

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة أمحمد بوقرة بومرداس



كلية الحقوق بودواو  
قسم القانون الخاص

أحكام فسخ العقد في القانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في

تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذة:

لعجال لامية

- إعداد الطلبة:

- هشيش صارة سكورة

- العمراوي مريم

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب:	الرتبة	الجامعة	الصفة
		جامعة بومرداس	
		جامعة بومرداس	
		جامعة بومرداس	

السنة الجامعية: 2025/2024

## شكر وتقدير

الحمد لله الذي يسر البدايات وأكمل النهايات وبلغنا الغايات والحمد لله ما تم جهد إلا

بعونه وما ختم سعي إلا بفضله

الشكر أولاً لله عز وجل القائل في محكم كتابه العزيز لأن شكرتم لأزيدنكم

الحمد لله الذي وفقنا بمشيئته إلى إتمام هذا العمل وأن نتقدم بخالص الشكر لكل من قدم

يد العون وساهم معنا ولو بكلمة أو إشارة حول موضوعنا

نخص بالشكر الأستاذة الفاضلة \_ لعجال ل\_ التي قامت بحسن الإشراف على هذا العمل

وتوجيهنا

نقدم شكرنا وتقديرنا أيضاً إلى أعضاء لجنة المناقشة وعلى رأسهم رئيس اللجنة

شكراً لنا لتمسكنا بحلم التخرج ومواصلة المسير رغم الصعاب وها نحن

اليوم نقطف ثمار ما زرعناه معاً.

الإهداء

إلى والداي

إلى أخواتي وأخي

إلى كل من دعمني وساندني في سنوات دراستي

إلى كل من علمني ولم يبخل علي بالعطاء في هذه الرحلة

أهدي لكم هذا العمل

هشيش صارة

## الإهداء

الحمد لله حبا وشكرا و إمتنان على البدء والختام، " وأخر دعواتهم أن الحمد لله رب العالمين".

في البداية الشكر والحمد لله جل في علاه فإليه ينسب الفضل كله في إكمال هذا العمل وتوفيقه لنا.

لم تكن الرحلة قصيرة ولا الطريق محفوا بالتسهيلات, لكنني فعلتها فالحمد لله الذي يسر البدايات و بلغنا النهايات بفضله وكرمه.

وبعد هذا الحمد لله أهدي هذا النجاح لنفسي أولا التي ابدت بطموح وانتهت بنجاح, وإلى والدي العزيزين و إخوتي فإن كان هذا الإنجاز يحسب لي, فإنه بالقدر ذاته يحسب لكم.

و أخيرا من قال أنا لها " نالها " وأنا لها وإن أبت رغما عنها أتيت بها ماكنت لأفعل هذا لولا توفيق الله عزوجل، الحمد لله الذي به خيرا وأملا وأغرقنا سرورا وفرحا ينسيني مشقتي.

العمراوي مريم

## قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ج: جزء

د ب ن: دون بلد النشر

د د ن: دون دار النشر

د س: دون سنة

د ط: دون طبعة

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق م م: القانون المدني المصري

ص: صفحة

ط: طبعة

م: المادة



مقدمة

## مقدمة

إن العقد هو عبارة عن توافق ارادتين أو أكثر على تحقيق أثر قانوني، هذا الأثر قد يكون عبارة عن إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

ويعتبر الأداة الأساسية في تنظيم المعاملات بين الافراد حيث يعبر عن الإرادة الحرة للأطراف على تحقيق الأثر القانوني.

وقد حظي العقد بمكانة هامة في الفكر القانوني منذ الازل فهو يجسد مبدأ سلطان الإرادة فهو تعبير لحرية الانسان في التصرف بشؤونه والاتفاق على ما يطابق رغبته في حدود ما نص عليه القانون، لذا فالعقد هو الوسيلة التي تنظم معظم المعاملات اليومية سواءا كانت مدنية أو تجارية بين الأفراد وفي المؤسسات أيضا، فالعقد يقوم على ثلاثة عناصر أساسية وهي وجود ارادتين أو أكثر، ثم توافق إرادتي الأطراف وتطابقهما، واتجاه ارادتهما إلى احداث الأثر قانوني المراد.

غير أنه إذا تم تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد إذا كان عقد ملزم لجانبين أو تنفيذ الالتزام الوحيد إذا كان عقد ملزم لجانب، أي عن طريق الوفاء بها ينقضي العقد وهذا هو الطريق الطبيعي لزواله.

لكن الظروف المحيطة بالمتعاقدين ليست ثابتة حيث يمكن أن تطرأ ظروف استثنائية أو يتقاعس أو يخل أحدهم في تنفيذ التزاماته حيث إذا لم يتم تنفيذ الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين. هنا يصبح من الضروري لوجود الية قانونية تضمن للدائن الحفاظ على حقوقه وتعيد التوازن بين المتعاقدين، ومن بين الاليات القانونية نجد إمكانية انحلال العقد عن طريق الفسخ.

فيعتبر الفسخ من أهم النظم القانونية التي حظت باهتمام العديد من لفقهاء رجال القانون منذ القد ، فهم نظام قانوني يمنح للطرف المتضرر الحق فهذا في الانحلال من العقد و زوال الرابطة العقدية التي تجمعها الطرف الاخر بعد نشوءها إما قبل تمام تنفيذ العقد أو قبل البدء في تنفيذه ، حيث يقوم باستعادة الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد قدر المستطاع ، فهو اجراء ينهي العلاقة التعاقدية اما باتفاق الأطراف او بناءا على حكم قضائي او بمجرد اعلان من الطرف المتضرر في بعض الحالات التي يسمح بها القانون ، و بما أن الفسخ عبارة عن استثناء عن على قاعدة احترام الالتزامات التعاقدية فالمشرع وضع له شروطا و إجراءات معينة يجب التقيد بها.

نرى أهمية دراسة فسخ العقد في القانون المدني الجزائري يكمن في كون العقد يحتل مكانة واسعة في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية الموجودة في الواقع والكثير من المتعاقدين يلجئون للفسخ عند اخلال الطرف الاخر بالتزاماته أو استحالة تنفيذها لأنه يرجع لهم حقوقهم، كما أن الفسخ يعكس مدى محاولة القانون في خلق توازن بين احترام الإرادة التعاقدية وضمان العدالة بين المتعاقدين.

الأسباب والدوافع التي أدت بنا إلى اختيار هذا الموضوع ودراسته في مذكرة تخرجنا هو كونه في نطاق تخصصنا، كما أننا درسناه سابقا في طور الليسانس ولكن بطريقة سطحية وعامة نوعا ما لذلك قررنا أن يكون موضوع مذكرتنا ونتمكن من أن نتفصل فيه أكثر.

الأهداف التي نسعى إلى تحقيقها تتمثل في:

- توضيح مفهوم الفسخ وتمييزه عما يشابهه من أنظمة قانونية أخرى
- تبيان شروطه وأنواعه

-تحليل الاثار القانونية المترتبة عنه بالنسبة لأطراف العقد وللغير

ومن هذا المنطلق تتمثل الإشكالية في: هل فسخ العقد يضمن توازن الإرادة التعاقدية والعدالة بين المتعاقدين؟

ولدراسة هذا الموضوع ومعالجة التساؤلات المطروحة تم الاعتماد على هذه المناهج وهي المنهج الوصفي والتحليلي من خلالها حاولنا ابراز أحكام فسخ العقد في القانون المدني الجزائري قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين:

الفصل الأول يتناول مفهوم فسخ العقد

والفصل الثاني يتناول طرق الفسخ واثاره

الفصل الأول : مفهوم

فسخ العقد

## الفصل الأول: مفهوم فسخ العقد

سنتناول في المبحث الأول من هذا الفصل إلى تعريف الفسخ في التشريع والفقهاء ثم تمييزه عن الأنظمة المشابهة له، ثم سننتقل في المبحث الثاني إلى تاريخ الفسخ كيف نشأ بداية من الحضارة الرومانية ثم في الحضارات الأخرى وأساس قسام نظريته ثم سنتناول شروطه

**المبحث الأول: تعريف فسخ العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.**

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الفسخ بالنسبة للمشرع الجزائري والتشريعات المقارنة، وسنرى ما الذي يميز الفسخ عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له.

**المطلب الأول: تعريف فسخ العقد**

سنتناول في هذا المطلب تعريف فسخ العقد بدءا بتعريف المشرع الجزائري وكيف عرفته التشريعات الأخرى له ثم نرى الفقه كيف عرفه.

**الفرع الأول: التعريف القانوني لفسخ العقد**

ان المشرع الجزائري لم يعرف فسخ العقد في القانون المدني رقم 07\_05 المعدل والمتمم الا انه اكتفى بتبيان نوع العقود التي يسري عليها الفسخ وحالات اللجوء له وانواعه وشروطه واثاره هذا ما نستخلصه فيما ورد في الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود القسم الرابع من هذا الكتاب المعنون بانحلال العقد من المادة 119 إلى المادة 123 حيث نص في المادة 119 فقرة 1 من ق م ج على انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. "

" ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات. " <sup>1</sup>

<sup>1</sup> المادة 119 من القانون المدني الجزائري رقم 07\_05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 ماي سنة 2007 المعدل والمتمم

فالفسخ من منظور هذه المادة خاصة الفقرة 1 انه نظام قانوني يرد على العقود الملزمة للجانبين و هي العقود التي تكون فيها التزامات الأطراف متقابلة<sup>1</sup>, بحيث يعتبر كل طرف في العقد دائئا و مدينا في نفس الوقت مثال على هذا عقد البيع حيث يكون البائع دائئا للمشتري بتسليمه الشيء المبيع و مدينا له بتسلمه الثمن و المشتري دائئا للبائع بأن ينقل له ملكية الشيء المبيع و مدينا له بدفع الثمن.

عل عكس العقود الملزمة لجانب واحد حيث يكون أحد أطراف العقد دائئا والآخر مدينا له مثل عقد الهبة اين يكون الواهب وحده هو الدائن بالنسبة للموهوب له بان ينقل له ملكية الشيء الموهوب وفي المقابل الموهوب له ليس ملزما باي شيء اتجاه الدائن الواهب.<sup>2</sup> حيث نجد هنا ان الفسخ يرد فقط على العقود الملزمة لجانبين عند اخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية جاز للطرف المقابل المطالبة بفسخ العقد هذا ما سنتناوله بالتفصيل في بحثنا.

كما يتبين لنا من نص المادة السالفة الذكر ان الفسخ هو جزاء قانوني يلجا اليه أحد أطراف العقد في حالة اخلال الطرف الاخر بالتزاماته وعدم تنفيذها الى المطالبة اما بالتنفيذ العيني للعقد إذا كان ممكنا او بإزالة كل العقد ويتحلل هو أيضا من التزاماته بصفة قانونية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الثاني، ط2 ، دار هومة ، د ب ن، 2015 2016 ص 886

<sup>2</sup> \_سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، ج1، د ط، دار الجامعة الجديدة، د ب ن، 2005 ص 74  
75

<sup>3</sup> \_ العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع السابق ص 880

كما نفهم منها أيضا أن المتعاقد أيضا الحق في أن يلجأ للفسخ في الحالات التي لا يريد فيها أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ<sup>1</sup> أو أن يكون قد تمسك به لكن لم يجدي نفعاً.<sup>2</sup> فالمشرع أعطى الحرية للدائن في اختيار ما يناسبه.

بالرغم من عدم إعطاء المشرع تعريفاً لفسخ العقد بطريقة مباشرة إلا أننا مما سبق ذكره من الشروط التي أوردها في الفقرة 1 من المادة 119 يمكننا أن نستنتج أن الفسخ نظام قانوني يرد على العقود الملزمة لجانبين حيث يلجأ إليه المتعاقد بعد اذار المتعاقد الآخر للمطالبة بإزالة العقد بصفة كلية وهذا لعدم وفاء المتعاقد الآخر لالتزاماته.

ونجد أن المشرع المصري قد نص على الفسخ في المادة 157 فقرة الأولى من القانون المدني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه."<sup>3</sup>

ونجد أن المشرع المصري قد نص على الفسخ في المادة 157 فقرة الأولى من القانون المدني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه."<sup>7</sup>

ومضمون هذه المادة ليس فيها اختلاف عما جاءت به المادة 119 من ق م ج حيث نرى أن كلا المشرعين الجزائري والمصري أخذوا بنفس الشروط الأساسية لتطبيق الفسخ دون إعطائه تعريفاً دقيقاً خاصاً به.

<sup>1</sup> \_ الدفع بعدم التنفيذ يكون في العقود الملزمة للجانبين في الحالة التي يخل فيها المدين بتنفيذ التزاماته يتم وقف تنفيذ الالتزامات لكن العقد يبقى قائماً أي وقف مؤقت ولا ينحل، فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه على الدائن المتمسك بهذا الدفع أيضاً أن ينفذ التزامه بدوره فليس هناك معنى من بقاءه متمسكاً بعدم التنفيذ، وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن طلب فسخ العقد والتحلل من التزاماته. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج

1، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004 ص 298 299

<sup>2</sup> \_ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع السابق، ص 318 319

<sup>3</sup> \_ القانون المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948

أما المشرع الفرنسي فهو الأخير أيضا لم يعطي تعريفا للفسخ. حتى أنه لم يجعل نظرية عامة للفسخ بل نص على الفسخ في نصوص قانونية متفرقة وبالرغم من هذا فإن القوانين الحديثة قد أخذت عنه م من بينها المشرع الجزائري<sup>1</sup>

حيث جاء في مفاد المادة 1126 من ق م ف بعد التعديل أنه "يجوز للدائن، و على مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار، و في غير حالة الإستعجال ، يجب عليه أولا إعدار المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة . يتضمن الإخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في الفسخ. إذا استمر عدم التنفيذ، يحظر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره."<sup>2</sup>

استنادا لما ورد في نص هذه المادة المشرع الفرنسي لم يعرف لنا الفسخ. إلا أنه أخذ بمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة كقاعدة عامة للفسخ وليس كاستثناء على عكس ما كان معمول به قبل التعديل حيث كانت تنص في المادة 1184 قبل التعديل أن الأصل في الفسخ هو الفسخ القضائي أي أن الدائن عليه اللجوء للقضاء والفسخ لا يتقرر إلا بحكم القضاء أما الفسخ بالإرادة المنفردة يقصد به أن الدائن إذا لم التزامه يمكن للدائن بعد إعداره أن يقوم بجل الرابطة العقدية بإرادته المنفردة.

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بليور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، د ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر

1986 ، 2002 ص 52

<sup>2</sup> \_ القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016 بالأمر رقم 131\_2016

والمشرع الفرنسي أبقى في الفقرة 2 من المادة 1126 من ق م ف على الدور الوقائي للقاضي في حالة قيام المدين برفع على الدائن بسبب هذا الفسخ الذي قام به بإرادته المنفردة.<sup>1</sup>

نرى من خلال ما سبق ذكره أن الفرق بين ما أخذ به المشرع الجزائري والفرنسي هو المبدأ العام للفسخ، حيث أن الأصل في الفسخ في القانون المدني الجزائري هو كونه قضائي، أي على المدين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ بعد إعدار المدين، أما المبدأ الذي أخذ به المشرع الفرنسي هو مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة بعد إعدار المدين، ومن وجهة نظرنا أن المستحسن أن يكون الأصل هو اللجوء إلى القضاء كي لا يتم الوقوع في التعسف في استعمال الحق.

#### الفرع الثاني: التعريف الفقهي لفسخ العقد:

تم تعريف فسخ العقد على أنه " هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه. إذا لم يفي المتعاقد بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب حل الرابطة العقدية، كي يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه، وهكذا فإن الفسخ يعتبر بمثابة جزاء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_مروى محبوب بوكريس ، رعدة عليان ، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي ، دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 06 عدد 02 ، 2021 من الصفحة 86 إلى الصفحة 103 ، ص 98 و 99

<sup>2</sup> \_ محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، د ط، دار الجامعة الجديدة، د ب ن، 2005 ص 339

كما تم تعريفه أيضا بأنه " يقصد بفسخ العقد حل الرابطة العقدية قبل تنفيذ العقد أو قبل تمام تنفيذه بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته. " <sup>1</sup>

وتم تعريفه أيضا بأنه " الفسخ نظام قانوني يقوم الى جوار المسؤولية العقدية، و هو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبته العقد من التزامات في ذمته ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، في أن يطالب متى لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية، و زوال اثارها بأثر رجعي، فيتخلص من الالتزامات التي فرضها عليه. " <sup>2</sup>

من التعاريف السابقة يتبين لنا أن الفسخ هو عبارة عن انحلال للرابطة العقدية التي تنشأ بعد اتفاق الأطراف وتطابق ارادتهما على احداث أثر قانوني هذا بعد استيفاء العقد لكل اركانه من رضا محل سبب وشكلية إذا نص عليها القانون كذلك على العقد أن يستوفي كل شروط صحته. وتتمثل عملية الانحلال عن طريق الفسخ هذه بإزالة كل الاثار المترتبة عن العقد سواءا ما ترتب عنها في الماضي و ما سيجري في المستقبل أو قد يقتصر أثرها على المستقبل فقط <sup>3</sup>

ويقتصر الامر هنا على العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد كما سبق وأشارنا إليه.

