السابق ،ص1021

[2] كسيلي مخلوف... انحلال العقد ، المرجع السابق ص50

[3] حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، الفقه الاسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، المرجع السابق.....ص265

[4] حسن علي الذنون ، المرجع نفسه ،ص265,ص266

الدائنون.آخرون.لأن الفسخ يخول للدائن.مركز.ممتازا كما يحق للدائن.ايضا.هذا الفسخ.جميعا.قدمه له المدين.حتى يحصل علي.حقه منه.[1]

كما يجوز للمدين أن يجري مقاصة مع الدائن.حيث يكون ما يجب عليه رده، وما يحق له استرداد.نقود؟فقواعد.المقاصة تقتضي.أن يكون.الدائنان متقابلان.نقدا.في الجانبين.[32]

الفرع الثالث:.الاثر الرجعي للفسخ في عقود المدة.

تطبيق نظرية الفسخ.على جميع العقود الملزمة.الملزمة للجانبين.سواء كانت فورية أم زمنية، وهذا بإجماع الفقهاء.إذا كان الفقه قد اتفق على ذلك، فإنه اختلف حول مدى.سريان أثر الرجعي للفسخ على عقود المدة.حيث يذهبجمهور الفقهاء إلى أن أتى الرجل لفسخ.لا يسري على العقود المدة، وإنما.يقتصر أثر الفسخ على المستقبل فقط.

وهذا. ومنه الفقيه أستاذ عبد الرزاق. السنهوري يقول ‘‘إذا كان العقد زمنيا.كإيجار.والفسخ.لم يكن لفسخه أثر رجعي، لأن طبيعة العقود الزمنية.تستصعنى على هذه أثر، ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته.فالزمن المعقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع.فيه.[4]"

وهي ترتب على ذلك أن المدة التي انقضت.من عقد الإيجارقبل فسخة تبقى محتفظة بآثارها.ويبقى لعقد الإيجار قائما.طول هذه المدة.ويعتبر العقد.مفسوخا من وقت الحكم.النهائي بفسخه، لا قبل.ذلكوتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة.على الفسخ.صفة الاجرة لا تعويض...[5]

ويلاحظ في هذا الشأن أن أثر الرجعي الفسخ .يقتصر على العقود الفورية دون العقود المستمرة.ذلك أن العقود المستمرة(les contrats successifs).أو.العقود المدة، الإيجار أو التأمين أو العمل.لا يمكن.للفسخ أثر رجعي فيها.لأن طبيعة هذه العقود.تأبى أن يكون للفسخ بيها مثل هذه الآثر الفسخ في هذه العقود.هو في الحقيقة إنهاء العقد.[6]

---

[1] بلعيور عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المرجع السابق ،ص275

[3] بلعيور عبد الكريم ، المرجع نفسه ،ص277

[4] كسيلي مخلوف .. انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص51

[5] عبد الرزاق السنهوري.. الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق....ص712

[6] بلحاج العربي.. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، المرجع السابق ...ص316

ويرى فريق آخر من الفقه أن الأثر الرجعي الذي يترتبه الفسخ واحدة في جميع الحالات، ويجب العمل به في جميع.العقود دون تمييز بين العقود، المدة وعقود الفورية.وهو الرأي الذي يؤيده الأستاذ، بالعيور عبد الكريم.خاصة وأن مشرع جزائري.ساوى بين العقود، حيث الأجر.إذا، أنه يسرع، يسرى عليها.حسب ما نصت عليه المادة 122 ق.م.ج ولم يفرق أيضا المشرع الجزائري.في التعويض للاستحالة.الإعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد بين العقود الفورية والزمنية.[1]

بناء على ذلك، فإن فسخ العقد المدة تطبق عليه.نفس الآثار التي ترتبها الفسخ، ومادامت العقود المدة لا يمكن فيها إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه من قبل.لأن العنصر الزمن عنصر جوهري.في العقد، ولا يمكن إعادته.إلى الوراء.فتطبق.الفقرة الأخيرة من المادة 122 التي يجيز للمحكمة.الحكم بالتعويض في حالة الوقوع استحالة ما دام النص الذي يحكم.آثار الفسخ العقد واحد[2]

الفرع الرابع:حكم استحالة اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها

قد يتحقق الفسخ ويزول العقد بأثر رجعي.إلا أن إعادة المتعاقدين.إلى الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد، يستحيل تحقيقها من ناحية العملية.إذ ان هناك حالات استثنائية يقع فيها الفساد إلى أنه يستحيل فيه رد العين.كأن يكون المبيع في ذلك في يد، المشتري، أو إتلافه.القيامه بأعمال تؤدي إلى تغيير الشيء محل الرد تغيرا كاملا عما كان عليه.،ففي هذه الحالة.وعلى الرغم من انحلال الرابطة التعاقدية،من ناحية القانونية.لا يمكن القول بإعادة الطرفين.إلى حالة التي كان عليها قبل التعاقد، ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على أداء التي يكون قد قدمه للمدين قبل فسخ العقد.كما لا يستطيع المدين الحصول على مكانة قد.قدمه للدائن.[3]

وفي هذا الشأنيجب التمييز بين التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد في إطار المتعاقدين إلى وضع الذي كان عليه قبل التعاقد، طبقا أن نص المادة.122.من ق .م. ج.والتعويض الذي يتحصل عليه الدائم بمقتضى المادة.119 من ق .م .ج قبل الضرر الذي يلحقه نتيجة الفسخ.بغض النظر عن استحالة أو عدم استحالة الرد.[4]