و بالرغم من أن نص المادة 106 من ق م ج نصت على أنه " العقد شريعة المتعاقدين , فلا يجوز نقضه , ولا تعديله , إلا باتفاق الطرفين , أو للأسباب التي يقرها القانون " <sup>4</sup>

والذي نستخلصه من هذه المادة أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينقض العقد أي التحلل منه أو يعدله أي يقوم بتعديل بنود العقد بإلغاء بعضها أو إضافة بنود جديدة بإرادته المنفردة

<sup>1</sup> \_ محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في مصادر الإلتزام، الجزء الأول، د ط، د د ن، د ب ن، 1988 ص 219

<sup>2</sup> \_ العربي بلحاج مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع السابق، ص 882

<sup>3</sup> \_ علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، د ب ن، 2013، ص 456

<sup>4</sup> \_ القانون المدني الجزائري

ألا أن هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة العامة وهذا حماية للطرف المتضرر من العقد حيث أنه إذا لم تقاعس الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته جاز للطرف المقابل أن يطالب بفسخ العقد بأحد طرق الفسخ التي نص عليها المشرع.

وهذا بعد أن يقوم بأعذار المدين ، له أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك<sup>1</sup> مع إمكانية الطرفين على استبعاد الاعذار.<sup>2</sup>

لكن ما يحصل عادة بأن يختار و يفضل المتعاقد اللجوء الى الفسخ للتحلل من الرابطة العقدية بسبب طول مدة إجراءات التنفيذ العيني الجبري أو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض و عدم التحصل على نتيجة جراء الدفع بعدم التنفيذ بسبب تماطل المدين سيئ النية مما يسبب له ضررا فيكون الحل الأمثل له هنا هو المطالبة بالفسخ.<sup>3</sup>

وهكذا يتحرر طالب الفسخ أيضا من التزاماته.

<sup>1</sup> \_ علي فيلاي، الالتزامات، نفس المرجع السابق، ص 457

<sup>2</sup> \_ العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع السابق ص 887

<sup>3</sup> \_ محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام نفس المرجع السابق ، ص 339

**المطلب الثاني: تمييز الفسخ عن الأنظمة المشابهة له.**

يعد الفسخ من الوسائل القانونية الهامة التي تهدف الى حماية القوة الملزمة للعقد باعتباره قاعدة عامة تضمن تنفيذ الالتزامات والى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين بصفة خاصة لكنه ليس النظام الوحيد لتحقيق تلك المصلحة فهناك أنظمة قانونية أخرى تحقق نفس الغرض قد تؤدي الى انهاء العلاقة التعاقدية وبما ان الفسخ يرتبط بعدد من الأنظمة القانونية المختلفة فقد رأينا انه من الضروري التطرق اليها وعرضها بطريقة مقارنة بتوضيح أوجه التشابه والاختلاف فيما بينهم وذلك على النحو التالي:

**الفرع الاول: تمييز الفسخ عن الانفساخ.**

يعتبر العقد أهم وسيلة لتنظيم العلاقات بين الافراد، حيث تهدف الى انشاء التزامات متقابلة يفترض أن تنفذ طبقا لما اتفق عليه الأطراف إلا أن هناك في بعض الحالات يمكن أن يشهد إخلالا في تنفيذ العقد والالتزامات الناشئة عنه أو استحالة تنفيذه أيضا وهنا يظهر الفسخ والانفساخ كطريقتين لإنهاء العقد بطريقة قانونية حيث توجد هناك فروق قانونية بينهما نوضحها على النحو التالي:

**أولا: أوجه الشبه .**

يعد كلاهما وسيلة لإنهاء العلاقة التعاقدية عند الإخلال الناشئ عن العقد وإعتبره كأن يكن ويشمل كلاهما كل من العقود الملزمة للجانبين.

**ثانيا: أوجه الإختلاف.**

1/ من حيث السبب:

الفسخ هو حل الرابطة التعاقدية بسبب عدم تنفيذ احد لالتزامه, رغم قيام العقد صحيحا و مستوفيا لكل شروطه و أركانه حسب المادة 119 ق م , أما عن الانفساخ هو إنهاء العقد بقوة القانون و ذلك لسبب استحالة التنفيذ<sup>1</sup>, أي بسبب أجني كقوة القاهرة

2/ من حيث الإعذار:

لا محل لإعذار المدين في الانفساخ لأن الإعذار لا يكون إلا إذا كان التنفيذ ممكنا على حين أن الالتزام بحسب الفرض قد ستحال تنفيذه, بينما في الفسخ يجب أن يقوم الدائن بإعذار الطرف الاخر طبقا لنص المادة 1/119ق م.<sup>2</sup>

3/ من حيث التعويض:

لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض، لأن عدم تنفيذ التزام مرجعه سبب اجني لا بد للمدين فيه فحين أنه يجوز للدائن الحصول على التعويض إذا كان هناك مقتضى لذلك.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ

عند إخلال بتنفيذ التزامات التعاقدية, يجد المتعاقد المتضرر نفسه أمام عدة وسائل قانونية لحماية مصالحه من بينها الفسخ و الدفع بعدم التنفيذ الا ان لكل منهما طبيعة خاصة به مما يقتضي التمييز بينهما لتبيان أوجه التشابه والاختلاف.

<sup>1</sup>-تعد استحالة التنفيذ من أسباب التي تؤدي الإنحلال العقد ونعني بها تعذر تنفيذ الالتزام بشكل نهائي ويشترط أن تكون الإستحالة ناشئة بعد إبرام العقد أي بعد إنعقاده بشكل صحيح وذلك لأسباب خارجة عن إرادة المدين ويعتبر السبب الأجنبي كالقوة القاهرة مثلا أبرز صور هذه الإستحالة ويشترط في القوة القاهرة أو سبب الأجنبي أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه ولاتجنبه مما يجعل تنفيذ الالتزام مسحيا فيفسخ العقد بقوة القانون دون ان يسأل المدين عن التعويض.

<sup>2</sup>-العربي بلحاج -المرجع السابق-ص493

<sup>3</sup>-امجد حسين منصور-المرجع السابق-ص468

أولاً: أوجه الشبه

كلاهما يعد وسيلة من وسائل حماية الدائن من تصرفات المدين (أي حماية الطرف المتضرر من تنفيذ التزامه في ظل عدم وفاء الطرف الاخر) وأيضاً يعتبران وسيلة لانحلال الرابطة التعاقدية.

ثانياً: أوجه الاختلاف

1/ من حيث الأثر القانوني:

يؤدي الفسخ الى حل العقد بأثر رجعي حيث تزول الالتزامات التي نشأت عنه قبل فيصبح العقد لا وجود له من الناحية القانونية أي إعادة الأطراف الى الحالة التي كانت عليه قبل التعاقد، اما الدفع بعدم التنفيذ فيؤدي الى وقف تنفيذ الالتزام وبالتالي هو اجراء تأجيلي تتوقف الالتزامات على أثره ولكنها لا تزول.<sup>1</sup>

2/ من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

الفسخ لا يتم الا عبر تدخل للفصل في مسألة الإخلال بالعقد وذلك بعد التحقق من جسامته الإخلال ومن ثم يصدر حكماً بفسخه متى ثبتت الشروط القانونية لذلك، مالم يكن هناك شرط أو اتفاق مسبق في العقد ينص على فسخ العقد دون اللجوء الى الذي يقدره هو المتعاقد وليس القاضي حيث لا حاجة الى رفع دعوى في هذا الشأن وإذ عارض المتعاقد الاخر في استعماله اقتصر دور القاضي على التحقق من شروطه ثم يقوم بإقراره من عدمه.<sup>2</sup>

3/ من حيث الاعذار:

<sup>1</sup> - عبد الكريم بلعبيور - المرجع السابق - ص 156

<sup>2</sup> - عبد الكريم بلعبيور - المرجع السابق - ص 156

الاعذار يعد شرطا أساسيا كقاعدة عامة, إذ لا يمكن للدائن أن يطالب بالفسخ الا بعد توجيه اعذارا للمدين وهذا ما تقضي به نصوص المادة 119 و120 ق م<sup>1</sup> وأما الدفع بعدم التنفيذ لا يشترط الاعذار ذلك أن الدفع بحد ذاته يعتبر اعذارا وهذا ما تضمنته نص المادة 123 ق م<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: تمييز الفسخ عن البطلان .

توجد عدة فروق بين البطلان والفسخ من عدة نواح قانونية وهو ما سيتبين في الآتي: أولا: أوجه التشابه

يتفقان أن كلاهما يزيلان الرابطة التعاقدية وأيضا يهدفان الى حماية مصلحة الدائن

### ثانيا: أوجه الاختلاف.

تختلفان في الأوجه التالية:

1/ من حيث السبب: الفسخ سببه راجع إلى الإخلال بالتزامات التعاقدية بعد قيام عقد صحيح , أما البطلان فسببه عيب أصاب العقد في احد أركانه (التراضي-المحل-السبب-الشكلية في العقود), أو شرط من شروط صحته (الاهلية-سلامة الإرادة)<sup>3</sup>.

2/ من حيث النطاق:

لا يطبق الفسخ الا عندما يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين, ما البطلان فينطبق على كل من العقود الملزمة للجانبين او ملزما لجانب واحد و عليه يمكن القول أن مجال تطبيق نظرية البطلان أوسع بكثير من نظرية الفسخ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -راجع المادة 119 و120 من القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> -راجع المادة 123 من القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> -العربي بلحاج -نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) - دراسة مقارنة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - د س ن، ص332

<sup>4</sup> -عبد الكريم بلعير، نفس المرجع السابق ، ص123

### الفرع الرابع: تمييز الفسخ عن الإبطال.

يعد العقد أداة قانونية تنظم العلاقات بين الأفراد ويقوم على تبادل إرادتين متطابقتين وتنشئ التزامات متقابلة غير أن هذه العلاقة التعاقدية قد تتعرض لخلل إما منذ نشأتها بسبب عيب في الإرادة أو الأهلية ويكون الجزاء في هذه الحالة هو الإبطال، وقد يحدث إخلال نتيجة عدم تنفيذ لأحد المتعاقدين لالتزامه ويكون الجزاء هو الفسخ وعلى الرغم من أن كلاهما يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية إلى أن هناك اختلافات بينهم نوضحها كما يلي:

#### أولاً: أوجه الشبه.

يشبه الفسخ والإبطال أن كلا منهما يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي بحيث يعاد المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

#### ثانياً: أوجه الاختلاف.

##### 1 / من حيث السبب:

يرد الفسخ على على عقد نشأ صحيحاً لكن أن أحد الطرفين أخل بالتزامه فيطالب الطرف الآخر بفسخ العقد كجزاء للإخلال، أما الإبطال يرد على عقد نشأ غير صحيح أي كان معيباً منذ البداية كأن يكون أحد الطرفين ناقص الأهلية أو عدم سلامة الإرادة لوجود أحد عيوب الرضا.<sup>1</sup>

##### 2 / من حيث طبيعة الإجراء:

يختلف الفسخ عن الإبطال في أن الحكم به جوازي للقاضي إلا إذا إتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أما في الإبطال فإذا طلبه من شرع الإبطال لمصلحته وجب على القاضي أن يحكم به.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2003 ص109.

3 / من حيث التقادم:

دعوى الفسخ تسقط بتقادم عشر سنين من يوم بلوغ القاصر سن الرشد أو اكتشاف العيب الذي اعترى الإرادة، بينما دعوى الفسخ لا تسقط إلا بمضي 15 سنة.

## المبحث الثاني: تاريخ الفسخ وأساس نظرية فسخ العقد و شروطه .

سنتناول في هذا المبحث المراحل التي مر بها فسخ العقد حتى أصبح نظاما أخذت به معظم التشريعات الحديثة، بعدها سنرى ما هي النظريات القانونية التي يقوم عليها، بعدها سننتقل لتبيان الشروط الأساسية لتطبيقه.

### المطلب الأول: تاريخ الفسخ وأساس نظرية الفسخ.

لقد مر الفسخ بعدة مراحل تاريخية عبر الزمن في عدة حضارات مجتمعات وحتى نتبين لنا أصل الأسس التي تقوم عليها نظرية الفسخ وكيف أصبح على ما هو عليه في يومنا هذا كنظام قانوني أخذت به معظم التشريعات

### الفرع الأول: تاريخ الفسخ.

لقد مر الفسخ بعدة مراحل تاريخية عبر الزمن في عدة حضارات مجتمعات وحتى نتبين لنا أصل الأسس التي تقوم عليها نظرية الفسخ وكيف أصبح على ما هو عليه في يومنا هذا كنظام قانوني أخذت به معظم التشريعات.

### أولا: الفسخ في القانون الروماني.

كان عقد البيع في القانون الروماني عبارة عن تبادل للسلع أي سلعة مقابل سلعة بعدها أصبح عبارة عن تبادل سلعة بثمن نقدي، وبعد أن كان عقد شكلي أصبح عقد رضائي، وبالتالي التزامات الأطراف هي التزام بنقل ملكية المبيع مقابل الالتزام بدفع الثمن.

بعدها ظهر البيع لأجل أين أصبح البائع يجيز للمشتري التأخر في دفع الثمن أي يمنحه أجلا و كان للبائع فقط الحق في المطالبة بدفع الثمن ولا يستطيع أن يطالب باسترجاع المبيع

إذا كان قد قام بتسليمه و لا يمكنه أن يطالب بفسخ العقد و التحلل من التزاماته هذا ما كان يسبب ضررا للبائع حيث يخسر الثمن و المبيع معا ، بعدها جاءوا بوسيلة تحمي البائع أين كان يتم بوضع شرط في عقد البيع يجعل تسليم المبيع يكون على سبيل الحيازة المؤقتة إلى حين قيام المشتري بتنفيذ التزامه و في حالة عدم دفعه للثمن يجوز للبائع أن يرفع عليه دعوى استرداد المبيع بعد حلول الأجل.

كما جاءوا أيضا بوسيلة لصالح البائع وهي تسليم المبيع للمشتري على سبيل التأجير حيث يعتبر مستأجرا ولا تنتقل له الملكية حتى يدفع الثمن وإلا يسترجع المبيع بما أنه هو مالكة. إلا أن هذه الوسائل كانت فيها جوانب مضرّة للدائن بسبب انه يمكن أن تطول المدة حتى يتسلم الثمن لذلك جو بعد ظهور عدة تطورات بسبب تقاعس المشتري عن تنفيذ التزامه ظهر الشرط الفاسخ الصريح الذي كان يتم ادراجه في العقد.<sup>1</sup> والذي يقصد به انه ذلك الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام، وإذا تخلف أصبح الالتزام باثا.<sup>2</sup>

إلا إن الشرط الفاسخ في القانون الروماني كان في مصلحة البائع فقط حيث جاء لحمايته عند اخلال المشتري بالتزاماته.

ولم تكن هناك نصوص قانونية تجيز للمشتري فسخ عقد البيع إذا لم يسلم البائع الشيء المبيع له، فكان له إما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه وهو دفع الثمن، أو أن يطالب باسترجاع الثمن الذي دفعه على أساس دعوى التنفيذ بالإضافة على تعويضه.

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعور ، نفس الرجوع السابق ، ص 21

<sup>2</sup> \_ حملاوي دغيش ، الشرط كوصف للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 24 العدد 01 ، 2024 ، من صفحة 234 إلى 251 ، ص 239

أما في حالة امتناع البائع لالتزامه بتسليم الشيء المبيع لسبب أجنبي هنا ليس للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزامه ولا بالتعويض وليس له أن يسترد الثمن الذي دفعه ويبقى ملزما بدفع الثمن حتى ولو لم يحصل على الأداء المقابل حيث لم تكن هناك نظرية عامة للفسخ.

1

### ثانيا: الفسخ في القانون الكنسي.

لقد ظهرت نظرية الفسخ في القرن الثاني عند فقهاء الكنيسة على أساس قاعدة شهيرة وهي أن " جزاء الإخلال بالتزام اخلال مثله، بحيث نادى فقهاء الكنيسة بأن نظرية الفسخ تطبق في كل مجالات الحياة سواءا كان بسبب عدم تنفيذ أو احترام واجب قانوني أو أخلاقي أو اتفاقي أي المهم وجود علاقة بين الطرفين مهما كان مصدرها وهذا هو الشرط الوحيد لتطبيق نظرية الفسخ، فالفسخ كان بقوة القانون ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء إلا لتنفيذ اثاره.

بعدها تطورت نظرية الفسخ على يد (ايناسون الثالث عشر) و هي افتراض وجود شرط فاسخ ضمني و هنا أخذ الفسخ طابعا عقديا عكس ما كان يقوم عليه وفقا لقاعدة جزاء الإخلال بالتزام اخلال مثله نهما كان مصدر الالتزام ، و الفسخ هنا كان يطبق فقط على الحالات التي لا ينفذ المدين التزامه باختياره ، فاذا كان سبب هذا الإخلال القوة القاهرة فلا يجوز للدائن فسخ العقد ، فالقيد الأول الذي جيء به لتطبيق نظرية الفسخ أن يكون مصدر الالتزام عقدي كذلك تم اشتراط أن هذه الالتزامات التعاقدية مترابطة أن هناك تقابل بين الالتزامين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعبور ، نفس المرجع السابق ، ص 22 و 23

<sup>2</sup> \_ عبد الكريم بلعبور، نفس المرجع السابق، ص 44 و 45 و 46

### ثالثا: الفسخ في القانون الفرنسي.

في القانون الفرنسي القديم لقد كان يعتبر الفسخ شرطا (شرط فاسخ صريح) يجب أن يدرج في عقد البيع حتى يتمكن البائع من الاستفادة منه في حالة عدم دفع المشتري للثمن وإلا فليس له إلا المطالبة بتنفيذ العقد، هذا ما جعل رجال الكنيسة يعملون على انشاء نظرية للفسخ باعتبارها امتداد لنظرية الدفع بعدم التنفيذ حيث اجازوا للدائن أنه إذا لم ينفذ المدين التزامه جاز له أن يتمتع بتنفيذ التزامه المقابل وأيضا أجازوا له أن يطالب بالفسخ.<sup>1</sup>

ومع استمرار الحال هكذا وشاع هذا الشرط في كل العقود ، هذا ما أدى إلى أن يصبح الشرط الفاسخ الصريح مفترضا عند عدم التنفيذ أي يأخذ به ضمنا حيث تمت إجازة فسخ العقود حتى لو لم تتضمن هذا الشرط.<sup>2</sup>

أما في قانون نابوليون فتم ذكر في المادة 1184 أن الشرط الفاسخ هو شرط يفهم ضمنا في العقود الملزمة للجانبين حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه.<sup>3</sup>

### رابعا: الفسخ في الإسلام.

لقد عرف الفقه الإسلامي فسخ العقد قبل الحضارات الأخرى بما فيها الرومانية و الفرنسية و قبل القوانين المدنية الحديثة أيضا ، تحت ما يطلق عليه بفكرة حل ارتباط العقد ، حيث اذا لم يفي احد اطراف العقد بالتزاماته جاز للطرف الاخر أن يحل ارتباطه التعاقدى عن طريق الفسخ حيث أن قواعد العدل و الانصاف لا تسمح بأن يبقى أحد المتعاقدين مقيدا بالارتباط العقدي في حين أن الطرف الاخر لم يقدم ما يقابل هذا الارتباط بدون سب بجدي ، فيكون

<sup>1</sup> \_ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، د ط، منشئة المعارف الإسكندرية، 1997 مصر ص

<sup>2</sup> \_ عبد الكريم بلعبور، نفس المرجع السابق، ص 52

<sup>3</sup> \_ article 1184 \_ 1 code civil francais

له أن الحق بالتحلل من الالتزامات العقدية عن طريق الفسخ ، و الفسخ هنا يكون لديه اثر رجعي إلا في العقود التي يستحيل لإعادة الأطراف فيها إلى الحالة التي كانا عليها كالعقود الزمنية ، لكن الأصل في الفقه الإسلامي هو التنفيذ العيني فالدائن عليه أن يجبر المدين على التنفيذ قبل اللجوء إلى الفسخ .<sup>1</sup>

بالرغم أن الفسخ أصبح نظاما قانونيا في وقتنا الحالي حيث أخذت به معظم التشريعات الحديثة إلا أن الأساس الذي يبنى عليه الحق في الفسخ لا يزال محل خلاف فقهي فهناك من أسسه على الشرط الفاسخ الصريح وآخرون على أساس الشرط الفاسخ الضمني و هناك من يرى أنه يقوم على فكرة السبب و آخرون على فكرة العدالة و هناك من أسسه أيضا على أساس الارتباط و الأداء المقابل هذا ما سنتطرق اليه في هذا المبحث.

### الفرع الثاني: أساس قيام نظرية الفسخ.

ظهرت عدة نظريات حول الأساس القانوني في تأسيس الفسخ , قد ترد على الشرط الفاسخ الصريح كأساس لنظرية الفسخ (أولا), وأيضا قد تقوم على أساس الشرط الضمني (ثانيا) كما يمكن تأسيسها على السبب كأساس لنظرية فسخ العقد (ثالثا), وأيضا قد تقوم على فكرة العدالة كأساس للفسخ (رابعا) , وأخيرا قد ترد على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كأساس لنظرية الفسخ (خامسا) وهذا ما سنوضحه في الفرع الآتي:

<sup>1</sup> \_ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، نفس المرجع السابق ، ص 883 و 884

### أولاً: الشرط الفاسخ الصريح كأساس لنظرية الفسخ

إن الشرط بصفة عامة هو أمر مستقبل محتمل الوقوع ، حين وقوعه إما يصبح الالتزام موجود أو يزول<sup>1</sup> ، فإذا كانت نتيجة وقوع الشرط تحقق الالتزام وإذا لم يتحقق انعدام الالتزام يعتبر شرطاً واقفاً ، أما إذا كانت نتيجة تحقق الشرط هي زوال الالتزام وإذا تخلف أصبح الالتزام بائناً فيعتبر شرطاً فاسخاً.<sup>2</sup>

أما الشرط الفاسخ الصريح هو الشرط الذي يدرجه المتعاقدان صراحة في العقد على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته دون الحاجة إلى حكم قضائي و دون الخضوع للسلطة التقديرية للقاضي ، و هذا بعد القيام بالإعذار كما يمكن الاتفاق صراحة أيضاً على الإعفاء من الإعذار.<sup>3</sup>

الرومان هم أول من أسس الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الصريح حيث يجب على المتعاقدين إدراج شرط في العقد على أنه إذا لم ينفذ أحد الأطراف التزامه جاز للطرف الآخر بفسخ العقد، أما في حالة ما إذا لم يوضع شرط صريح فلا يحق لأحد الأطراف طلب فسخ العقد، هذا ما كان قد اخذ به الرومان أول مرة ثم أخذ به الفقه الفرنسي القديم بعدها.<sup>4</sup>

من وجهة نظرنا الشرط الفاسخ الصريح لا يمكن أن يكون هو الأساس لنظرية فسخ العقد بسبب أن معظم التشريعات الحديثة لم تضع مادة قانونية تجبر المتعاقدين على إدراج شرط الفسخ حتى يتمكن الأطراف من فسخ العقد في حالة إخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته، وإنما هو حق ممنوح للدائن في التحلل من التزاماته إذا لم يفي المدين بالتزاماته المقابلة.

<sup>1</sup> \_ محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003 ، ص 15

<sup>2</sup> \_ حملاوي دغيش، نفس المرجع السابق ص 239

<sup>3</sup> \_ محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، نفس المرجع السابق، ص 16

<sup>4</sup> \_ عبد الكريم بلعيور، نفس المرجع السابق ، ص 88

## ثانياً: الشرط الفاسخ الضمني كأساس لنظرية فسخ العقد

الشرط الفاسخ الضمني يقصد به أنه في كل العقود الملزمة للجانبين يجوز أن يتم فسخها عند تخلف أحد الطرفين من تنفيذ التزاماته وهذا راجع إلى الارتباط القائم في العقد الملزم للجانبين في التزامات كلا الأطراف حتى لو لم يضعها شرطاً صريحاً في العقد يقضي بذلك على أساس أن إرادتهما اتجهت أنه هناك شرطاً يقضي بفسخ العقد إذا أخل أحدهما بالتزاماته حتى لو لم ينص عليه، وهذا تحت مبدأ حسن النية الذي يعود أصل هذا المبدأ أو الفكرة إلى الفقه الكنسي حين أراد أن يطبق نظرية الفسخ على العقود الملزمة للجانبين كان ينظر إليها على أنها تقوم على مبدأ حسن النية و أن هذا الشرط موجود و يرتبط بميعاد تطبيقه عند عدم التنفيذ<sup>1</sup> والفقه الفرنسي القديم قالوا بأن العقد يفسخ إذا لم تنفذ الالتزامات الناشئة عنه حتى لو لم يتضمن العقد شرطاً يقضي بذلك فقانون نابليون في المادة 1183 في القانون المدني أخذوا بفكرة الشرط الفاسخ الضمني لكن هناك جانب من الفقه قال بأن هذا فهم خاطئ لكتابات دوما و بوتيه<sup>2</sup>، و أيضاً المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي الجديد المعدل سنة 2016 أخذ بها.<sup>3</sup>

لهذا اتجه فريق من الفقه إلى أن أساس نظرية الفسخ هي الشرط الفاسخ الضمني الذي يكون في العقود الملزمة للجانبين.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، أحكام الالتزام، ط 2، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 499

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع السابق، ص 304

<sup>3</sup> \_ أحمد نعمة عطية الشمري، الأسس الفنية لنظرية الفسخ، دراسة مقارنة بين التقنين الفرنسي لعام 2016 و القانون<sup>3</sup> المدني المصري و القانون المدني العراقي، مجلة المعهد العالي للدراسات النوعية، مجلد 3 عدد 15 يوليو 2023 من ( ص 4765 إلى ص 4815) ص 4792

<sup>4</sup> \_ عبد الكريم بلعبور، نفس المرجع السابق، ص 91 و 92

لكن هناك انتقادات وجهت لهذه النظرية بسبب أنها لو كانت هي أساس الفسخ فلا حاجة للتوجه إلى القضاء و تقديم طلب للفسخ ، و ما كانت هناك حاجة لوضع شرط صريح يقضي بالفسخ في حالة تحلف أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه، هذا ما يجعل هذه النظرية تتضارب مع الواقع حيث يجب على التوجه إلى القضاء لطلب الفسخ ، و للقاضي السلطة التقديرية في القبول أو الرفض.<sup>1</sup>

مما سبق ذكره يتبين لنا أن هناك جانب من الفقه يأسس نظرية الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني نحن نرى بأن هذه النظرية ولو لم يستقر الفقه عليها لما تحمله من تضارب مع الواقع إلا أنها تجدي نفعاً أن هذا الشرط الفاسخ الضمني يمنح شعور بالأمان بمعرفته أنه لم ينفذ المتعاقد معه التزامه سيتمكن من التحلل هو أيضاً من التزاماته على أساس الارتباط بين التزامات الطرفين حتى لو لم يضعاه في بنود العقد.

إلا أنه وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية من بينها أن الواقع يقضي بأن هذا الشرط لا يمكن أن يكون أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه دون اللجوء للقضاء إلا لو وضع الأطراف بند في العقد يقضي بذلك ، و للقاضي السلطة التقديرية في قبول الطلب بالفسخ من عدمه أو منح أجل للمدين و للمدين أيضاً تنفيذ التزامه كي لا يتم الفسخ كما يمكن للدائن أيضاً العدول عن طلب الفسخ.<sup>2</sup>

وبالتالي لا يمكن الأخذ بالشرط الفاسخ الضمني كأساس لنظرية فسخ العقد.

<sup>1</sup> \_ احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر

الإلتزام ، د ط، بيروت ، لبنان ص 695

<sup>2</sup> \_ العربي بلحاج ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، نفس المرجع السابق ، ص 885

### ثالثاً: السبب كأساس لنظرية فسخ العقد

السبب هنا كأساس لنظرية الالتزام ليس السبب المنشئ و الذي يقصد به المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده ككون العقد مثلاً سبباً في نقل الملكية<sup>1</sup> ولا يقصد بالسبب أيضاً الباعث الدافع والذي يقصد به ذلك الدافع النفسي الذي بسببه قرر المتعاقد أن يبرم العقد و الذي يختلف من شخص لآخر فهو أمر شخصي و يختلف من عقد لآخر، و بما أنه أمر نفسي مرتبط بالشخص و ليس له علاقة بالعقد<sup>2</sup> فليس هذا هو السبب المقصود هنا و فكرة السبب الدافع هذه نادى بها القضاء لأول مرة عند اشتد الصراع بين الفقهاء ، لكن لا يمكن اعتباره أساساً لتنفيذ الالتزامات العقدية بما أنه أصلاً لا يرتبط بالعقد.<sup>3</sup>

أما السبب القصدي فهو الغاية التي يهدف إليها المتعاقد من إبرامه للعقد في العقود الملزمة للجانبين وهي أن التزام كل متعاقد هو السبب في التزام المتعاقد الآخر ففي عقد البيع مثلاً السبب الذي من أجله التزم البائع بنقل الملكية للمشتري هي السبب بدفع المشتري للثمن، والتزام المشتري بدفع الثمن هو نفسه سبب التزام البائع بتسليم الشيء محل البيع ونقل ملكيته<sup>4</sup> حيث قامت نظرية السبب هنا بالربط بين الالتزامات المتقابلة ليس في مرحلة تكوين العقد فقط بل حتى في مرحلة تنفيذه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعير، نفس المرجع السابق ص 95

<sup>2</sup> \_ درماش بن عزوز، نظرية السبب و العدالة التعاقدية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، دون عدد و طبعة و سنة، من (ص 403 إلى ص 417) ص 407

<sup>3</sup> \_ عبد الكريم بلعير ، نفس المرجع السابق ، 96

<sup>4</sup> \_ عبد الكريم بلعير، نفس المرجع السابق، ص 97 و 98

<sup>5</sup> \_ محمد عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع السابق ، ص 169

والأمر الذي أدى إلى أن تتجه فئة كبيرة من الفقه إلى أن السبب القسدي هو الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ هو أن تنفيذ الالتزام المقابل هو السبب الذي يدفع المتعاقد إلى تنفيذ الالتزام العقدي<sup>1</sup> كما أن الدكتور بلحاج العربي يرى بأن أساس الفسخ هو نظرية السبب أو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وهذا يعود إلى أنه إذا لم يتم احد المتعاقدين من تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد.<sup>2</sup>

حقيقة هذا ما يدفع المتعاقد الى فسخ العقد فإذا لم يتحقق السبب من ابرامه للعقد وتحمل الالتزامات الناتجة عنه لا يكون هناك معنى من التعاقد، فنحن نرى أن هذه النظرية يمكن أن تكون هي النظرية الصحيحة التي يتأسس عليها الفسخ لكنها أيضا لم تسلم من الانتقادات من بين الانتقادات التي جاءت عليها أنه جزاء تخلف السبب هو البطلان وليس فسخ العقد<sup>3</sup> ، بما أن السبب يعتبر ركن من أركان العقد فاذا تخلف مصير العقد هو البطلان.

وأیضا إذا تم القول بأن السبب هو أساس نظرية الفسخ يؤدي إلى قبول الفسخ بسبب عدم تنفيذ الالتزام حتى لو كان هذا الالتزام بسبب قوة قاهرة.<sup>4</sup>

أي بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد لأن السبب في تنفيذ التزامه وهو تنفيذ المدين لالتزامه المقابل لم يتحقق إذا يقوم بفسخ العقد مهما كان السبب وهذا لا يتماشى مع فكرة انفساخ العقد و التي تطبق عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب قوة قاهرة أو لسبب اجنبي لا يد للمدين و الذي يكون فيه اختلافات في تطبيقه و شوطه و اثره عن الفسخ .

<sup>1</sup> \_ أحمد نعمة عطية الشمري، نفس المرجع السابق، 4798

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 886

<sup>3</sup> \_ أحمد نعمة عطية الشمري، نفس المرجع السابق، ص 4798

<sup>4</sup> \_ عمر علي الشامي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص 21

كما أن إذا تم القول بأن السبب هو أساس الفسخ و عند تخلفه يتم الفسخ فإن السلطة التقديرية للقاضي تنقيد و لا يبقى له المجال لتطبيق لرفض طلب الفسخ في حين أن القانون المدني الجزائري خول للقاضي سلطة رفض طلب الفسخ<sup>1</sup> في المادة 119 التي تنص أنه " في لعقود الملزمة للجانبين ، إذا لو يوف أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين. " <sup>2</sup>

#### رابعاً: فكرة العدالة كأساس للفسخ.

بعدما تم انتقاد النظريات السابقة اتجه جانب من الفقه بالقول أن فكرة العدالة هي الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ. والعدالة في العقود الملزمة للجانبين هي عدم الزام طرف في العقد بتنفيذ التزامه مادام الطرف الآخر لم ينفذ التزامه ، و بالتالي الإبقاء على العقد لا يحقق فكرة العدالة التي تحكم المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين عند ابرام العقد و عند تنفيذه ، فهذا النوع من العقود لا جدوى في تكوينه تكويناً صحيحاً إذا لم يتم تنفيذه من الجانبين<sup>3</sup> و هذا من أجل تحقيق التوازن في الالتزامات العقدية، فبمفهوم العدالة هنا أنه عند اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فإنه من الظلم اجبار الطرف الآخر أن يقوم بدوره بتنفيذ التزامه المقابل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعور ، نفس المرجع السابق ، ص 99

<sup>2</sup> \_ المادة 119 من القانون المدني 07\_05

<sup>3</sup> \_ عبد الكريم بلعور ، نفس المرجع السابق ص 103

<sup>4</sup> \_ احمد نعمة عطية الشمري ، نفس المرجع السابق ، ص 4799

وطبقا لمفهوم فكرة العدالة هنا، لا يمكن ترك أحد المتعاقدين ملزما بتنفيذ العقد وحده بل من العدل اعطائه حق بالتحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد ، و بهذا تكون قد تحققت العدالة

1

لكن على طالب الفسخ هنا حتى يحقق العدالة يجب أن يكون مستعدا لتنفيذ التزامه ، فمن غير العادل ألا يكون هو بدوره مستعدا لتنفيذ التزامه لكنه يطالب بالفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه<sup>2</sup>

### خامسا: فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كأساس لنظرية الفسخ.

بما أن نظرية السبب قد تلقت عدة انتقادات من الفقهاء وكانت محل جدل فقهي لوقت طويل مما أدى إلى انكارها تماما ، فجاءت نظرية أخرى تحمل تقريبا نفس ما جاءت به نظرية السبب و هي فكرة ارتباط الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين ، فبعد أن ينشأ العقد الملزم للجانبين صحيحا مستوفيا لجميع شروطه و أركانه ، يصبح هناك ارتباط بين التزامات كلا المتعاقدين ، و تعتبر هذه الفكرة كعملية فنية في العقد الملزم للجانبين حيث كل التزام مرتبط بالتزام الذي يقابله أي أن رضا كل منهما على التزاماته يقوم على أساس أن الطرف الآخر أيضا مثقل بالتزامات معينة.<sup>3</sup>

نحن نرى بأن ليس هناك اختلاف بين هذه النظرية و نظرية السبب حيث كلاهما تأسس الفسخ على أساس الارتباط بين التزامات الطرفين بما أن كلا طرفي العقد يعتبر دائنا و مدينا في نفس الوقت ، فقط أن أنصار نظرية السبب يقولون بأن السبب في التزام كل طرف هو إلتزام

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعبور ، نفس المرجع السابق ، 104

<sup>2</sup> \_ شريف الطباخ ، الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية ، الطبعة الأولى ، دار العدالة للنشر و التوزيع ، القاهرة ،

2014 2015 ، ص 392

<sup>3</sup> \_ عبد الكريم بلعبور ، نفس المرجع السابق ، ص 111

الطرف الاخر و في حالة اخلال أحد الأطراف بالتزامه فالالتزام المقابل لا يحقق السبب في التزامه منه، لكن أصحاب نظرية ارتباط الالتزامات المتقابلة يرجعون أساس نظرتهم أن طبيعة العقود الملزمة للجانبين تستوجب أن كل طرف ينفذ التزام في مقابل أن ينفذ الطرف الاخر أيضا التزامه ، و اذا اختل التوازن بين الالتزامات المتقابلة فالجزاء يكون الفسخ.