---

[1] كسيلي مخلوف... انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص61

[2] حمو حسينة انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق..ص93

[3] بلحاج العربي،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، المرجع السابق ص315

[4] علي فيلالي ، الالتزامات، نظرية عامة للعقد. المرجع السابق ص437

وبناء على ذلك، فإن الحكم القاضي بالدعوى نتيجة استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كان ذلك على أساس المادة 122 من ق .م. ج[1]

المطلب الثاني :أثر الفسخ بالنسبة للغير

يترتب على فسخ العقد زوال حقوق الغير كقاعده عامه الفرع الاول غير انه ترد استثناءات على هذه القاعده الفرع الثاني

الفرع الاول: القاعده العامه زوال حقوق الغير

القاعده العامه التي تقضي بها نظريه الفسخ هي ان الاثر الذي يحدثه الفسخ لا يقتصر على المتعاقدين فقط وانما يمتد ليشمل الغير ايضا اذ تتاثر حقوقهم ايضا التي كانت قد انتقلت اليه من احد المتعاقدين فتزول هي الاخرى كاثر لاعمال الفسخ كذلك الحقوق التي رتبها المشتري للغير على الشيء المبيع [2]

ويعني ذلك ان الغير الذي تلقاه حقا من احد المتاعقدين وكان هذا الحق متعلقا بالشيء الذي كان محلا للعقد المفسوخ يزول تبعا لزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي يتعامل معه نتيجه فسخ العقد [3]

فاذا اشترى شخصا عين ثم باعها لاخر ورتب عليها رهن ثم ان العقد الاول فسخ بعد ذلك فهنا البائع ان يسترد العين المبيعه من المشتري الثاني خاليه من الرهن او من اي حقوق اخرى كحق الارتفاع حق الانتفاع ويكون المشتري قد رتبها على العين [4]

ويترتب على تطبيق هذه القاعده العامه انه لا يجوز للغير ان يحتج على الدائن بمرتبه العقد من التزامات التعاقديه من قبل فسخه لانه كما لا يجوز للغير وفقا للقواعد العامه انكار ميلاد العقد لاول مره فانه من جهه اخرى لا يجوز له انكار انحلاله اذا ما تم وفقا ما يتطلب القانون بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجه على الكافه [5]

[1] بلحاج العربي .. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، المرجع السابق ص315

[2] لتيقي فيروز، انحلال العقد بالفسخ،، المرجع السابق ص56

[3] حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ،المرجع السابق،ص93

[4] جوهري سعيدةسلطة القاضي في فسخ العقد،المرجع السابق،ص55

[5] لتيقي فيروز،ا انحلال العقد لمرجع السابق،ص77

العله من هذا الحكم ان المدين الذي يكون قدره حقوقا لصالح الغير يحتبر في نظر القانون بعد ايقاع الفسخ ليس مالكا للشيء المبيع وبالتالي فان كل ما رتبه من حقوق لا يسري في مواجهه المتعاقد الدائن باعتباره هو الملك الاصلي للمبيع ما لم يقر البيع وفقا لقواعد بيع ملك الغير [1]

اضافه الى ذلك لكي تكون هذه القاعده واجبه النفاذ وساريه المفعول من الناحيه القانونيه في مواجهه الغير في مجال الفسخ يجب على المتعاقد الدائم الذي تقرر الفسخ لصالحه ان يبادر بمجرد ايقاع الفسخ الى التسجيل دعوه الفسخ وان اشروا بها وفقا لقواعد الشهر العقاري حتى لا يستطيع الغير ان يدعي في مواجهته انه حسن النيه ولا يعلم ما يتهدد العقد من اسباب الزوال [2]

الفرع الثاني: الاستثناءات الوارده على القاعده العامه بالنسبه الى حقوق الغير

اذا كانت القاعده العامه التي يرتبها الفسخ هي زوال العقد باثر رجعي سواء في مواجهه المتعاقدين او بالنسبه الى الغير فان لهذه القاعده استثناءات معينه لا يجوز العمل بها او بعباره اخرى يجب عدم اخذ بها كقاعده عامه على اطلاقها في مواجهه الغير لانه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحمايه والرعايه من اثر الفسخ الخطير وخاصه عندما يكون من تعامل مع المتعاقد الذي فسخ العقد ضده حسن النيه [3]ولا يعلم ما يتهدد العقد من اسباب الزوال

و تستند هذه الاستثناءات الى اعتبارات عده منها استقرار المعاملات ومن بين هذه الاستثناءات الغير الذي يكسب حقا عينيا على منقول بحسن النيه طبقا للماده 835 الى القانون المدني الجزائري والغير الذي تقرر له حق على عقار وشهره طبقا للمادتين 15 و 16 من الامر 75 74 المتضمن مسح الاراضي العامه وتاسيس السجل العقاري والغير الذي ترتب لصالحه رهن رسمي والغير الذي كسب حقا بموجب عقد من عقودالإدارةبالتقادم طبقا للمادتين 857 و 828 قانون المدني الجزائري في جميع هذه الحالات لا يسري الفسخ في مواجهه الغير [4]

وسوف نتطرق الى هذه الاستثناءات كل واحده على حدة:

اولا :الغير الذي يكسب حقا عينيا على منقول بحسن النية

[1]حمو حسينة،انحلال العقد عن طريق الفسخ ،لمرجع السابق،ص94

[2]جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد المرجع السابق،ص55

[3]جوهري سعيدة، المرجع نفسه ص 55

[4]علي فيلالي، الالتزامات ،النظرية العامة للعقد ،المرجع السابق،ص357

اذا ورد العقد على منقول قام مشتريه مثلا بالتصرف فيه الى شخص اخر ثم فسخ هذا العقد فان القانون عندئذ يحمي المتصرف اليه الثاني الذي حاز المنقول الذي حصل التصرف له فيه بحسن النيه وذلك بثبوت هذا الحق له تطبيقا لقاعده قانونيه قصيره وهي قاعده الحيازه في المنقول سند الحق او سند الحائز [1]

يكون الغير في منى من اثر الفسخ الذي يقع بين من تلقى منه هذا الحق على المنقول والمتعاقد معه شريطه ان يكون الغير حسن النيه حتى تشمله حمايه القانون على ان قرينه حسن النيه لا تعد ولا ان تكون قرينه بسيطه يمكن اثبات عكسها ولذلك كان يجب ان يكون الغير فعلا حسن النيه حتى يمكن تطبيق القاعده القانونيه التي تقضي بان الحيازه في المنقول سنه الملكيه فهي قاعده قانونيه اساسيه في هذا المجال واجبه للحمايه وهو ما تقدر به الماده 385 من القانون المدني الجزائري والتي تنص:"ان حازم بسند صحيح منقولا او حقا عينيا على المنقول او سندا لحامله فانه يصبح ملكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته ""[2]

لذلك فان حسن النيه بالنسبه الى الغير الى جانب السند الصحيح كافي لحمايته من اثر الفسخ بصرف النظر عن فسخ سند المتصرف وحسن النيه مفترض حتى يقوم الدليل العكسي لان الحيازه في حد ذاتها تعتبر قرينه على وجود السند الصحيح وتوافر حسن النيه الى ان يثبت العكس وهذا ما نصت عليه الفقره الثالثه من الماده السابقه الذكر والحيازه في حد ذاتها قرينه على وجود السند الصحيح وحسن النيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[3]

فاذا القانون يحمي الغير من اثر الفسخ على ان نحو السابق فان هذه القرينه البسيطه كما هو واضح من نص الماده السابقه ومن ثم يجوز اثبات عكسها وبالتالي ينتفي حسن النيه فتزول تبعا لذلك حمايه الغير من اثر الفسخ مثال ذلك ان يكون الغير يعلم بما يتهدد العقد الذي يربطه سلفه بمن تعاقد معه فيكون في مثل هذه الحاله ليس فقط قد انتفى الشرط اي شرط حسن النيه بالنسبه اليه بل يكون سيء النيه والقانون بطبيعه الحال لا يحمي مثل هؤلاء الاشخاص [4]

ثانيا :الغير الذي تقرر له حق العقار وشهره وفق القانون.

ان الذي اعترف بقاعده الحيازه في المنقول سنه الملكيه واعتبر ان من يا حوزه منقولا بحسن النيه يصبح مالكا له من وقت حيازته وبالتالي تنبغي حمايته من خطوره اثار الفسخ لم يصل الى حمايه الغير عندما يكون الحق متعلقا بعقار ما كما هو الشان بالنسبه الى المنقول بسهوله وانما بقي وقتا طويلا من الزمن يطبق القاعده التي تقول انما لا يملك لا

[1] فريد عبد المعز فرج ،اثار التنفيذ بمقابل مع آثار الفسخ (دراسة مقارنة),مجلة الشريعة و القانون،2008 ،ص146

[2] حمو حسينة،, انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص94

[3] المادة 358 ق.م.ج

[4] بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المرجع السابق ص316

يستطيع ان يملك وهذا يعني ان فسخ الرابطه التعاقديه وبالتالي زوال العقد واثاره يشمل المتعاقدين باعتبارهما طرفي العقد ويشمل الغير ايضا باعتباره قد تعامل مع شخص لا يعتبر مالكا في نظر القانون [1]

فاذا تضرر للغير حق عيني على العقار بحسن النيه وقام بشهره طبقا للماده 15 و 16 من الامر 75 74 قبل رفع دعوه الفسخ فانه يكون في منای الاثار الفسخ ما دام كونه حسن النيه اما ان كان غير ذلك وكان سيئ النيه فان الاثر الرجعي للفسخ سيلحقه وكذلك ان كان شهر حقه بعد تسجيل دعوى الفسخ حتى لو كان حسن النيه [2]

وعليه فان الغير الذي يقوم بشهر حقه وهو يعلم ان العقد يتهدده الفسخ او قام بالشهر بعد تسجيل دعوه الفسخ او التاشير بها على هامش العقد لا ينجو من اثار الفسخ وذلك لان حسن النيه يكون قد انتفى في جانبه وبالتالي تنتفي الحكمه من حمايته المقرره قانونا كان عليه ان يكون حريصا على مصلحته بأن يرجعالى ما هو مسجل او مؤشر به في البطاقه العقاريه[3]

ثالثا: الغير الذي ترتب له رهن رسمي

يعتبر الغير الذي تقرر لصالحه رهن الرسمي في مامن عن اثر الفسخ طبقا للماده 885 قانون المدني الجزائري متى كان حسن النيه فالعقد يبقى قائما هذا من جهه ومن جهه اخرى يجب ان يكون الغير قد قيد رهنه قبل رفع دعوه الفسخ [4]

يحدث في الحياه العمليه ان يرتب المشتري على العقار الذي اشتراه رهن تامينيا للدائن المرتهن حسب النيه يعتقد بان الملكيه خالصه للراهن وغير مهدده بالزوال فاذا بالملكيه تزول من سلفه لان العقد الذي يربطالمتصرف بالبائع قد فسخ او زاله لاي سبب من اسباب الزوال3[5]