والعديد من الفقهاء استقروا على أن هذه النظرية هي أساس الفسخ من بينهم الدكتور السنهوري الذي بين أن نظرية ارتباط الالتزامات المتقابلة هي أساس الفسخ حيث من الطبيعي و العادل أنه في هذا النوع من العقود الملزمة للجانبين جزاء الاخلال بالالتزامات إما الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ.<sup>1</sup>

فنقول أن فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين هي أساس الفسخ فالفسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام المقابل يفهم ضمناً في هذا النوع من العقود ، إذ أن في العقود الملزمة لجانب واحد لا يوجد فيها فسخ لأنه لا يتماشى مع طبيعة هذه العقود ، فالفسخ وجد لتحقيق العدل في العقود الملزمة للجانبين سواء كان فوري أو زمني محدد المدة أو زمني غير محدد المدة و نجد أن المشرع المصري قد أخذ بهذه الفكرة في المادة 157 من القانون المدني<sup>2</sup> التي نصت على أنه " في العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه. جاز للمتعاقد الاخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض، " <sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نفس المرجع السابق ص 696

<sup>2</sup> \_ أحمد نعمة عطية الشمري ، نفس المرجع السابق ، ص 4805

<sup>3</sup> \_ المادة 157 من القانون المدني المصري

كذلك المشع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني أين نص بأن " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك. " <sup>1</sup>

ما يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الارتباط بين الالتزامات المتقابلة حيث أعطى الحق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين في حالة لم يوفي المتعاقد الآخر بالتزامه يمكنه أن يقوم بالمطالبة بفسخه على أساس أن التزامه يصبح في هذه الحالة بدون معنى.

---

<sup>1</sup> \_ المادة 119 من القانون المدني الجزائري

المطلب الثاني: شروط فسخ العقد

يعد الفسخ أهم الجزاءات التي أقرها المشرع الجزائري لمواجهة كل إخلال من أحد المتعاقدين في تنفيذ العقد ونظرا لما يترتب الفسخ من اثار قانونية هامة فقد اشترط المشرع الجزائري لتحقيقه توافر مجموعة من الشروط الجوهرية أحدهما يتعلق بالعقد المراد فسخه وهو أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين (فرع 1) والثاني هو أن يكون هناك عدم تنفيذ من طرف أحد المتعاقدين (فرع 2) والثالث خاص بطالب الفسخ وهو ألا يكون مقصرا في تنفيذ التزامه و قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد (فرع 3).

الفرع الأول: أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين

هذا الشرط تصدر نص المادة 119 من ق م ج بنصها "في العقود الملزمة للجانبين، إذ لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى ذلك ."

حيث يشترط لوقوع الفسخ ان يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين أي العقود التبادلية، والعقد التبادلي هو الذي ينشأ التزامات متقابلة على كل من طرفي العقد، مثلا كعقد البيع حيث عرفه المشرع في المادة 351 من ق م بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

حيث يعد كل من البائع و المشتري دائنا و مدينا في نفس الوقت وينشأ العقد التزامات متقابلة فيما بينهم<sup>1</sup>، فيلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع ويلتزم المشتري مقابل ذلك بدفع ثمن الشيء المبيع , ويحق للبائع إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن أن يطلب إلى القضاء

<sup>1</sup>-حسينة- حمو ، انحلال العقد عن طريق الفسخ مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية،

كلية الحقوق و العلوم السياسية -جامعة مولود معمري تيزي وزو -الجزائر 2011 ص19

في دعوى يرفعها إليه الحكم سنتناوله في الفصل الثاني). ومثال أيضا عقد الإيجار ويعرف على أنه اتجاه إرادة المشتركة للأطراف المكونين لعقد الإيجار وهما المستأجر والمؤجر، حيث يلتزم بمقتضاه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المجردة لمدة معينة<sup>1</sup>، ومقابل ذلك يقوم المستأجر بتقديم مبلغ معين من المال متفق عليه مسبقا بين الأطراف بما يسمى بمقابل الإيجار وهذا حسب المادة 467 مكرر بموجب -القانون رقم 07-05<sup>2</sup>.

أما العقود التي تكون ملزمة لجانب واحد لا يمكن تصور الفسخ فيها حيث يوجد فيها طرفا واحدا وهو الملتزم، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ، بل مصلحته هي في طلب تنفيذ العقد إما في طلب التنفيذ العيني أو بمقابل<sup>3</sup>، ومثال على ذلك عقد الهبة<sup>4</sup> إذا امتنع الواهب عن تسليم الشيء الموهوب له، فإن طلب الفسخ لا يفيد الموهوب له و الطريق المناسب أو المفيد هو المطالبة قضاء بالتنفيذ.

### الفرع الثاني: أن يكون هناك عدم تنفيذ من أحد طرفي العقد.

يعد مبدأ تنفيذ الالتزامات التعاقدية حجر الأساس في قيام العلاقة التعاقدية واستمرارها، إلا أن كثيرا ما يشهد حالات يخل فيها أحد أطراف العقد بالتزامه وذلك يؤدي إلى إخلال بالتوازن العقدي حيث يظهر الفسخ كألية قانونية تهدف إلى إنهاء هذه العلاقة العقدية متى ثبت أن أحد

<sup>1</sup>-نبيل إبراهيم سعد العقود المسماة الإيجار الجزء الثاني دار النهضة العربية لبنان 1998 ص12

<sup>2</sup>-قانون رقم 07-05 المؤرخ في 24 ماي 2007 المعدل و المتمم للقانون المدني ج ر عدد 31

<sup>3</sup>-العربي بلحاج \_المرجع السابق -ص482

<sup>4</sup>-الهيئة عقد رضائي يتم بين الواهب و الموهوب له، وهي من عقود التبرعات يتنازل بموجبه الواهب عن كل أو بعض ممتلكاته أو ماله عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 202 من قانون الأسرة " الهبة عقد تملك بلا عوض، و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"

الأطراف لم يفي بالتزامه، سواء امتنع عن تنفيذ الالتزام أو تأخر عن تنفيذه أو نفذه بطريقة سيئة أو امتنع عن تنفيذ بقية الالتزام، ويكون ذلك إما بسبب المدين أي راجع إلى خطأ منه وليس بسبب أجنبي.

### أولاً: عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين.

يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين، أو لا يزال ممكناً ولم يقم المدين بالتنفيذ، ويستوي كذلك أن يكون عدم التنفيذ قد انصب على التزامات أساسية في العقد<sup>1</sup>، أو يكون وارداً على التزامات تبعية، ذلك أن العقود ترتب التزامات ليست على درجة واحدة من حيث الأهمية، فهناك التزامات رئيسية وهي جوهرية وضرورية لانعقاد القعد ومثال على ذلك عقد البيع حيث يلتزم البائع بالتزامات رئيسية تتمثل بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع في مقابل الثمن الذي يدفعه المشتري و يعد التخلف عن تنفيذ أي من أحد هذه الالتزامات إخلالاً جسيماً يبرر للمشتري المطالبة بالفسخ. أما الالتزامات التبعية التي تعد ملحقات بالتزامات العقد الأصلية كالتزام البائع بضمان عدم التعرض والاستحقاق، والتزام المؤجر في عقد لإيجار إلى جانب تمكين المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة بأن يكون هذا الانتفاع، انتفاعاً هادئاً خلال مدة الإيجار وكذلك ألا يكون في العين المؤجرة عيب ينقص من منفعتها، وفي نفس الوقت يلتزم المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة.

### ثانياً: عدم التنفيذ الجزئي:

لا يشترط في الفسخ أن يكون عدم التنفيذ كلياً، يمكن أن يكون جزئياً حيث يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية في حالة عدم التنفيذ الجزئي، حيث يقوم بتقييم مدى أهمية الجزء الغير المنفذ

<sup>1</sup> - عبد الكريم بليور، المرجع السابق -ص168

من الالتزام، هل هو جزء أساسي من الالتزام وهل هذا الجزء يقبل التجزئة، فله الحكم بالفسخ الكلي أو الجزئي أو برفضه<sup>1</sup>، كما قد يرى القاضي أيضا منح مهلة إضافية<sup>2</sup> للمدين لتنفيذ التزامه خاصة إذا كان التنفيذ الجزئي مبررا أو قابل للاستكمال.

### ثالثا: عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي:

إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا إلى سبب أجنبي فإننا لا نكون بصدد فسخ العقد بل بصدد الانفساخ (ما يعرف بانفساخ العقد بقوة القانون وسنتطرق إليه في الفصل الثاني في مطلب منه تحت عنوان أنواع الفسخ)، ومنه التزام المدين ينقضي وينقضي الالتزام المقابل له.<sup>3</sup>

الفرع الثالث: أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادرا على إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

يرد هذا الشرط في نص المادة 119 من ق م ج التي حددت الشروط الواجب توافرها لطلب الفسخ، ولكنه يستخلص من الآثار القانونية التي تترتب على الفسخ، فبما أن الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية بأثر رجعي بحيث يعود كل طرف إلى الوضع الذي كان عليه قبل إبرام العقد وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للعقد وهذا ما سوف نرى بالتفصيل في آثار الفسخ. ويترتب على هذا الشرط إلزام كل طرف بأن يرد ما تسلمه بموجب العقد، فإذا لم يكن طالب الفسخ قادرا على رد ما تسلمه، يصبح من غير الممكن تحقيق هذا الأثر، مما قد يؤثر على

<sup>1</sup> بلحاج العربي- المرجع السابق-ص486

<sup>2</sup> نص المشرع على سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بموجب نص المادة 210 من ق م ج " إذا تبين من الالتزام أن المدين لايقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي مياعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه"

<sup>3</sup> -حسينة حمو- المرجع السابق-ص22.

قبول طلب الفسخ وذلك حماية للطرف الآخر خاصة إذا كان قد نفذ التزاماته كاملة حيث إذا كان قد قبض أو تسلم شيئاً من المتعاقد الآخر كتنفيذ جزئي للعقد، ثم طلب فسخه لأن المتعاقد الآخر لم يتم بتقديم ما تبقى من الأجزاء الأخرى، أجابه القاضي إلى طلبه أي فسخ العقد لصالحه، فيجب عليه أن يكون قادراً على رد ما أحذه من المدعى عليه.<sup>1</sup>

كما يمكن للقاضي أن يمنح أجلاً للمدين إذا رأى أنه سيتمكن من تنفيذ التزامه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها والذي منح فيه القاضي للطرف المتخلف عن تنفيذ التزامه أجلاً إضافياً لتنفيذه وهذا بسبب وجود ظروف أمنية استثنائية دفعته لعدم تنفيذ التزامه.<sup>2</sup>

فإذا كانت إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد غير ممكنة من طرف طالب الفسخ، فإنه لا يجوز له المطالبة بفسخ العقد وإنما المطالبة بالتنفيذ وهو الطريق الذي لا يغلق أمامه من الناحية القانونية لأنه هو الأصل، وما الفسخ إلا طريق احتياطي يلجأ إليه كل متعاقد توافرت فيه شروطه القانونية، ومثال ذلك إذا قام أحد المتعاقدين بشراء كمية من البضاعة ثم باعها كلها أو استهلكها، فإنه لا يمكنه طلب فسخ عقد البيع إذ لم يعد بإمكانه إعادة ذات البضاعة إلى البائع إلا في حالة ما إذا عدم القدرة راجعاً إلى قوة قاهرة أو لسبب يرجع المدين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الكريم بليور - المرجع السابق - ص 171.

<sup>2</sup> - القرار رقم 212782 الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 12\_01\_2000، موضوعه منح أجل لعدم تنفيذ الالتزام، المجلة القضائية، العدد 1 سنة 2001 ص 114 تحت عنوان انحلال العقد، عدم تنفيذ الالتزام، منح أجل للمطعون ضدها لتنفيذ التزامها تطبيقاً للمادة 2/119 ق م ج

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني - العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دط، دار الهدى الجزائر - ص 351

وفي حالة ما إذا استحال على الدائن أو طالب الفسخ رد ما تسلمه عينا فإنه يجوز الحكم عليه بالتعويض طبقا للمادة 122<sup>1</sup> من ق م ج التي تقرر أن من يستحيل عليه تنفيذ الالتزام عينا يلزم بالتعويض.

وبناء على ما تقدم بيانه نستنتج هذا الشرط أساسي لفسخ العقد وذلك لتحقيق التوازن بين الطرفين بحيث لا يسمح لطالب الفسخ بالاحتفاظ بالمنافع التي اكتسبها من العقد وفي نفس الوقت يطالب بفسخ العقد ما لم يكن عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد راجعا الى سبب خارج عن إرادته.

من خلال دراسة الشروط التي تخص فسخ العقد , يتضح أن المشرع الجزائري لم يمنح الحق في الفسخ بطريقة مطلقة بل قيدها بجملة من الشروط و الضوابط تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي و حماية مصالح الطرفين ومنه نستنتج أن أولى هذه الشروط أن يكون العقد الراد فسخه ملزم لجانبين وذلك طبقا للمادة 119 من ق م ج لأن الفسخ مبني على فكرة الارتباط التي

<sup>1</sup>- المادة 122 من ق م ج " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد, فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

تكون بين الالتزامات المتقابلة, وأيضا يشترط أن يكون هناك إخلال من طرف أحد المتعاقدين بالتزامه ولم يوف به كليا أو جزئيا أو يكون قد تأخر في التنفيذ, ويبي ذلك اشتراط قدرة طالب الفسخ على إعادة الحال إلى م كانت عليه قبل التعاقد بما يضمن محو آثار العقد دون إضرار بالطرف الآخر.

## الفصل الثاني: طرق فسخ العقد وآثاره

## الفصل الثاني: طرق فسخ العقد وآثاره.

لقد حدد لنا المشرع الجزائري ثلاث أنواع أو طرق لفسخ وهي الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي والفسخ بحكم القانون لكل منها شروط وحالات والتي سنتناولها في المبحث الأول ويترتب على الفسخ سواء كان فسخا قضائيا أو اتفاقيا أو بحكم القانون إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تقضي بالتعويض وذلك طبقا للمادة 122 من ق م ج وهذا هو الأثر الرجعي للفسخ أي زوال العقد زوالا يترد أثره إلى وقت إبرامه فتتعدم جميع الآثار التي تولدت عنه، بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن كما هو الحال في الإبطال بل يمتد أيضا إلى الغير ذلك أن للفسخ أثر مطلق ويحتج به في مواجهة الكافة كقاعدة عامة. وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

فدراسة نواع الفسخ وآثاره قد قسمنا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول سنتناول فيه طرق الفسخ.

المبحث الثاني سنتناول فيه آثار الفسخ.

## المبحث الأول: طرق فسخ العقد.

هناك ثلاث طرق أولها الفسخ القضائي وهو الأصل (المطلب 1) ويطبق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على الفسخ , وثانيها الفسخ الإتفاقي (المطلب 2) , وأخيرا الانفساخ بقوة القانون بمجرد وقوع استحالة التنفيذ (المطلب 3).

## المطلب الأول: الفسخ القضائي.

إذا تبين أثناء تنفيذ العقد أن أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه سواء لم يتابع العمل الملتمزم بإتمامه أو أساء تنفيذه, حق للمتعاقد الآخر مراجعة القضاء وطلب فسخ العقد وإنهاء العلاقة التعاقدية مع الطرف الآخر المخل بالتزام, وهذا ما يعرف بالفسخ القضائي ويمكن تعريفه أيضا بأنه حل ارتباط العقد بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه في عقد ملزم للجانبين ويكون بناء على طلب يرفع من أحد المتعاقدين إلى القاضي يطلب فيه فسخ العقد. و معظم التشريعات جعلت الفسخ أمام القضاء هو الأصل و استثناءا فسخه بإرادة المتعاقدين (سيتم دراسة هذا النوع من الفسخ في المطلب الثاني ) حيث لا بد من تدخل القاضي من أجل حل الرابطة التعاقدية و استصدار حكم يقضي بذلك و ذلك طبقا للمادة 119<sup>1</sup> من ق م ج في فقرتها الأولى بما يلي " ... جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك " , والحكمة من جعل الفسخ القضائي هو الأصل تقاديا لما قد يقع من أحد المتعاقدين من ظلم إذا استعمل الفسخ بإرادته المنفردة إذ قد يعتمد تحقيق مصلحته على حساب المتعاقد الآخر بينما لو رفع الأمر إلى القضاء نجد أن للقاضي له سلطة تقديرية في الفسخ كما سنرى في موضعه لاحقا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تقابلها المادة 157 من القانون المدني المصري و المادة 177 من القانون العراقي .