ذلك نظمت التشريعات الحديثة حمايةخاصة لهذا الدائن المتهم حتى يكون مناجاة من اثار فسخ العقد الذي يحدث بين المتصرف والمتصرف اليه وفي هذا الصدد كما ذكرنا نصه الماده 885 من قبل على ما إن" يبقى صحيحا لمصلحه

[1] حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق ص97,ص98

[2] كسيلي مخلوف، انحلال العقد، المرجع السابق ،ص53

[3] جوهري سعيدة. سلطة القاضي في فسخ المرجع السابق ،ص58

[4] كسيلي مخلوف، انحلال العقد ، المرجع السابق ،ص53

[5] حمو حسينة،، انحلال العقد عن طريق الفسخ مرجع السابق،ص99

الدائن المتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او [1]الغائه او زواله لاي سبب اخر اذا ثبت ان الدائن كان حسن النيه وقت ابرام العقد 4"

وعليه طبقا لنص الماده 885 فان الرهن الرسمي يبقى قائما في حق الدائن المرتهن رغم فسخ العقد ما دام انه كان حسن النيه وقام بتنفيذه قبل رفع دعوى الفسخ، ما حكم الماده 885 خاص بالرهن الرسمي وحده دون الرهن الحيازي الوارد في الماده 950 من قانون المدني الجزائري مما يجعل العقد الذي كان محلا للرهن الحيازي العقاري يعود الى صاحبه خالي من ذلك الحقوق بعد فسخ العقد وهذا يؤدي الى ان الحكم الوارد في شان الرهن الرسمي بهذا الصدد حكم استثنائي لا يتوسع فيه [2]

رابعا:الغير الذي اكتسب حقا بمقتضى عقد من عقودالإدارةالحسنة

يترتب على ذلك ان الغير الذي يتلقى هذه الحقوق سواء من المالك للشيء او النائب عنه يكون محصنا ضد الاثر الذي يرتبه الفس لانه من اعمالالإدارةالحسنه وهذا عملا باستقرار المعاملات اما اذا كان سيء النيهلا تكون امام مفهوم الإدارة الحسنه وبالتالي فان الفسخ في هذه الحالة يؤثر على تلك الحقوق[3]1

ان الحقوق والالتزامات التي يرتب ها الملك لكونه يملك حق الادارة او النائب عنه كما هو الحال بالنسبة الى الوالي الذي يجيز له القانون ادارة ملكيه ابنه القاصر او اتفاق كما هو الشأن بالنسبة الى الوكيل الذي يجوز له بناء على العقد الوكالة اداره ملكيه الموكل او جزء منها او القضاء كما او عين القاضي حارسا قضائيا اذ يجوز له بموجب تعينه اداره الشيء المتنازع فيه وفي جميع هذه الحالات لا يجوز المساس بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه الإدارة في حاله فسخ العقد الذي كان سند للملكية, ترتب على ذلك ان الغير الذي تلقى هذه الحقوق سواء من مالك الشيء ومن النائب عنه يكون محصنا ضد الاثر الذي يرتبه الفسخ من ثم فان فسخ العقد بين البائع والمشتري مثلا فان اعاده الملكيه الى المتعاقد الذي فسخ لصالحه تعود محمله بهذه الحقوق والتزامات ولا يستطيع ان يتعاقد الذي فسخ العقد لصالحه ان يحتاج في مواجهة الغير بان العقد فسخ [4]

ذهب معظم الفقهاء قد اتفق قد اتفقت معهم المحاكم في هذا لانه ليس للفسخ اثر بالنسبة للأعمال الإدارة التي ابراها بها المدين مع الغير انها تظل قائمه على الرغم فسخ العقد ويلتزم الدائن باحترامها ويدللون على رايهم باعتبارات قانونيه والاخرى عمليه اما الاعتبارات القانونية فيقولون حقيقه ان مقتضى الاثر الرجعي للفسخ ان المشتري يعتبر

[1]حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ،المرجع السابق ،ص200

[2]لتيقي فيروزانحلال العقد، المرجع السابق،،ص81

[3]سميرة سويح، الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق،ص61

[4]حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ المرجع السابق،ص100

وكانه لم يملك المبيع في يوم من الايام انه لم ترفع يد البائع عن المبيع مطلقا ولكن مما لا شك في ان البائع ترك حياه المبيع واذ راجع في يد المشتري وعلى هذا فلقد اصبح المشتري وكيلا مأذون بعمل الإدارة وعلى الاخص عقود الاجارات التي لولاها لبقيه الاحيان المبيع معطله عن الاستغلال الانتفاع بها[1]

واما الاعتبارات العمليه التي تحتم هذه الحل فهي ان مصلحه البائع تقضي بتمكين المشتري بان يستفيد من العين المبيعه كل فائده تمكنها وانه اذ لم يكن المشتري قادرا على الانتفاع بالعين بنفسه او كان غير راغب في هذا الانتفاع فان مصلحته تقضي ولا ريبه بالبحث عن شخص ثالث لا فينفع بها انتفاعا غير مباشر عن طريق التأجير [2]

عقد الايجار الذي تزيد مدته عن ثلاث سنوات فاذا اجر مؤجر العين ام فسخ البيع فان الايجار يسري في مواجهه البائع اذا كان المستأجر حسن النية [3]