<sup>2</sup> عبد الكريم بلعبور ، نفس المرجع السابق ص165

وعليه نقول أن لحدوث الفسخ القضائي يجب اللجوء إلى القضاء المختص من طرف الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ للمطالبة بحل العلاقة التعاقدية لكي يحق له التحلل من التزامه نحو المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه, و نظرا لما يترتب الفسخ من اثار قانونية هامة فقد اشترط المشرع الجزائري لتحقيقه توافر مجموعة من الشروط الجوهرية و هي نفسها الشروط التي تنطبق على الفسخ الاتفاقي و التي أشرنا اليها سابقا في الفصل الأول و هي كالتالي :

**الفرع الأول: شروط الفسخ القضائي .**

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

هذا الشرط تصدر نص المادة 119 من ق م ج بنصها "في العقود الملزمة للجانبين، إذ لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه, مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى ذلك ."

**ثانيا: أن يكون هناك عدم تنفيذ من أحد طرفي العقد.**

**1/عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين.**

**2 /عدم التنفيذ اما كلي او جزئي الجزئي**

**3 /عدم التنفيذ لا يرجع للسبب الأجنبي**

**ثالثا: أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادرا على إعادة الوضع إلى ماكان عليه قبل التعاقد.**

**الفرع الثاني: كيفية إيقاع الفسخ القضائي.**

إذا توافرت الشروط القانونية السابقة الذكر يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد و أيضا بإتباع مجموعة من الإجراءات القانونية المتمثلة في إعدار المدين (أولا ) ورفع دعوى الفسخ (ثانيا) و ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بالفسخ (ثالثا).

أولاً: ضرورة إعدار المدين.

عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته المترتبة عن العقد، ينشأ للدائن الحق في طلب فسخ العقد و يعد هذا الحق وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه غير أن نشوء هذا الحق يتطلب من الدائن اتباع إجراءات معينة فيجب عليه قبل طلب الفسخ أن يقوم بإعدار المتعاقد الآخر، حيث يعد الإعدار اجراء قانونيا ضروريا في حالة المطالبة بفسخ العقد إذ لا يمكن إثبات تقصير المدين بمجرد امتناعه عن تنفيذ التزامه وتأخره عن التنفيذ دون أن يوجه له إعدارا و هذا ما أكدته نص المادة 119 من ق م ج بنصها :

"جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...".

حيث نستنتج من نص المادة انه يشترط القانون للحكم بالفسخ أن يكون الدائن قد قام بإعدار المدين المقصر في تنفيذ التزامه طالبا إليه التنفيذ، وذلك أن الإعدار هو الذي يضع المدين موضع التقصير إذ لا يعتبر المدين متخلفا عن الوفاء إلا بعد الإعدار، و يشترط على المتعاقد أن يقوم بإعدار المدين أولا و ذلك قبل رفع الدعوى بطلب الفسخ حيث تكون الدعوى مسبوقه بإنذار<sup>1</sup> أفضل بالنسبة للدائن ، لأنها تحقق له نتائج لا تحققها الدعوى التي لم يسبقها مثل هذا الإجراء، إذ أن القاضي غالبا ما يستجيب لطلب الفسخ و الحكم بالتعويض و هو أمر على درجة من الأهمية إلى كل متعاقد مصر على الفسخ.

ففي عقد البيع مثلا لا يستطيع البائع طلب فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ المشتري التزامه بالوفاء بالثمن، إلا أعذر المشتري وطالبه بتنفيذ هذا الالتزام.

<sup>1</sup> - وفي هذا الشأن تنص المادة 180 من ق م ج " يكون إعدار المدين بإنذاره أو بها يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذورا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

والغرض من جعل توجيه الإعذار قبل رفع الدعوى أنه يمكن أن يبادر المدعي عليه بالتنفيذ فور إعلانه بعريضة افتتاح الدعوى حيث ستكون النتيجة في هذه الحالة هي رفض الدعوى وتحميل المدعي مصاريفها.

إلا أن هناك حالات يعفى فيها الدائن من هذا الإجراء، وهي الحالات التي ذكرتها المادة 181 من ق م ج بقولها " لا حاجة للإعذار في الحالات التالية "

أ- حالة ما إذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلا بفعل المدين

ب- حالة ما إذا كان محل الالتزام عبارة عن تعويض مترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية

ج- حالة ما إذا كان محل التزام المدين هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق

د- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

وعلة إعفائه أن الفائدة تنتفي عندئذ وما دام الغاية انتفت فلا داعي للوسيلة.

### ثانيا: رفع دعوى الفسخ.

يحدث في بعض الأحيان أن يحل أجل تنفيذ العقد دون أن يلتزم المدين بما يقع عليه من التزامات ويقوم الدائن بعد ذلك بإعذار مدينه وفقا لما يقتضيه القانون، إلا أنه وعلى الرغم من هذا الإعذار يستمر المدين في الامتناع عن التنفيذ لذلك يتوجب على الدائن إلى جانب إعذاره أن يرفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها فسخ العقد، و دعوى الفسخ لم تعرف في قانون إ م ج حتى الدعوى بصفة عامة غير أنه يمكن استنتاج تعريفها بأنها: حق الدائن في الالتجاء إلى القضاء من أجل مطالبة المدين بتنفيذ ما تضمنه العقد من التزامات ، وحصوله على الحماية القانونية اللازمة في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه.

<sup>1</sup>- تقابلها المادة 262 من القانون الأردني و 122 من القانون المصري .

حيث وضع المشرع مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى تتمثل فيما يلي:

### 1/ الشروط الشكلية:

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع لدى أمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف وهو ما نصت عليه المادة 14 من ق إ م إ و تكون العريضة مرفقة بكافة البيانات التي تتضمنها المادة 15<sup>1</sup> من نفس القانون.

### 2/ الشروط الموضوعية:

لا يجوز لأحد رفع دعوى أمام القضاء مالم يكن حائزا لصفة وله مصلحة<sup>2</sup> في ذلك وأيضا أهلية التقاضي.

<sup>1</sup> تنص المادة 15 من ق إ م إ ج " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى, تحت طائلة عدم قبولها شكلا, البيانات التالية:

1/الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى

2/ اسم ولقب المدعي وموطنه

3/اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأحر موطن له

4/ الإشارة إلى تسمية و طبيعة الشخص المعنوي, ومقره الاجتماعي, وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي

5/ عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى

6/الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

<sup>2</sup> المشرع الجزائري اشترط توفر عنصرى الصفة والمصلحة في نص المادة 13 من ق إ م إ بنصها " لا يجوز لأي شخص،

التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "

" يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه".

"كما يثير تلقائيا انعدام الإذن ما اشترطه القانون".

شرط الصفة شرط ضروري لقبول الدعوى ونقصد به صلاحية الفرد لمباشرة الإجراءات القضائية سواءا بنفسه أو باعتباره صاحب المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي أو عن طريق ممثله القانوني كالمحامي ,او أن يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة<sup>1</sup>.  
وأيضاً طالب الفسخ لا تقبل دعواه إلا إذا كانت له مصلحة ومنفعة من وراء رفعها إلى القضاء فهذه المنفعة تشكل الدافع من وراء الدعوى.

أم الأهلية فقد أحالها المشرع إلى المادة 1/64 من ق م إ م إ بنصها " حالات بطلان العقود الغير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:  
1/ انعدام الأهلية للخصوم.

2/ انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.  
وإن دعوى الفسخ لعدم التنفيذ للعقد تسقط طبقاً للقواعد العامة بمضي خمسة عشر سنة منذ وقت ثبوت الحق في الفسخ وهو وقت الإعذار وهو ما نصت عليه المادة 308 من ق م ج<sup>2</sup>.

### ثالثاً: ضرورة صدور حكم يقضي بالفسخ.

على الدائن الذي رفع دعوى الفسخ ألا يعتبر نفسه متحلاً من التزاماته نحو المدين بمجرد تحقق الشروط والإجراءات السابقة الذكر، بل لابد من صدور حكم يقضي بذلك.  
وتكمن ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بالفسخ أنه قد يحدث بعد رفع دعوى أن يقوم المدين بالتنفيذ، و بالتالي لا يكون هناك فسخ وقد لا يستجيب القاضي إلى طلب الفسخ بما أن له

<sup>1</sup> عبد الرحمان بربارة شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي الجزائر 2009 ص34.

<sup>2</sup> وهي نفس المادة بالنسبة للقانون المدني المصري و 30 سنة بالنسبة للقانون المدني الفرنسي طبقاً لأحكام المادة 2262 منه، أنظر في ذلك لطيفة أمازوز، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2001، ص453

سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ من عدمه، إضافة أيضا أنه الدائن الذي تقدم إلى القضاء بطلب الفسخ ، أن يعدل عن هذا الطلب و يتمسك بالتنفيذ وذلك قبل أن يصدر حكما يقضي بذلك، وعليه فإن الحكم القضائي يعد منشأ لحالة الفسخ وليس مجرد مقرر لها. وبعد تحديد كل من الإجراءات والشروط القانونية الواجب توافرها لا يقع الفسخ نقول أن القاضي غير ملزم بأن يحكم بالفسخ بل له سلطة تقديرية تتسع و تضيق حسب الظروف و الأحوال لذلك وجب استعراض مدى سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه.

### الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في إيقاع الفسخ.

إذا كان للمتعاقد الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزامه فهذا لا يعني أن القاضي مقيدا باختيار المتعاقد للفسخ بل له سلطة تقديرية واسعة طبقا لنص المادة 119 فقرة 2 من ق م ج بنصها "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

ونستنتج من نص المادة أن القاضي ليس مجبرا على الحكم بالفسخ مباشرة وإنما يجوز له أن يمنح المدين أجلا للقيام بالتنفيذ الذي لم يقم به قبل صدور الحكم بفسخ العقد، و أيضا يجوز له أن يرفض طلب الفسخ نهائيا وله أيضا أن يفسخ العقد فسحا جزئيا<sup>1</sup>.

وعليه نقسم دراسة هذا الجزء ( أولا) سلطة القاضي التقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ (ثانيا) سلطة القاضي في فسخ العقد جزئيا.

<sup>1</sup> - عبد الكريم بلعور ، المرجع السابق ص 179.

أولاً: سلطة القاضي التقديرية في منح الدين أجلاً للتنفيذ.

قد تتوفر للدائن الشروط القانونية لفسخ العقد، ويقوم بجميع الإجراءات الواجب إتباعها ليتحلل من الالتزامات التي رتبها على عاتقه، غير أن القاضي لا يحكم له فوراً بالفسخ وإنما يمنحه أجلاً<sup>1</sup> معيناً للقيام بالتنفيذ لعله يتراجع عن موقفه السابق ويقوم بتنفيذ ما عليه من التزامات لصالح المتعاقد طالب الفسخ، لأن الغرض الأصلي من إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها.

ولقد نص القانون المدني عن هذا الأجل زيادة عما جاء في نص المادة 119 السالفة الذكر نص المادة 281 فقرة 2 منه والتي تنص على ما يلي "غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

إن سلطة القاضي في منح أجل تنفيذ العقد هي في الواقع استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن لكل متعاقد الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المدين لالتزامه الواردة في نص المادة 1/119 من ق م ج، لكن زيادة على هذه المادة أورد المشرع المادة 2/281 السابقة الذكر ولكن أي المادتين تطبق عند منح الأجل بصدد دعوى الفسخ؟

الأجل الذي جاء به المادة 2/281 من ق م ج يكون بصدد دعوى التنفيذ وأساسه هو قواعد العدالة والتخفيف من شدة القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين الواردة في نص المادة 106<sup>2</sup> من ق م ج ومنه لا يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلاً في حالة دعوى المطالبة

<sup>1</sup> نص المشرع على سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بموجب نص المادة 210 من ق م ج بنصها "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي مياعداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

<sup>2</sup> تنص المادة 106 من ق م ج "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"

بالتنفيذ إلا في حالات خاصة تتطلبها حالته الاقتصادية والمالية و ألا يتعدى الأجل مدة سنة واحدة، و يعتبر الأجل الممنوح وفقا لدعوى التنفيذ من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعاده.

أما الأجل الممنوح وفقا لنص المادة 119 من ق م ج فنكون بصدد دعوى الفسخ وأساسه الحد من صرامة الفسخ ومفاده السعي من أجل الحافظة على بقاء العقد و تنفيذه إن أمكن ذلك، و أيضا يجوز الاتفاق على استبعاده خاصة في الفسخ الاتفاقي<sup>1</sup>.

غير أنه يوجد موانع تمنع القاضي في منح أجل للتنفيذ كحالة إذا كان المدين سيئ النية لا يجوز للقاضي أن يمهله لأن الأصل في تنفيذ العقد يكون بحسن نية طبقا للمادة 107<sup>2</sup> من ق م ج ، و أيضا حالة ما إذا كان المدين ملزما بعدم القيام بعمل و لكنه قام به إذ يصبح تنفيذ الالتزام الذي يرجوه الدائن و الذي تعاقد من أجله مستحيلا مما يجعل الأجل لا فائدة منه، وكذلك إذا التزم المدين بالقيام بعمل في وقت معين لا فائدة من إعطائه مهلة قضائية<sup>3</sup>.

ولقد نص القانون المدني عن هذا الأجل زيادة عما جاء في نص المادة 119 السالفة الذكر نص المادة 281 فقرة 2 منه والتي تنص على ما يلي "غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

ومثاله المشتري قد قصر في الوفاء بجزء قليل من الثمن بعد أن كان قد دفع معظمه، ومثال أيضا المقاول الذي نفذ جل التزامه فبنى 95 شقة من أصل 100، للقاضي أن يرفض الحكم بالفسخ ويلزم المقاول بالتنفيذ.

<sup>1</sup> لطيفة أماروز، نفس المرجع السابق ص 447.

<sup>2</sup> المادة 107 من ق م ج " يجب أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"

<sup>3</sup> عبد الكريم بلعير، نفس المرجع السابق ، ص 181.

ولكي يصل القاضي إلى معرفة عدم التنفيذ هل كان جسيماً يستعين على معيارين حسب الظروف والأحوال وهما:

### المعيار الأول: المعيار الشخصي.

متى عرض على القاضي النزاع للفصل طلب الفسخ فإنه يقتصر في تقديره على جسامته الإخلال بالالتزام على موقف الدائن ونظرته لأهمية الالتزام، فإذا وجد القاضي عدم التنفيذ حتى ولو كان جزئياً وكان ذلك الجزء على جانب من الأهمية بالنسبة للدائن حكم بالفسخ، حيث إذا كان العقد يحتوي على عدة التزامات، وأخل المدين بأحدهما ينظر القاضي إذا كان الالتزام الذي أخل به يعد في نظر الدائن أهم بند في العقد وإذا كان كذلك فالقاضي يعتبر هذا الإخلال كافياً للحكم بالفسخ<sup>1</sup>.

وبالتالي نية الدائن وتقديره للالتزام تلعب دوراً مهماً في قرار القاضي بشأن الفسخ القضائي حسب هذا المعيار.

### المعيار الثاني: المعيار الموضوعي.

المقصود من القواعد الموضوعية التي يستند إليها القاضي خلال بحثه في تقدير جسامته عدم التنفيذ، هو ألا يكون دائماً على أساس نظرة الدائن إلى مصلحته المعتدي عليها من طرف المتعاقد الآخر، بل لابد من الأخذ بعين الاعتبار بما يربته عدم التنفيذ من الاختلال في التوازن بالنسبة إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها حتى ولو لم يكن الدائن بالتزام لذي لم ينفذ يتوقع ذلك عند إبرامه العقد مع المتعاقد الآخر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يمكن إدراج تطبيقات هذا المعيار في عقد البيع حسب المادة 365 من ق م ج بنصها "...لايجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع، إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

<sup>2</sup> عبد الكريم بلعبيور، المرجع السابق ص 188

حيث نستنتج أنه لا يبنى الحكم بالفسخ فقط على مصلحة الدائن أو نيته بل يجب النظر أيضا إلى الإخلال على التوازن العام بين الالتزامات المتقابلة في العقد بمعنى أن القاضي عند تقدير جسامته الإخلال لا يسأل فقط هل تضرر الدائن وإنما يبحث هل الإخلال جعل العقد غير متوازن بين الطرفين وهذا حتى ولو أن الدائن عند توقيع العقد لم يكن يتوقع أن الإخلال سيؤثر بهذا الشكل على توازن العقد<sup>1</sup>.

لقد أورد المشرع الجزائري تطبيقا لهذا المعيار بصدد تنظيمه لعقد الإيجار إذ تنص المادة 477 من ق م ج منه على أنه "إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجزت في أجله أو طرأ على هذا الانتفاع نقص كبير، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو نقص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى ذلك"<sup>2</sup>

ثانيا: سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا جزئيا.