انطلاقا من هذا المعطيات القانونيه والعمليه في نفس الوقت فان الغير الذي يكون قد تلقى حقوقا بناء علىالإدارةالحسنه لا يتاثر بفسخ العقد كما لو كان سنه القانوني عقد بيع قام من له حقالإدارةبتاجير الشيء ثم وقع الفسخ بين البائع والمشتري فان الغير في هذه الحاله يكون محميا من اثر هذا الفسخ لان تصرف من له حقالإدارةيدخل في مفهوم الإدارةالحسنه [4]

ويجدر بنا الاشاره في ان مقصود من العقود التي لا يلحقها الفسخ وبالتالي لا تمس فيها حقوق الغير هي تلك التي تدخل فعلا في مضمونالإدارةالحسنه ولذلك ينبغي ان يلتقي فيها الغش او التواطئ بين اطرافهاويترتب على ذلك انه لا يجوز ان اخذ بهذا الاستثناء والاحتجاج به على من فسخ العقد لصالحه[5]

على ذلك كله فان اثر الفسخ لا يجوز تطبيقه كاستثناء من القاعدة العامة اذا تعلق الامر بحقوق الناشئة عن عقود الإدارة الحسنه واساس هذا الاستثناء هو حسن النية و استقرار المعاملات في المجتمع4

[1] حسن علي الذنون،النظرية العامة للعقد ، الفقه الاسلامي و القانون المدني ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ،ص285

[2] حسن علي الذنون،المرجع نفسه،ص285

[3] كسيلي مخلوف انحلال العقد،المرجع السابق ص53

[4] بلحاج العربي، النظرية العامة لالتزامات، في القانون المدني ، المرجع السابق ص318

[5] بلحاج العربي،المرجع نفسه ، ص317

خامسا: الغير الذي تملك بالتقادم

يملك الغير حقا بعد التقادم حسب المادة 827 قانون المدني الجزائري ا. غير الذي يصبح مالكا للشيء المبيع بالتقادم المكسب فانه لا يتاثر بفسخ العقد بين البائع والمشتري اما الدائن الذي حكومه له بالفسخ فان حقه لا يضيع ما دام ان المشرع اجزاء الحكم له بالتعويض طبقا للماده 122 من القانون المدني الجزائري للاستحالة وهذه الحالة تعتبر استحالة قانونية[1]

يكسب الغير حقا الحقوق بموجب التقدم المكسب الذي تقضي به المادتين 827 و 828 من القانون المدني ويترتب على التقادم المكتب النفخ العقد الذي قد وقع بين المتصرف والمتصرف اليه لا يمس كاستثناء مقاعده العامة حق الغير الذي اكتسب طبقا للقاعدة التقادم المكسب [2]1.

فلو فرضنا ان العقد بيع بين البائع والمشتري وكان الغير قد صار مالكا لشيء للمبيع عن طريق التقادم المكسب فان فسخ عقد البيع الذي يحدث بين البائع والمشتري باعتبارهما من طرف العقد لا يؤثر على الغير الذي اكتسب حقه تبقى لقاعده التقادم المكسب لانه محمي من الناحية القانونية وهكذا فان القاعدة العامة للأثر الرجعي تستثنى منها حالات لتتأثر بفسخ العقد[3].

هذه الاستثناءات مهما تعددت ومهما تنوعت فانها لا تطغى على الاصل العام الذي وجد من اجله نظام الفسخ وهو زوال العقد بعد فسخه باثر رجعي وتابعه لذلك زوال الحقوق والتزامات التي نشات عنه سواء بالنسبه الى المتعاقدين او بالنسبه الى الغير وذلك حتى يبقى لهذا النظام قوته القانونيه يلجا فيه الدائن لحمايه حقوقه من جهه والتحلل من التزاماته من جهه اخرى في مواجهه المدينه الذي لم يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقديه الناشئة عن العقد المفسوخ[4]

[1]كسيلي مخلوف، انحلال العقد عن طريق الفسخ ،المرجع السابق،ص53

[2]حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ ،المرجع السابق،ص102

[3]سويح سميرة الفسخ الاتفاقي في القانون المدني ،المرجع السابق،ص62

[4]حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ،،المرجع السابق،ص102,ص103

خاتمة

خاتمة

بعد الإنتهاء من دراسة مذكرتنا نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري توصلنا إلى خاتمة مضمونها :

بما ان الإلتزام هو اساس العلاقات المالية و الإقتصادية فلا بد من الوفاء به و ادائه على احسن وجه ،بواسطته يتم حكم حياة الأشخاص القانونية .

فالفسخ هو جزاء مترتب عن عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ إلتزامه في العقود الملزمة لجانبين مع إستعداد طالب الفسخ على تنفيذ ذلك الإلتزام ، فالفسخ يحدث كثيرا في حياتنا العملية فهو موضوع ذو فائدة و يعد من أهم المواضيع في القانون.