إن الفسخ الجزئي يتحقق عندما يقضي القاضي بفسخ جزء من العقد ويبقى بقية الأجزاء الأخرى، ويتحقق ذلك عندما يكون العقد قابلا للتجزئة لأن إذا كان العقد لا يقبل التجزئة يضطر القاضي إلى فسخه كليا أو رفضه كليا، حيث من المعروف أن في القواعد العامة لنظرية فسخ العقد تقضي بأن يكون الفسخ كليا للعقد لجميع أجزائه غير أنه يرد على الأصل استثناءا يجيز

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي نفس المرجع السابق، ص38

<sup>2</sup> تنظم هذه المادة حالة من حالات الإخلال بالالتزام للمؤجر في عقد الإيجار حيث تعد تطبيقا عمليا لمعيار جسامته الإخلال و أثره على التوازن العقدي، حيث إذا لم يتم تسليم العين المؤجرة أصلا، تسليمها بشكل غير صالح للاستعمال، نقصت بشكل كبير في منفعتها يكون للمستأجر الحق في : طلب فسخ العقد نهائيا / أو المطالبة بإنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع / أو يمكنه طلب التعويض في الحالتين عن الأضرار التي لحقت به.

للقاضي الحكم بفسخ العقد جزئياً بناءً على سلطته التقديرية وذلك بأن يفسخ جزءاً منها و يبقى على بقية الأجزاء.<sup>1</sup>

ومثال على ذلك عقد التوريد إذ تنشأ عنه مجموعة من الالتزامات المتقابلة تكون في معظم الحالات مجموعة من الأداءات، مستقلة عن بعضها البعض من حيث كيانها الاقتصادي، وتحقق كل مجموعة منها مصلحة للمتعاقدين ولو لم تنفذ جميع الأجزاء الأخرى، ويترتب على قابلية هذه العقود للانقسام أنها يجوز الحكم بالفسخ على إحداها دون الأخرى ولا يؤثر عليها، لأنه مهما بلغت أهمية الجزء الذي حكم بفسخه فلن تكون في مستوى مجموع الأداءات الباقية.<sup>2</sup>

يصل القاضي إلى تقرير الفسخ الجزئي للعقد بتقديره لجسامة عدم التنفيذ كما هو مبين سابقاً، فإذا قدر أن عدم التنفيذ الجزئي لم يبلغ قدراً من الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته وأن تنفيذه صار مستحيلاً فله إزاء الفسخ سلطة تقديرية، فله أن يقضي بالفسخ الجزئي بدلاً من الفسخ الكلي، والرأي الراجح في الفقه يؤيد سلطة القاضي في اختيار الفسخ الجزئي لأنه أكثر ملاءمة و أوفر مصلحة للطرفين وأكثر تحقيقاً للعدالة خاصة إذا كان الالتزام العقدي قابلاً للتجزئة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 701

<sup>2</sup> عبد الكريم بلعبور المرجع السابق ص 191-192.

<sup>3</sup> \_حسينة حمو، نفس المرجع السابق ص 85

المطلب الثاني : الفسخ الإتفاقي.

القاعدة العامة هي أن الفسخ لا يتم إلا عن طريق القضاء، ما دون ذلك يعتبر استثناءا ومن بين هذه الاستثناءات حالة اتفاق الأطراف على استبعاد اللجوء للقضاء وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب.

فحسب ما جاء في نص المادة 120 من ق م ج " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي، وهذه الشروط لا تعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف إذا لم يتم تحديده من طرف المتعاقدين. <sup>1</sup>

والتي يقابلها نص المادة 158 من ق م ج التي تنص على أن " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه <sup>2</sup> يتبين من خلال نص المادة 120 ق م ج سالفة الذكر ، بأن المشرع قد أفسح المجال للمتعاقدين لوضع شرط في العقد و هو الشرط الصريح الفاسخ أو شرط الفسخ الاتفاقي يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه ، و بما أنه لم يحدد صيغة قانونية معينة يصاغ بها هذا الشرط فللمتعاقدين كامل الحرية في تحديد صياغته كما يجب أن تتجه إرادة الأطراف من خلال هذا الشرط إلى استبعاد الشرط القضائي يعني استبعاد ممارسة القاضي لسلطته التقديرية، فيصبح دوره في التحقق في ما إذا كانت تتوفر الشروط التي ينقرر الفسخ بمجرد تحققها. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_المادة 120 من القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> \_المادة 158 من القانون المدني المصري

<sup>3</sup> \_علي فيلالي ، الالتزامات ، نفس المرجع السابق ، ص 434 و 435

### الفرع الأول : صور الشرط الإتفاقي.

والشرط الإتفاقي قد يأتي بعدة صور وأنواع تتدرج من حيث قوة أثرها.<sup>1</sup>

#### أولاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً.

المقصود هنا أنه إذا نص الأطراف في العقد على أن يكون العقد مفسوخاً في حالة لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالشرط الفاسخ الصريح لا يكون ذا أثر قوي وهو عبارة عن ترديد للشرط الفاسخ الضمني الموجود في كل العقود الملزمة للجانبين.<sup>2</sup> وهو عبارة عن ترديد للقاعدة العامة التي بدورها تنص على أنه في حالة اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه يمكن اللجوء إلى فسخ العقد، لكن هذا لا يعفي من اللجوء للقضاء ليتم الحكم بفسخ العقد فللقاضي أن يمارس سلطته التقديرية بأن يمنح الأجل للمدين فيمكنه أن يتوقى الفسخ عن طريق تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ.<sup>3</sup>

فاكتفاء الأطراف هنا بالنص على الفسخ عند اخلال أحد الأطراف بالتزامه لا يعد اتفاقاً على الشرط الصريح الفاسخ بل مجرد تذكير بالمبادئ العامة في الفسخ<sup>4</sup>، كما أن الدائن يبقى مجبراً بإعذار المدين حتى يتمكن من الاستفادة من حقه في الفسخ و كذلك رفع الدعوى أمام القضاء.

5

<sup>1</sup> \_سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، العقد الإرادة المنفردة العمل غير المشروع الاثراء بلا سبب القانون ، 1999 ، 2000 ، ص 194

<sup>2</sup> \_سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام نفس المرجع السابق ، ص 194

<sup>3</sup> \_محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد و

الإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، د ط ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ص 358

<sup>4</sup> \_محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، نفس المرجع السابق ، ص 350

<sup>5</sup> \_سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الإلتزام ، نفس المرجع السابق ، ص 194

مما سبق ذكره يتبين لنا أن مجرد قيام الأطراف بوضع بند في العقد ينص على إمكانية فسخ العقد في حالة أخل أحد الأطراف بالتزاماته دون إضافة تفاصيل أو شروط أخرى، هذا لا يجعل منه الشرط الفاسخ الصريح فهذا البند من وجهة نظرنا يصبح بدون معنى إذ يبقى الدائن مجبر باللجوء للقضاء والخضوع للسلطة التقديرية للقاضي.

**ثانياً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً بحكم القانون أو من تلقاء نفسه.**

كما يمكن للأطراف أن يضعوا شرطاً يقضي باعتبار العقد مفسوخاً عند إخلال أحد الأطراف بالتزاماته وتسلب السلطة التقديرية للقاضي منه فلا يملك حينها إلا بتطبيق ما اتجهت إليه إرادة الأطراف والحكم بفسخ العقد دون التدخل كمنح مهلة للمدين لتنفيذ التزامه، فيكون القاضي مجبراً بالحكم بالفسخ، لكن هذا لا يعفي الدائن من التزامه بإعذار المدين ولا عن رفع دعوى قضائية للمطالبة بالفسخ، كما أن الإعذار هنا لا يعتبر تنازلاً من المدين بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ.<sup>1</sup>

وبعد أن يقوم الدائن برفع طلب الفسخ في المحكمة و يتم قبول هذا الطلب، على القاضي أن يتحقق من توفر شروط الفسخ ليحكم به وليس عليه العدول عن فسخ العقد إلى الحكم بتنفيذ العقد ما لم يطالب الدائن بهذا و يكون حكم القاضي هنا كاشفاً للفسخ و ليس منشئاً له.<sup>2</sup>

**ثالثاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً بحكم القانون وبدون حاجة إلى حكم قضائي .**

وفق هذا الشرط يفسخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي أي دون الحاجة إلى رفع دعوى للمحكمة للحصول على حكم يقضي بفسخ العقد ، لكن هذا الشرط لا يعفي

<sup>1</sup> \_ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نفس المرجع السابق ص 716

<sup>2</sup> \_ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ، نفس المرجع السابق ، ص 350

الدائن من التزامه بإعذار المدين و إذا لم يتف الطرفان و يحددا طريقة الإعذار ، فيكون حسب العرف و هذا ما نصت عليه المادة 120 من ق م ج. <sup>1</sup>

ولكن يمكن للمدين رفع دعوى إذا كان يدعي أنه قام بتنفيذه التزامه ويكون دور القاضي هنا هو التحقق فيما إذا كان المدين قد نفذ التزامه فعلا أم لا، وإذا تبين أنه لم يتم بتنفيذ التزامه له أن يحكم بالفسخ ويكون هذا الحكم مثل الحكم السابق مقررًا للفسخ لا منشأ له، لكن هذا الشرط لا يعفي من إعذار المدين كما ذكرنا سابقًا، لأن الدائن إذا أراد الاستفادة منه عليه أولاً بتكليف المدين بالوفاء، وإذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذ التزامه بعد أن تم إعذاره يفسخ العقد من تلقاء نفسه. <sup>2</sup>

هذا الشرط لا يتمسك به إلا الدائن لأنه مقرر لمصلحته وليس لمصلحة المدين، لأنه لو أعطي له هذا الحق لأصبح هو المتحكم في تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه وهذا لا يصح، لذلك فهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا طالب به المدين وتحققت شروط المطالبة به وهي عدم تنفيذ المدين لالتزاماته. <sup>3</sup>

يتبين لنا مما تم ذكره على أن للأطراف الحرية في إدراج شرط الاتفاق الصريح على فسخ العقد إذا لم يفى المدين بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي، أي بمجرد تحقق إخلال المدين بالتزامه يتم فسخ العقد، لكن الدائن يبقى مطالبًا بإعذار المدين لأن المدين يمكن أن يكون قادرًا على التنفيذ العيني، وهذا هو الأصل والمغزى من إبرام العقود فالفسخ يعتبر استثناء وجزءًا لعدم التنفيذ.

<sup>1</sup> \_محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، نفس المرجع السابق ، ص 359

<sup>2</sup> \_عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نفس المرجع السابق ، ص 717 و 718

<sup>3</sup> \_محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، نفس المرجع السابق ، ص 359

رابعاً: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً دون حكم قضائي أو إعدار.

كما يمكن للأطراف أيضاً الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى رفع دعوة في المحكمة لصدور حكم قضائي يقضي بالفسخ ودون حاجة أيضاً إلى إعدار أي بمجرد حلول أجل التنفيذ ولا يقوم المدين بتنفيذ بالتزاماته يعتبر العقد مفسوخاً، على أن يكون الاتفاق على الاعفاء من الإعدار صريحاً، فلا يجوز أن يفهم ضمناً من عبارات العقد لأن هذا يعتبر خطيراً ومضراً للمدين، وهذه أقصى درجة يمكن أن يصل إليها الشرط الاتفاقي الفاسخ.<sup>1</sup>

لكن يمكن اللجوء إلى القضاء للتحقق من توافر شروط الفسخ، ويتوجب على القاضي الحكم بالفسخ إذا تأكد من تحقق الشروط، ويعتبر الحكم هنا مقرراً للفسخ لا منشأً له كما أن هذا الشرط الفاسخ الصريح قد تقرر لمصلحة الدائن إن أراد يستفيد منه عن طريق التمسك به، وإن لم يرد يمكن أن يطالب بالتنفيذ<sup>2</sup> وإلا فسيكون الدائن تحت رحمة المدين فإن أراد التنفيذ يقوم به وإن أراد أن يعتبر العقد مفسوخاً يمتنع عن التنفيذ وبما أن ترك الحرية للمدين فيه ضرر للدائن إذا العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا الدائن رغبته في ذلك ولا يجوز للمدين التمسك بالفسخ إذا أراد الدائن التنفيذ.<sup>3</sup>

يعتبر هذا الشرط من أقصى صور الشرط الفاسخ الصريح من حيث القوة، حيث تسحب السلطة التقديرية للقاضي منه في حالة اللجوء للقضاء لتقرير الفسخ و ينحصر دوره في التحقق من توفر شروط الفسخ، كما أن الدائن يكون غير ملزم بإعدار المدين فبمجرد حلول أجل التنفيذ له الحرية التامة إما بالمطالبة بالتنفيذ والمطالبة بالفسخ، وبالرغم من أن العقد شريعة

<sup>1</sup> \_ محمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع السابق، ص 719

<sup>2</sup> \_ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002 ص 297

<sup>3</sup> \_ احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع السابق، ص 719 و 720

المتعاقدين و للأطراف الحرية التامة في الاتفاق على ما أرادوا بشرط عدم المساس بالنظام العام والاداب العامة، لكن وضع هذا الشرط في العقد قد يسبب ضرر للمدين في حالة حلول أجل التنفيذ و كان يريد التنفيذ لكنه يمر بضائقة مادية معينة و يكون مستعدا للتنفيذ بعد مدة معينة فهذا الشرط يضع حد لإمكانيته من الاستفادة من نظرة الميسرة التي يمنحها له القاضي مثلا وعلى القاضي التقيد بما ببند العقد وكذا بالطلبات عند رفع الدعوى، فهناك قرار صدر عن المحكمة العليا حيث قضت المحكمة بفسخ العقد مع الحكم بالتعويض دون أن يطالب الطاعن بذلك فقد كان متمسكا بتنفيذ العقد مع التعويض وقام المدعي بالاستئناف وتم تأييد الحكم ثم قام بالطعن لسوء تطبيق المادة 119 من ق م ج التي تقضي بحرية الدائن إما في طلب التنفيذ أو الفسخ، وتم قبول الطعن شكلا وموضوعا.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: موانع تطبيق الشرط الاتفاقي.

هناك بعض الظروف الخارجية التي تمنع من اعمال الشرط الفاسخ الصريح والتي يمكن أن تكون إما ذات طبيعة ارادية أو ذات طبيعة قانونية

**أولاً: الظروف الخارجية ذات الطبيعة الإرادية .**

1/ حالة تنازل الدائن صراحة عن طلب الفسخ إما في عقد لاحق أو شفاهة، أو ضمناً عن طريق إذا سكت عن التمسك بالفسخ، وأيضا إذا طالب بالتنفيذ بدل الفسخ أو إذا قبل الوفاء المتأخر للمدين، كل هذا يعتبر تنازلاً عن الفسخ.

2/ حالة تسبب الدائن بخطأه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه فهذا يمنعه من الاستفادة بالشرط الفاسخ الصريح كإتلاف الشيء الذي سيسلمه المدين أي محل دينه.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، رقم 225843 بتاريخ 20\_02\_2002موضوعه سوء تطبيق المادة 119

elmouhami.com، تاريخ الاطلاع 01\_09\_2025

3/ حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه لسبب مشروع كالدفـع بعدم التنفيذ مع توفر شروطه، فإذا كان الدائن طالب الفسخ قد أخل بالتزاماته لا يحق له المطالبة بالفسخ بحجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته.

4/ حالة كون المدين حسن النية وعدم تنفيذ التزاماته راجع إلى سبب أجنبي.

### ثانياً: الظروف الخارجية ذات الطبيعة القانونية

إذا حلت مثلاً ظروف استثنائية عامة لا يمكن توقعها وأصبح التنفيذ مرهقاً على المدين وليس مستحيلاً يمكن للقاضي التدخل ويرد الالتزام إلى الحد المعقول ليصبح هناك توازن بين مصالح الأطراف.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، نفس المرجع السابق ، ص 354 و 355

المطلب الثالث: انفساخ العقد بقوة القانون

هناك العديد من الفقهاء يعتبرون الانفساخ نظام مستقل عن الفسخ واخرون يرون أنه طريقة من طرق الفسخ، ونحن أدرجناه ضمن طرق الفسخ وسنقوم بتبيان الشروط الخاصة لتحقيقه حسب ما نصت عليه المادة 121 من ق م ج " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون. " <sup>1</sup>

كما تنص المادة 307 من ق م ج على أنه " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته. " <sup>2</sup>

وتنص أيضا المادة 176 ن ق م ج على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. " <sup>3</sup>

يتبين لنا من خلال هذه النصوص أنه في حالة استحالة التنفيذ العيني بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه سواءا كانت قوة قاهرة أو بفعل الغير، تنقضي الالتزامات المتقابلة ويطلق. عليه انفساخ العقد <sup>4</sup> أما الفسخ القضائي أو الاتفاقي فهو حق للدائن وجزاء للمدين لتقصيره أو إخلاله في تنفيذ التزاماته.

<sup>1</sup> \_المادة 121 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 159 من القانون المدني المصري و تنص على " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذ انقضت الالتزامات المقابلة له ، و ينفسخ العقد من تلقاء نفسه "

<sup>2</sup> \_المادة 307 من القانون المدني لجزائري والتي تقابلها المادة 373 من القانون المدني المصري والتي تنص على " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه "

<sup>3</sup> \_المادة 176 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 215 من القانون المدني المصري والتي تنص على "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه "

<sup>4</sup> \_محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، نفس المرجع السابق، ص 360

وإذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسببه هو فذمته لا تبرأ، فإن لم يستمكن من التنفيذ العيني عليه التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض، ويمكن للدائن طلب الفسخ بدلا عن التنفيذ بمقابل، وعلى القاضي الحكم بالفسخ بما أن التنفيذ أصبح مستحيلا، أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فهنا التزام المدين ينقضي ويزول معه الإلتزام المقابل وينفسخ العقد من تلاء نفسه أي بقوة القانون دون الحاجة إلى اعدار أو بدون الحكم بالتعويض.<sup>1</sup>

والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة<sup>2</sup> مثلا إذا شخص قام بشراء سيارة لكنها تعرضت قبل تسليمها للدائن للتلف بسبب فيضان فهنا ينقضي التزام المدين البائع بتسليم السيارة ويزول معه التزام الدائن المشتري بدفع الثمن للمدين. حيث يكون سبب هذه الاستحالة كما أشرنا سابقا هو السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه.

### الفرع الأول: حالات استحالة التنفيذ.

تتضمن استحالة التنفيذ نوعين من الحالات , استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي (أولا) , و استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي (ثانيا) وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا الفرع.

### أولا: استحالة التنفيذ لا ترجع لسبب أجنبي

حسب المادة 176 من ق م ج<sup>3</sup> إذا استحال على المدين تنفيذ التزاماته و لم يتمكن ن إثبات أن هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي فالمدين هنا يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء ، حيث تترتب عليه المسؤولية العقدية لارتكابه خطأ عقدي ، فإذا لم يثبت السبب الأجنبي تبقى

<sup>1</sup> \_محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، نفس المرجع السابق، ص 361

<sup>2</sup> \_محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، ص 360

<sup>3</sup> \_المادة 176 من القانون المدني الجزائري

العلاقة السببية بين خطأه و ضرر الدائن مفترضة ، فالعقد هنا لا يفسخ و إنما يبقى موجود و يكون هو أساس مطالبة الدائن للتعويض ، لكن للدائن كامل الحرية في أن يطالب بفسخ العقد بدل طلب التعويض إذا أراد ذلك.<sup>1</sup>

### ثانيا: استحالة التنفيذ ترجع لسبب أجنبي

وحسب ما جاء في المادة 121 من ق م ج و المادة 307 من ق م ج<sup>2</sup> فإذا أثبت المدين أن الإستحالة ترجع لسبب أجنبي فالإلتزام ينقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، بحيث سبب الاستحالة واضح و ليس راجعا للمدين وليس للدائن الاختيار بين التعويض أو الفسخ ، فالفسخ هنا يكون بقوة القانون ، ولا توجد هناك ضرورة أيضا من الحكم القضائي كما هو الحال في الفسخ القضائي أو الاتفاقي ، و إذا لجأ الدائن للقضاء ليتحقق من أن الاستحالة ترجع لسبب أجنبي ، والحكم هنا يكون مقررا للفسخ وليس منشأ له.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني : شروط الاستحالة.

سنقوم بدراسة كل من النقاط الآتية في هذا الفرع و الذي يتضمن نوعين من الاستحالة مطلقة (أولا) , أو استحالة كاملة وتامة (ثانيا ) , وأيضا سنتطرق إلى وقت نشوء الاستحالة (ثالثا) , وأخيرا إلى مصدر الاستحالة (رابعا).

### أولا: يجب على الاستحالة أن تكون مطلقة

أي أن كل شخص في مكان المدين لا يمكن أن ينفذ التزامه بسببها ، لكن إذا كان الإلتزام مرها للمدين فقط لا يعتبر التنفيذ هنا مستحيلا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ص 724

<sup>2</sup> \_ المواد 121 و 307 من ق م ج

<sup>3</sup> \_ احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ص 724 و 725

<sup>4</sup> \_ علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، نفس المرجع السابق ص 440

ثانيا: يجب أيضا أن تكون الاستحالة كاملة وتامة

أي ترد على جميع الالتزامات المترتبة عن العقد و ليس فقط جزء منها ، فالاستحالة الجزئية ترتب فسخ العقد حسب ما نصت عليه المادة 119 من ق م ج و حسب المادة 1481<sup>1</sup> التي قضت بأنه في حالة هلاك العين المؤجرة جزئيا و لا تصلح للاستعمال و لم يكن هذا الهلاك بسبب المستأجر له أن يطالب إما بانقاص الثمن أو فسخ العقد.<sup>2</sup>

ثالثا: وقت نشوء الاستحالة .

حيث يجب أن يكون الوقت الذي حدثت فيه استحالة عدم التنفيذ بعد ابرام العقد، أما إذا نشأت الاستحالة قبل ابرام العقد فهنا يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن المحل ولا يمكن تطبيق الانفساخ على عقد غير موجود أصلا.<sup>3</sup>

رابعا: مصدر الاستحالة هو السبب الأجنبي.

يجب أن تكون الاستحالة ناتجة عن سبب أجنبي لا يد للمدين كقوة قاهرة وأن المين قام بكل ما يمكنه من محاولة تقادي وقوع هذا السبب لطنة لم يتمكن، وسبب وجود هذا الشرط كي لا تكون للدائن الحرية في طلب التعويض لتحقق المسؤولية العقدية بسبب إخلال المدين بالتزاماته، أو طلب التعويض، فهنا العقد يفسخ رغم إرادة الأطراف .

<sup>1</sup> \_المواد 119 و 481 من القانون المدني الجزائري ، المادة 481 فقرة 2 تنص على " إن كان هلاك العين المؤجرة جزئيا ، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله ، أو نقص هذا الاستعمال نقضا معتبرا و لم ذلك بفعل المستأجر ، يجوز لهذا الأخير إذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها ، أن يطلب حسب الحالة ، إما انقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار "

<sup>2</sup> \_ عبد الكريم بلعبور ، نفس المرجع السابق ، ص 246 و 247

<sup>3</sup> \_ علي فيلاي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، نفس المرجع السابق ، ص 441

### الفرع الثالث: تحمل تبعة الانفساخ (تبعة الهلاك).

بما أن العقد يفسخ بقوة القانون ويترتب عليه انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه وبالتالي انقضاء الالتزام المقابل له، والمدين هنا يتحلل من التزاماته بما أن التنفيذ أصبح مستحيلاً، فتبرأ ذمته اتجاه الدائن ولا يمكن للدائن أن يطالبه بالتعويض.

لكن بالرغم من أن المدين لا يد له في انقضاء الالتزام لأنه راجع لسبب أجنبي إلا أنه هو من عليه تحمل تبعة الانفساخ ولا يمكنه مطالبة الدائن بتنفيذ التزاماته المقابلة لأن ذمته أيضاً تبرأ اتجاه المدين وإن كان قد وفى بالتزاماته سابقاً له أن يطالب باستردادها إما عينا أو عن طريق التعويض.

نستنتج هنا أن المدين هو من يتحمل تبعة الهلاك وهذا ما نصت عليه المادة 369 من ق م ج بأن " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعدار المشتري بتسليم المبيع. "

فالمدين مجبر برد الثمن للدائن إذا كان قد تسلمه وعليه تحمل نتائج وقوع السبب الأجنبي ولو كان رغماً عن ارادته.<sup>1</sup>

والسبب في أن المدين هو من يتحمل تبعة الهلاك هو فكرة الارتباطات بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، لأن العقد لو كان ملزماً لجانب واحد فالدائن هو الملزم بتنفيذ التزامه دون وجود التزام مقابل له فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، نفس المرجع السابق ، ص 441 و 442

<sup>2</sup> \_احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ص 725

## المبحث الثاني: اثار فسخ العقد.

سنتناول في هذا المبحث الآثار المترتبة عن الفسخ سواءا بالنسبة للمتعاقدين في المطلب الأول أو الغير في المطلب الثاني، في الحالات العادية أو الاستثنائية.

### المطلب الأول: اثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين.

يترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي وتعتبر هذه القاعدة العامة (أولا) , و يخضع المدين لهذه القاعدة برد ما تسلمه بموجب العقد أو التعويض (ثانيا) , غير أن المشرع أورد استثناءات على هذه القاعدة العامة مراعاة لطبيعة بعض العقود واستقرار المعاملات (ثالثا).

### الفرع الأول: القاعدة العامة هي زوال العقد بأثر رجعي.

يترتب على فسخ العقد كقاعدة عامة, وفقا للشروط و الإجراءات القانونية السابقة الذكر انحلال العقد و محو أثاره بأثر رجعي , وبالتالي زوال الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه قبل ذلك فيصير العقد بعد إيقاع الفسخ لوجود له من الناحية القانونية بالنسبة للمتعاقدين و يعاد كل منهما إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد لأن العلاقة التعاقدية لم يعد لها وجود من الناحية القانونية يستند إليها كل من المدين و الدائن بل زالت هذه العلاقة كنتيجة حتمية من نتائج فسخ العقد<sup>1</sup>.

حيث عندما يتم فسخ العقد سواءا باتفاق الطرفين أو بحكم قضائي أو بحكم القانون نتيجة إخلال أحدهما بالتزامه فإن العقد كأن لم يكن أي ينحل وكأنه لم يبرم أساسا. ولا يقتصر الفسخ فقط على إنهاء الالتزامات المستقبلية بل يمتد أثره إلى الماضي فتزال كل الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان وقت إبرام العقد وليس فقط إزالة ما ترتب عليه منذ

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعور \_ نفس المرجع السابق\_ ص273

لحظة فسخ العقد بمعنى آخر العقد يمحي من الناحية القانونية منذ البداية واعتباره كأن لم يكن موجودا بين الطرفين.

وتناول المشرع أثار الفسخ في المادة 122 من ق م ج التي تنص على ما يلي " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض " <sup>1</sup>.

وبمجرد وقوع الفسخ فإن الالتزامات قد تنقضي ولا يرد الدائن شيئاً للمدين في حال عدم تلقيه شيئاً منه وذلك تطبيقاً للمادة 122 من ق م ج.

وبالرغم من أن فسخ العقد يرتب زواله بأثر رجعي ويقتضي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إلا أن التطبيق العملي لهذا المبدأ لا يخلو من صعوبات، فقد يحدث أن يكون الدائن قد تلقى بعض الأداءات من المدين في إطار تنفيذ جزئي للعقد قبل فسخه <sup>2</sup>.

في هذه الحالة وبما أن العقد قد زال بأثر رجعي فإن ما تلقاه الدائن من المدين يصبح دون أساس قانوني مما يوجب عليه رده ولا يجوز له التمسك بحقه في الاحتفاظ به والانتفاع به وإلا أعتبر ما قبضه غير مستحق.

وفي المقابل يحق للدائن أيضاً مادام مطالباً برد ما تسلمه أن يسترجع ما سبق له تقديمه إلى المدين قبل الفسخ لتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين، إذ أن قاعدة الأثر الرجعي للفسخ في المادة 122 من القانون المدني الجزائري تقضي بإعادة كل من المتعاقدين إلى الحال التي كان قبل إبرام العقد حتى لا يكون هناك إثراء بلا سبب أيضاً. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_تقابلها المادة 138 من المدني العراقي بنصها " فإذا بطل العقد يعاد العقد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل" و أيضاً تقابلها المادة 160 من القانون المدني المصري .

<sup>2</sup> \_ العربي بلحاج\_ النظرية العامة للإلتزام ... نفس مرجع سابق \_ص315

<sup>3</sup> \_ يعتبر الإثراء بلا سبب أحد مصادر الإلتزام العامة والتي يندرج ضمن فئة شبه العقود، حيث يقصد به أن يثرى شخص

قد يحدث في بعض الحالات أو في الحالات العملية أن يتم فسخ العقد بين المتعاقدين ويقوم كل منهما برد ما تسلمه من الآخر، أي أن الدائن يسترد ما سبق تقديمه للمدين بموجب العقد ومع ذلك قد يتعرض الدائن لضرر يلحق به جراء فسخ العقد.

وفي هذه الحالة يحق للدائن طلب التعويض (تعويض إضافي تكميلي) إلى جانب طلب فسخ العقد، وذلك لأن حل الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ في بعض الحالات لا يكفي لإزالة الضرر التي تكون قد لحقت بالدائن و الناجمة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناتجة عن العقد المراد فسخه أو تأخره في التنفيذ.

ولإيضاح ذلك نقوم بإدراج المثال التالي من العقود التجارية الشائعة ألا وهو عقد البيع حيث إذا فسخ العقد بسبب إخلال المدين وكان المبيع لا يزال بحوزته وقت الفسخ ولكن قيمته في السوق قد انخفضت في السوق خلال الفترة التي بقي فيها المبيع لدى المدين فيجب علي هذا الأخير دفع الفرق.<sup>1</sup>

ونجد أن المادة 119 من ق م ق في فقرتها الأولى تنص صراحة على التعويض بجانب الفسخ على ما يلي " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في كلتا الحالتين إذا اقتضى ذلك."

مما يدل على أن الفسخ في بعض الحالات ليس كافيا لمحو ما يخلفه عدم التنفيذ الراجع إلى المدين من أضرار فوجب عليه التعويض.

بسبب وضع معين على حساب شخص آخر دون سبب مشروع وهنا يكون الشخص الذي أثرى على حساب الغير ملزما بتعويض المتضرر ما لحقه من خسارة بسبب هذا الإثراء، وعليه حتى تقوم دعوى الإثراء بلا سبب، لا بد أن يكون هناك إثراء لشخص والذي هنا يكون هو المدين، على حساب شخص آخر الذي يؤدي هذا الإثراء إلى افتقاره وبالتالي يصبح هو الدائن، إضافة إلى أن هذا الإثراء بغير سبب مشروع.

<sup>1</sup> \_ امجد محمد منصور\_ النظرية العامة للإلتزامات\_ نفس المرجع السابق ص213

ولكن يمكن التساؤل حول ما إذا كان التعويض الذي يحصل عليه الدائن إلى جانب التحلل من التزامه نتيجة فسخ العقد يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية؟

يرى بعض الفقهاء أن هذا التعويض يمنح للدائن على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup> وليس العقدية لأن الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي أي اعتبار العقد لم يبرم منذ البداية. وبالتالي لا يكمن الحديث عن مسؤولية عقدية لأن هذه المسؤولية تفترض وجود عقد صحيح قائم بين الطرفين فلا يمكن تحميل أحد الطرفين مسؤولية عقدية عن عقد لم يعد قائماً ولا يصح القول بتأسيس المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية. لذا إذا ترتب ضرر فإن المطالبة بالتعويض عن فسخ العقد تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

حيث لا مانع قانوناً من أن يحصل الدائن في حالة فسخ العقد استرداد ما قدمه للمدين مع حصوله على التعويض و بالتالي يكون قد جمع فسخ العقد و التعويض و خاصة عندما يكون عدم التنفيذ قد تسبب فيه المدين ويستطيع القاضي في هذه الحالة أن يحكم بفسخ العقد و التعويض في ان واحد , كما هو الشأن بالنسبة إلى جمع بين التعويض و المطالبة بالتنفيذ ذلك أن المادة 119 من ق م ج نصت على أن ".... مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس الإخلال بواجب عام يفرضه القانون المتمثل في عدم الإضرار بالغير, وقد سماها المشرع الجزائري بالفعل المستحق للتعويض act domageable .

<sup>2</sup> \_عبد الرزاق أحمد السنهوري \_ نفس المرجع السابق \_ص711

<sup>3</sup> حسينة حمو \_المرجع السابق\_ ص88

ويلاحظ أنه التعويض الذي يحصل عليه الدائن في حالة الفسخ يكون على أساس المسؤولية التصيرية بينما يكون في حالة المطالبة بالتنفيذ على أساس المسؤولية العقدية وذلك طبقاً لقاعدة أن المتعاقد الغير المخطئ يجب ألا يضر من التنفيذ المتأخر.<sup>1</sup> و للدائن الحق في استرداد ما قدمه للمدين إلى جانب الحصول على الفسخ ألا يزاحمه الدائنون الآخرون فيما استعاده حيث أن الفسخ يخول للدائن مركزاً ممتازاً على خلاف المطالبة بالتنفيذ التي يخضع لقسمة الغرماء<sup>2</sup> كبقية الدائنين الآخرين. كما أن للدائن بعد الفسخ و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد الحق في الحبس<sup>3</sup> ما كان قد أداه إليه المدين وذلك إلى حين استوفى حقه منه.

<sup>1</sup> عبد الكريم بلعير \_ المرجع السابق \_ ص 276

<sup>2</sup> قسمة الغرماء هي عملية حسابية يتم اللجوء إليها إذا كان كل الدائنين عاديين وحل أجل الوفاء بديونهم ولكن الأموال التي بحوزة المدين لا تكفي لسداد الديون فتقسم كالتالي: نسبة كل دائن من الدين = مجموع ما في المدين / مجموع الدين  
<sup>3</sup> الحق في الحبس نصت عليه المادة 1/200 من ق م ج بنصها " لكل من إلتزم بأداء شئى أن يمتنع عن الوفاء مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين, أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا".

وهو أن الشخص إذا كان ملتزماً بأداء شيء معين إلى مدينه له أن يمتنع عن ذلك إلى أن يستوفى حقه منه , كأن يحبس البائع الشيء المبيع عن المشتري إلى حين أن يسدد هذا الأخير الثمن أو العكس .

ويشترط القانون على الدائن من أجل إجراء الحبس:

1/ وقوع إلتزام على عاتق الحارس بأداء شيء معين

2/ أن يكون للحابس حق لدى المدين مستحق الأداء

3/ وجود علاقة بين حق الحابس و بين إلتزامه بأداء شيء

الفرع الثاني: خضوع المدين لقاعدة زوال العقد بأثر رجعي .

إن فسخ العقد وزوال الالتزامات التي يكون قد أنشأها بأثر رجعي يجعل المدين أيضاً مطالباً برد ما أخذه من المتعاقد الدائن على النحو الذي بيناه بالنسبة إلى الدائن. التزام المدين برد ما أخذه من الدائن إذا كان عقد بيع وقام البائع بتسليم المبيع للمشتري بالسداد فقام البائع بفسخ العقد فإن يجب على المشتري رد العين المباعة للبائع ويلتزم البائع برد ما قبضه من ثمن للمشتري.