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون المدني في الجزائر حيث اخذ المشرع الجزائري بمجموعة من المبادئ كحلول يغظ النظر عن إختلاف المذاهب الفقهية

لا تحقق مصالح العقد الا اذا كان صحيحا ، و كان مستوفيا لأحكام إنعقاده وشروط صحته و من هنا يصبح المتعاقدين خاضعين للقوة الالزامية للعقد ما دامت الرابطة العقدية قائمة ،و لا يمكن لأحد نقضه أو تعديله الا في حدود ما يسمح به القانون او الإتفاق و هذا ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد

كما أنه يتوجب ضرورة تحقق الشروط التي حددها القانون لكي يتمكن طالب الفسخ من إستصدار حكم من المحكمة من أجل إنهاء الرابطة العقدية ، كما أنه في حالة مقارنة الفسخ بالإنفساخ و البطلان و الإلغاء ، بإعتبار أي منهما حالة من حالات إنحلال العقد في القانون المدني الجزائري نتوصل:

المقصود بإنحلال العقد هو زوال الرابطة العقدية التي تجمع بين الطرفين ، اما الدفع بعدم التنفيذ يعني هو حق كل متعاقد في عقد ملزم لجانبين و يعرف أيضا أنه وقف تنفيذ العقد من جانب أحد طرفي العقد حتى يقوم الطرف الاخر بتنفيذ إلتزامه ،و ايضا هناك علاقة بين الفسخ و المسؤولية العقدية فكلاهما جزاء لعدم تنفيذ المدين،كما أنه يختلف الفسخ عن البطلان في ما إذا كان للعقد صفة صحيحة أو فاسدة أو كان عقدا لازما أو واقفا على تحقيق هدف معين اما الفسخ فهو صفة الفاعل أي الفاسخ يطالب فيه بفسخ العقد نتيجة تحقيق شروطه السالفة الذكر.

يشترط فسخ العقد شروط معينة لفسخه ، اولا ان يكون العقد محل الفسخ ملزما للجانبين ، ثانيا ان يخل احد المتعاقدين بالتزامه في العقد ، ثالثا ان يكون الدائن طالب الفسخ قد وفى بالتزامه ، او مستعدا الى ذلك ، و رابعا عدم تنازل المتعاقد عن حقه في طلب الفسخ.

كما أنه قد إشترط المشرع الجزائري على طالب الفسخ أن يقوم بإعذار المدين وذلك لكي يستوفي الفسخ شروطه القانونية و تتمكن المحكمة من إصدار الحكم بالفسخ ،إلا أن المشرع لم يحدد حدا أعلى للمهلة القانونية التي يمكن أن تمنح الى المدين ، فترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ، اذا إقترح أن يحدد القانون حدا أعلى لتلك المدة و أن يجعل هناك إستثناء للحالة التي يثبت فيها المدين وجود عذر حقيقي كسبب في التأخر عن تنفيذ الإلتزام.

قد اختلف الفقه القانوني في الاساس الذي يقوم عليه فسخ العقد ، فالبعض راى تاسيسه على وجود شرط الفاسخ الضمني في العقود الملزمة للجانبين ، في حين يرى البعض الاخر تاسيسه على نظرية السبب ، و يقوم اتجاه آخر بتاسيسه على فكرة العدالة ، في حين أن المشرع الجزائري قد اخذ بفكرة ترابط الالتزامات المتقابلة.

يعد الفسخ القضائي الأصل و القاعدة العامة عن باقي أنواع الفسخ الأخرى ،فهو الطريق الغالب لدى معظم التشريعات العربية لأنه في حالة غياب القضاء قد يعمله المتعاقدين حسب ما يرونه وفي هذه الحالة سوف يترتب نتائج سلبية لأنه الدائن سوف يأخذ حقه بنفسه ، و ايضا المدين قد يستعمله للهروب من التنفيذ و هذا ما يؤدي إلى الاظطراب المعاملات بين الناس ، و لكن كون الفسخ القضائي هو وسيلة لحماية الدائن فهذا ما جعله هو الأصل ، كما أنه قد يضر الفسخ القضائي بالدائن نفسه لأن السلطة التقديرية للقاضي و يمكن له أن يرفض الفسخ و يعطي مهلة للمدين من اجل القيام بإلتزامه ،لهذا جاء الفسخ الاتفاقي بشرط الفاسخ يدرج في العقد ذو اهمية من الناحية العملية فهو يشجع الأطراف على تنفيذ الإلتزام و في حالة الإخلال يمكن لطرف الاخر الذي نفذ التزامه التحلل من العقد .

و للتفرقة بين انواع الفسخ فالفسخ الاتفاقي الحصول على حكم من القضاء و لا يكون الفسخ شرطا بالعقد ، اما الفسخ الإتفاقي فيجب النص عليه صراحة في العقد و الحصول فيه على حكم فهو تقريريا ،اما الفسخ بقوة القانون يكون لإستحالة تنفيذه.

و من خلال تطرقنا لأنواع الفسخ رأينا أن هناك تفاصيل كثيرة تأخذ فوق محمل الجد لتقرير الفسخ ، و يستنتج من ذلك أن القانون و القضاء دائما يشجع الأطراف على تنفيذ العقد إذ أن الهدف من نشأة أو إبرام العقود هو تنفيذها فهذا يعتبر الأصل في العقود لأن الفسخ هو إستثناء فقط لحماية الطرف الدائن بصفته الطرف الضعيف أو المعرض للضرر المحدق من جراء عدم تنفيذ الإلتزام و ما ينتج عنه ، و من جهة أخرى لأنه بالإستقرار و إستمرار العلاقات و المعاملات يزدهر و يتطور المجتمع و ايضا من أجل إشباع حاجياته.

.

يترتب على فسخ العقد اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، اي زوال العقد و ذلك سواء كان الفسخ بحكم القانون او قضائي او اتفاقي ، و هذا زوال للعقد. يكون بالنسبة للمستقبل ، وكذلك بالنسبة للماضي ، اي يعتبر العقد كان لم يكن من وقت انعقاده ،وهذا يكون فقط في العقود الفورية ، أما العقود الزمنية لا يكون لفسخ العقد اثر رجعي لاستحالة الرجوع فيما تم تنفيذ منها.

رجوع الدائن على المدين بالوفاء أو التنفيذ باداء المدين لدينه بهذا المقابل ، في حين أن رجوع الدائن على المدين بدعوى الفسخ ، و الحكم له بفسخ العقد يترتب عليه زوال العقد و انقضائه.

المشرع على أن نرى التي و ج.م.ق من 120 المادة بنص تتعلق فهي المجال هذا في نراها التي الاقتراحات اما. من اعفاء على الاتفاق للمتعاقدين تسمح فقرة إضافة ذلك و ، القوانين باقي و يتفق بما تعديلها ضرورة الجزائري في الحق للمتعاقدين كان ان و بانه يقضي الذي القانوني المنطق و الاتفاقي الفسخ طبيعة و يتفق ذلك ،لان الاعذار حرية من حد فيه ذلك بغير القول و ، الاعذار على يتفقا أن لذلك تبعا لهما يجوز فانه ، الفسخ على الاتفاق .قانوني منطق دون المتعاقدين .

المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

الكتب الفقهية

اولا : الكتب العامة

1. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة ، مطبعة مصر ، القاهرة.1945
2. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر.2005
3. _همام محمد محمود زهران ، الاصول العامة للإلتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة 2004.
4. ___عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام، مصادر الإلتزام ،المجلد الثاني ، منشورات الحلبي ، الطبعة الثالثة ، بيروت.2001
5. علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة السادسة ، سنة.2005
6. علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة العقد ،موفم للنشر ، الجزائر ، سنة.2001
7. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام ، مقارنته بالفقه الاسلامي ،طبعة الثانية ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد.1963
8. _عبد المجيد الحكيم، و الاخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الإلتزام الجزء الأول ، بيروت.2012
9. _**ثانيا: الكتب المتخصصة**
1. _انور طلبة ،انحلال العقد ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر 2004
2. عبد الكريم بلعيور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،سنة 1986.

3. _جميل الشرقاوي ، النظرية العامة في الالتزامات ، مصادر الالتزامات، دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة 1995.

4. _حسن علي الدنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي و القانون المدني ،دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الاول ، القاهرة.1946

5. _عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ،النظرية العامة للإلتزامات منشورات محمد الدالية بيروت د،س.ن .

6. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء ،ط،3،منشاة المعارف ،الاسكندرية ،1997

الرسائل العلمية :

اطروحة دكتوراه:

عبد المجيد الطيب ،نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في فسخ العقد ،(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري),اطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية ،العقود و المسؤولية في الشريعة و القانون ،كلية العلوم الاسلامية ، جامعة الجزائر 1،بن يوسف بن خدة ،2018

رسائل الماجستير :

1. _حنتيب عمار، التعسف في إستعمال حق الفسخ في العقود ، مذكرة ماجستير ، قانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1 ، بن يوسف بن خدة.2015

2. بن خدة حمرة ، مظاهر تاثير القانون المدني الجزائري بالشريعة الاسلامية ، مذكرة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة ابوبكر بلقايد ،.2008

3. حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة ماجستير ،قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2011

4. كردالي صالح ،الابراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية،معهد الحقوق و العلوم الادارية،جامعة الجزائر،1987.

رسائل الماستر

1. بلقاسم رازي ، ممارسة الدائن لحق الفسخ ،مذكرة الماستر ،قانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2020

2. جوهري سعيدة ،سلطة القاضي في فسخ العقد ،مذكرة الماستر ،العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة اكلي محند اولحاج ، البويرة ،2013
3. سويح سميرة،،الفسخ الاتفاقي في القانون المدني، مذكرة الماستر،قانون الخاص المعمق،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة احمد بوقرة ، بومرداس 2020
4. طالبي وليد ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري. مذكرة الماستر،قانون الاعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ،2018
5. عبير حسين احمد ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة لنيل شهادة البكالريوس في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الديالي، مصر ، 2017
6. كسيلي مخلوف ، انحلال العقد مذكرة الماستر ، القانون الخاص الداخلي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ميلود معمري ،تيزي، وزو ،2016
7. لتيقي فيروز ، انحلال العقد بالفسخ ،مذكرة الماستر ، القانون الخاص القضائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم 2021 ،

3الملتقى الوطني:

يزيد بوحليط ، تأثير مبادىء الشريعة الاسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني الجزائري ، ملتقى وطني حول القانون المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري و مواكبة حركة التشريع العالمية ,كلية الحقوق و العلوم السياسية ، مجمع هيليوبوليس ،26نوفمبر2019

خامسا : المقالات

1. _امير طالب هادي التيميمي، الفسخ الجزئي للعقد ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، . العراق ،1. العدد6 ,4 ، حزيران2016
2. عسالي عرعار ، السبب الاجنبي في المادتين 2/ 128,138 ، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية و السياسية العدد الثاني. د.س.ن
3. فريد عبد المعز فرج، آثار التنفيذ بمقابل آثار الفسخ) دراسة مقارنة (مجلة الشريعة و القانون.2018

_4شامل سليمان عسلة، الآثار القانونية للفسخ القضائي ، مجلة الدراسات الاسلامية و العربية ، المجلد السابع العدد..32

سادسا : المحاضرات

بدري جمال ، محاضرات في مادة انهاء الرابطة العقدية ، قانون العقود و المسؤولية ، طور ثاني ماستر.2021

فهرس المحتويات

إهداء ..... أ

إهداء ..... **ب**

قائمة بأهم المختصرات: ..... **د**

مقدمة **1**

الفصل الأول: النظام القانوني للفسخ و اساسه القانوني.

المطلب الأول: معنى الفسخ..... 5

الفرع الأول: المعنى اللغوي..... 6

الفرع الثاني: المعنى القانوني..... 7

المطلب الثاني:تعريف الفسخ عند بعض التشريعات و تمييزه عنالأنظمة القانونية المشابهة له **8**

الفرع الأول: فسخ العقد عند بعض التشريعات : 9

أولا: فسخ العقد في القانون الروماني..... 9

ثانيا: فسخ العقد في القانون الكنسي **9**

ثالثا: فسخ العقد في الفقه الإسلامي..... 10

خامسا: الفسخ في القانون الجزائري..... 11

الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الأنظمة القانونية المشابهة له **11**

أولاً: الفسخ 11

ثانيا: البطلان..... 12

البطلان المطلق: **14**

البطلان النسبي:..... 14

ثالثا: الانفساخ 16

رابعا: الإبطال 16

خامسا : الانحلال 17

سادسا :عدم النفاذ:..... 17

المبحث الثاني: الأساس القانوني للفسخ..... 18

أولا ؛ تأسيس الفسخ على أساس نظرية الشروط 18

1:الشرط الفاسخ الصريح. 19

2:الشرط الفاسخ الضمني 20

ثانيا :فكرة العدالة كأساس الفسخ 22

ثالثا: فكرة ترابط الالتزامات كأساس الفسخ 23
رابعا:نظرية السبب كأساس الفسخ 25
خامسا: موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات 26

الفصل الثاني: تقسيمات الفسخ وأساسه القانوني و اثاره

المبحث الاول : الشروط القانونية الفسخ وتقسيماته. 28
المطلب الأول : الشروط القانونية الفسخ 28
الفرع الأول : شروط متعلقة بطالب الفسخ..... 28
أولا :وفاء طالب الفسخ بالتزامه..... 28
ثانيا: عدم تنازل المتعاقد عن حقه في الفسخ 30
الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالعقد المراد فسخه..... 31
أولا :ان يكون العقد ملزم للجانبين. 31
ثانيا: أن يكون احد المتعاقدين قد اخل بالتزامه..... 34
المطلب الثاني: تقسيمات الفسخ 38
الفرع الاول: الفسخ القضائي 38
أولا : تعريف الفسخ القضائي..... 38
اجراءات القضائية للفسخ:..... 43
اولا: ضرورة الاعذار. 43
ثانيا: صاحب الحق في رفع دعوى الفسخ..... 44
ثالثا: ضرورة صدور الحكم بالفسخ. 44
سلطة القاضي في الحكم بالفسخ: 45
الفرع الثاني : الفسخ الإتفاقي..... 46
أولا: تعريف الفسخ الإتفاقي..... 46
ثانيا : إجراءات و شروط الفسخ الإتفاقي 46
إجراءات الفسخ الاتفاقي 48
_1أنواع الشرط الفاسخ 49
شروط الإنفساخ..... 50
أثار فسخ العقد بقوة القانون..... 51
المبحث الثاني: الاثار القانونية للفسخ..... 52
المطلب الأول:آثار الفسخ بين المتعاقدين..... 52

الفرع الأول:خضوع الدائن لقاعدة زوال العقد باثر رجعي. 52
الفرع الثاني:خضوع المدين لقاعدة زوال العقد باثر رجعي 54
الفرع الثالث:.الاثر الرجعي للفسخ في عقود المدة. 57
الفرع الرابع:حكم استحالة اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها 58
المطلب الثاني :أثر الفسخ بالنسبة للغير 59
خاتمة **67**
قائمة المصادر و المراجع: **78**

الملخص:

ان الفسخ هو حق يستعمله الدائن للتحلل من الرابطة التعاقدية و كذا التخلص من التزاماته في حالة تخلف المدين عن تنفيذ الالتزامات التى وقعت على عاتقه في العقد ،و لا بد من توافر شروط معينة لكي يتسنى للدائن المطالبة بالفسخ بكل انواعه سواء القضائي او الاتفاقي او بقوة القانون و كذا اتباع اجراءات معينة للحصول على حكم يقضي بالفسخ ، و قد اخذت التشريعات الحديثة بنظام الفسخ و ناقشت ميكانزمات الثانوية و القضائية التي تحكم الفسخ في القانون المدني الجزائري

La résiliation est un droit dont dispose le créancier pour déroger au lien contractuel, ainsi que pour se débarrasser de ses obligations en cas de non-exécution par le débiteur des obligations qu'il a assumées dans le contrat, et certaines conditions doivent être remplies dans injonction au créancier de réclamer la résiliation de toute nature, qu'elle soit judiciaire ou consensuelle ou de force de loi En plus de suivre certaines procédures pour obtenir une décision qui requiert l'annulation, la législation moderne a adopté le système de l'annulation et discuté des mécanismes secondaires et judiciaires qui régissent l'annulation dans le Code civil algérien.

The termination is a right used by the creditor to derogate from the contractual bond, as well as to get rid of his obligations in the event that the debtor fails to implement the obligations that he assumed in the contract, and certain conditions must be met in order for the creditor to claim the termination of all kinds, whether judicial or consensual or by force of law As well as following certain procedures to obtain a ruling that requires annulment, and modern legislation has adopted the annulment system and discussed secondary and judicial mechanisms that govern annulment in the Algerian Civil Code.