غير أن هذا لا يمكن في بعض الأحيان ولا يكون الفسخ دائماً أمراً بسيطاً إذ قد تطرأ تغيرات خلال الفترة الفاصلة بين إبرام العقد و فسخه كزيادة أو نقص في المبيع أو استهلاكه كلياً أو جزئياً كأن يستهلك المدين ما أنتجته العين من ثمار سواء كان طبيعياً أم مدنية، ذلك أن الثمار تعتبر ملكاً للبائع شأنها في ذلك شأن المبيع نفسه<sup>1</sup>.

وإذا كان التعويض من الأضرار بسبب الفسخ هو حق للدائن فهو واجب في نفس الوقت على المدين ، يجب عليه دفع الضرر الذي تسبب في وقوعه بعدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد.

إذا كان القانون يجيز للدائن الجمع بين التعويض و الفسخ متى ترتب له ضرر نتيجة إخلال المدين ، فإن ذلك لا ينطبق على المدين حتى ولو لحقه ضرر من فسخ العقد لأنه يعتبر الطرف المقصر في العقد ولا يمكن أن يكافأ على تقصيره بحصوله على تعويض لأن ذلك يعد تشجيعاً على الإخلال بالعقود.

غير أن ذلك لا يمنع المدين في حالة ما إذا كان العقد الذي تم فسخه هو عقد بيع و كان المدين هو المشتري فإنه يستحق له استرداد الثمن الذي دفعه، بالإضافة إلى المصروفات التي

<sup>1</sup> \_ سليمان مرقس \_ أصول الإلتزامات \_ مصادر الإلتزامات \_ ج1 \_ د ط \_ دار النشر للجامعات المصرية \_ القاهرة \_ 1960.

أنفقها من أجل التحسينات التي أجراها على المبيع، و كذلك النفقات التي قد يكون أنفقها للمحافظة على المبيع بها فيها المصروفات الضرورية و المصروفات النافعة.

ويحق للمدين أيضا إجراء مقاصة مع الدائن<sup>1</sup> حيث يكون ما يجب عليه رده و ما يحق استرداده نقودا، و العلة من جواز المقاصة في مجال الفسخ هي عدم اجباره على دفع ما بذمته ثم سعيه من جهة أخرى للحصول على حقه من المتعاقد الآخر.

و يلاحظ أن إجراء المقاصة لا يجوز الأخذ بها في الحالات التي يكون فيها ما في حوزة المدين من الأشياء ، و ما في حوزة الدائن نقودا والعكس صحيح لأن من قواعد المقاصة تقضي بأن يكون الدينان متقابلان نقدا في الجانبين<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على القاعدة العامة.

يعد الأثر الأساسي للفسخ هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل إبرام العقد بحيث تنحل الرابطة العقدية وتمحو أثاره القانونية بين الطرفين غير أن هذه القاعدة غير مطلقة إذ ترد عليها بعض.

الاستثناءات نوضحها في هذا المطلب كما يلي أولا حكم استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل، ثانيا حكم الأثر الرجعي للفسخ في عقد المدة.

<sup>1</sup> \_ تعد المقاصة آلية قانونية لانقضاء الدينين المتقابلين بين شخصين بحيث يتم انقضاء الدينين بمقدار الدين الأقل سواء كان ذلك بقوة القانون تسمى بالمقاصة القانونية أو باتفاق الطرفين و تسمى بالمقاصة الإتفاقي أو بحكم القضاء أي المقاصة القضائية.

<sup>2</sup> \_ لقد حدد القانون المدني الجزائري شروط المقاصة القانونية من خلال المادة 297 بعبارة " للمدين حق المقاصة بين ما و مستحق عليه لدائنه و ما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع و الجودة وكان كل منهما ثابتا و خاليا من النزاع و مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء .

أولاً: حكم استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل.

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

بالرغم من انحلال الرابطة التعاقدية نتيجة للفسخ، إلا أنه لا يمكن في بعض الأحيان إعادة المتعاقدان إلى ما كانا عليه من قبل إبرام العقد ولا يكون بمقدور الدائن استرداد ما قدمه للمدين كما لا يستطيع المدين استرجاع ما سبق أن دفعه للدائن ، وأمام هذه الصعوبة التي تواجه كل من المتعاقدين حيث وضع المشرع الجزائري على غرار القوانين العربية الأخرى استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بوجوب إعادة المتعاقدين إلى الوضع السابق و ذلك من خلال تمكينهم من الحصول على التعويض متى استحال الرد وهذا من خلال المادة 122 السابقة الذكر من ق م ج.

غير أنه لا ينبغي الخلط بين التعويض الذي قضت به المادة 122 من ق م ج التي نصت على "....فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض" ، وبين التعويض الذي نصت عليه المادة 119 من نفس القانون من قبل الضرر الذي لحقه نتيجة فسخ العقد بغض النظر عن استحالة الرد أو عدم استحالة الرد.

وعليه التعويض الذي يحكم به القاضي نتيجة استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل يكون على أساس المادة 122 من ق م ج<sup>1</sup>.

أما إذا حكم القاضي بالتعويض نتيجة الضرر الذي أصاب الدائن من جراء خطر المدين حتى ولو كان بالإمكان إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وهذا على أساس المادة 119 من ق م ج<sup>2</sup>.

### ثانياً: حكم الأثر الرجعي للفسخ في عقد المدة.

إذا كانت القاعدة العامة التي يربتها الفسخ تقضي بزوال العقد وما ترتب عليه من التزامات بأثر رجعي فإن ذلك يستوجب قد وما ترتب عليه من التزامات بأثر رجعي فإن ذلك يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الأصل الذي كانا عليه قبل إبرام العقد من خلال رد كل طرف لما تسلمه من الآخر وفي حال تعذر هذا الرد يجوز الحكم له بالتعويض.

وهذه القاعدة تثير إشكالا حول ما إذا كان العقد يتعلق بعقود المدة , حيث تتميز عقود المدة<sup>3</sup> بأنها تنفذ التزاماتها على مراحل خلال فترة زمنية مما تثير إشكالا حول مدى إمكانية تطبيق آثار الفسخ وهل يسري نفس الحكم ذاته الذي يسري على العقود الفورية.

من المعروف أن نظرية فسخ العقود تشمل جميع العقود الملزمة للجانبين سواء كانت فورية أم زمنية وهذا بإجماع الفقهاء، إذا كان الفقه قد اتفق على ذلك فإنه قد اختلف من ناحية الأثر الرجعي ويمكن إرجاع هذا الاختلاف إلى رأيين هما:

<sup>1</sup> العربي بلحاج ، المرجع السابق ص315

<sup>2</sup> حسينة جوهرى ، سلطة القاضي في فسخ العقد مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود و مسؤولية كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة 2013/2012 ص54

<sup>3</sup> تعرف عقود المدة بأنها تلك العقود التي تكون يكون فيها عنصر الزمن عنصرا أساسيا في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه .

**الرأي الأول:** يرى بعض الفقهاء أنه عندما يرد الفسخ على عقود المدة لا يسري بأثر رجعي وبالتالي لا تزول الالتزامات الناشئة عنه في الماضي، وإنما يكون أثره قاصراً على إنهاء العلاقة التعاقدية بالنسبة للمستقبل.

كمثال عما ورد عن الفقيه أستاذ عبد الرزاق السنهوري { وهي ترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بأثارها ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه ، لا قبل ذلك تكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ...} <sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى فريق آخر من الفقهاء أن الأثر الرجعي الذي يترتب فسخ العقد يجب العمل به في جميع العقود سواء كانت عقود مدة أو عقود فورية بحيث لا يمكن التمييز بينها. <sup>2</sup> وبناء على أغلبية آراء الفقهاء يقتصر الأثر الرجعي للفسخ على العقود الفورية دون عقود المدة إلى أننا نؤيد الرأي الثاني الذي يجعل الأثر الرجعي للفسخ يشمل جميع الحالات التي يقع فيها فسخ العقد دون تمييز بين عقد وآخر وذلك بناء على ما يلي:

### 1/عمومية النصوص القانونية وعدم استثناء عقود المدة:

نجد أن النصوص القانونية التي تنظم نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري قد جاءت قاطعة الدلالة على أن الفسخ يزول بأثر رجعي دون أن يستثنى فئة معينة من العقود وذلك من

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري نفس المرجع السابق ص712

<sup>2</sup> لقد اختلف بعض الفقهاء في تبرير عدم رجعية الفسخ في عقود المدة، فقد ذهب البعض إلى أن هناك استحالة تمنع من رد الأشياء إلى أصلها، وذهب البعض الآخر إلى أن عدم تطبيق رجعية الفسخ هو نزول عند إرادة المتعاقدين ، و قال آخرون أن عقود المدة يطبق عليها الشرط المنهي وبالتالي فهو لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل ، أما جانب آخر فقد قال أن الإلتزامات في عقد المدة متعاقبة ومن ثم فإن فسخ بعض منها لا يؤثر على البعض الآخر الذي لم ينفذ بعد . وأيضاً ذهب فريق آخر إلى أن عقد المدة تتولد عنه عدة أدايات مستقلة بعضها عن البعض الآخر ومن ثم فلا تتأثر إحداها بالأخرى عند فسخ العقد، أما الرأي الأخير فقد جعل عدم رجعية أثر الفسخ راجعاً إلى طبيعة العقد بحد ذاته. أنظر هذه الآراء مفصلة في رسالة الدكتور عبد الحي حجازي من ص184 إلى ص204.

خلال نص المادة 122 من ق م ج "... إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل".

نستنتج من خلال نص المادة أنها لم ترد أي استثناءات تستبعد فئة معينة من العقود بما في ذلك عقود المدة من سريان الأثر الرجعي عليها.

## 2/ إستحالة رد المتعاقدين في عقود المدة ومعالجة المشرع لها:

لا يمكن إنكار أن تطبيق الأثر الرجعي في عقود المدة يثير صعوبات عملية كثيرة بل قد يكون مستحيلا في بعض الأحيان إلا أن المشرع لم يغفل عن حل هذه الإشكالية و معالجتها , حيث أجاز الحكم بالتعويض عند إستحالة رد الطرفين إلى ما كانا عليه قبل إبرام العقد مما يعنى عن أي محاولة لإخراج عقود المدة من نطاق القاعدة العامة المتعلقة بالأثر الرجعي للفسخ.<sup>1</sup>

وعليه مادام عقود المدة لا يمكن فيها إعادة المتعاقدين إلى ما كانا قبل التعاقد لأن الزمن عنصر جوهري فيه ولا يمكن إعادته إلى الوراء فإننا نطبق الفقرة الأخيرة من المادة 122 من ق م ج التي تجيز للمحكمة الحكم بالتعويض في حالة وقوع الإستحالة ما دام النص الذي يحكم أثار فسخ العقد واحدا<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني : أثار فسخ العقد بالنسبة إلى الغير.

رأينا فيما سبق انه عند الفسخ ينحل العقد بأثر رجعي بين الأطراف وهذا الأثر الرجعي للفسخ لا يكون بين المتعاقدين فقط بل حتى في مواجهة الغير وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم بلعبيور \_ المرجع السابق \_ ص 282.

<sup>2</sup> \_ عبد الكريم بلعبيور \_ المرجع نفسه \_ ص 283

## الفرع الأول : القاعدة العامة زوال حقوق الغير.

إن الأصل في انحلال العقد هو زواله بأثر رجعي أي يصبح كأنه لم يكن مثال عن ذلك إذا كان عقد البيع و تم فسخه يصبح المشتري كأنه لم يملك المبيع في أي وقت مضى ، و بالتالي فتعتبر التصرفات التي قام بها المشتري في المبيع و التي صدرت منه على انها تصرفات صدرت من غير المالك فلا يكون لها أثرا في حق البائع فهنا يعود الشيء المبيع للبائع خاليا من أي حق قرره أو رتبته عليه المشتري لصالح أي شخص اخر ، و مثال عن ذلك إذا قام المشتري برهن المبيع أو ترتب عليه حق انتفاع أو ارتفاق ثم عادت للبائع ملكية الشيء المبيع هنا إذا انحل عقد البيع فهذه الحقوق التي قررها المشتري على المبيع لا تكون نافذة في مواجهة البائع فتعود له خالية من كل هذه الحقوق فهذا هو المقصود بالأثر الرجعي للعقد حيث يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع ببيعه ثم تم فسخ العقد الأول يجوز للبائع الأول أن يسترد المبيع من المشتري الثاني.<sup>1</sup>

و بالتالي هنا لا يمكن للغير أن يحتج في مواجهة الدائن أي البائع في عقد البيع بالحقوق التي اكتسبها من عقد بيع أبرمه مع المدين أي المشتري لأنه بعد أن يتم فسخ العقد يعتبر كأن لم يملك المبيع أبدا بسبب الأثر الرجعي كما أشرنا سابقا.<sup>2</sup>

والبائع لا يمكن أن يرفع دعوى الفسخ على المشتري الثاني لأنه لم يكن طرفا في العقد الذي أبرمه مع المشتري الأول<sup>3</sup> فيقوم البائع برفع دعوى الاسترداد لاسترداد المبيع حسب ما نصت عليه المادة 143 من ق م ج على أنه " كل من تسلم علي سبيل الوفاء.

<sup>1</sup> \_ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نفس المرجع السابق ، ص 713

<sup>2</sup> \_ علي فيلاي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، نفس المرجع السابق ، ص 438

<sup>3</sup> \_ العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، نفس المرجع السابق ص 317

ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " فيقوم الغير هنا برد المبيع للبائع أي المالك الأصلي خاليا من أي حقوق رتبها عليه البائع.<sup>1</sup>

بتطبيقنا للقاعدة العامة التي تقضي بزوال حقوق الغير إثر الفسخ، يتقرر عدم جواز اعتراض الغير على رد المبيع للدائن أي البائع الأصلي ولا يمكن الاحتجاج بما رتبه العقد من التزامات تعاقدية بينهم وبين دائنهم أي المشتري قبل فسخ العقد، فالفسخ هنا حجة على الكافة، ولكي يكون الفسخ ساري من الناحية القانونية في مواجهة الغير على الدائن بعد تقرير الفسخ أن يقوم بتسجيل دعوى الفسخ والتأشير بها وفقا لقواعد الشهر العقاري إذا كان محل العقد عبارة عن عقار.<sup>2</sup>

وعليه إذا تقرر الفسخ لصالح الدائن أي المدعي بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون الفسخ حجة على الغير ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى وينتج عليه أنه إذا تم تسجيل دعوى الفسخ قبل أن تترتب حقوق عينية على العين فإن الحقوق العينية تزول بمجرد فسخ العقد بغض النظر إذا كان الغير حسن النية أو سيئ النية.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة.

لقد عرفنا أن القاعدة العامة تقضي بأن جميع الحقوق التي ترتبت للغير بسبب تعاقدهم مع المدين تزول بأثر رجعي إذا فسخ العقد الأصلي.

إلا أن هناك حالات استثنائية متعددة كمبدأ حسن النية واعتبارات أخرى أدت إلى وضع قواعد استثنائية من أجل حماية حقوق الغير في بعض الأحيان حيث يتمكن الغير من الاحتفاظ

<sup>1</sup> \_ علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، نفس المرجع السابق ، ص 438

<sup>2</sup> \_ عبد الكريم بلعور ، نفس المرجع السابق ، ص 288 و 289

<sup>3</sup> \_ نجلاء بودماغ ، عائشة بكوش ، انحلال العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ، جوان 2022 ، ص 78

بالحقوق التي ترتبت له من الشيء محل العقد فيستطيع التمسك بحقه في مواجهة المالك الأصلي.<sup>1</sup>

**أولاً: حائز المنقول بحسن نية .**

من الحالات التي نصادفها في الواقع هي قيام الغير بامتلاك منقول وبحيازته، لكن هناك من يحوزه بسوء نية وهناك من يحوزه بحسن نية، هذا ما يجعلهما لا يتساويان في نظر القانون فحسب ما نصت عليه المادة 835 من ق م ج أنه " من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته. إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من التكاليف والقيود العينية."<sup>2</sup>

حيث عندما يقوم مشتري المنقول ببيع العين المنقولة لطرف آخر و يقوم بتسليمه إياها ثم بعدها يتقرر فسخ العقد الذي بينه وبين البائع الأول في الأصل يستطيع استرداد المنقول محل البيع لكن استثناء لهذا و حسب مدلول المادة 835 من ق م ج فإنه إذا كان المشتري الثاني حسن النية و سند حيازته للمنقول صحيحاً فلا البائع الأول ولا مدينه المشتري الأول يستطيعان استرداد العين من المشتري الثاني حسن نية المشتري الثاني و حيازته للمنقول بسند صحيح<sup>3</sup>

**ثانياً: الدائن المرتهن حسن النية.**

عادة ما يقوم المشتري بعد تملكه للعقار بترتيب رهن رسمي عليه لطرف الغير، وهناك حالات يكون فيها الغير غير عالم بأن العقد الأصلي ممكن أن يفسخ، والمشرع أخذ بعين الإعتبار هذه الحالة حيث نرى أنه خرج فيها عن القاعدة العامة التي تقضي بالأثر الرجعي

<sup>1</sup> \_محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، نفس المرجع السابق ص 359

<sup>2</sup> \_ المادة 835 من القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> \_ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة،

الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن سنة 2008، ص 459

للفسخ، وهي ما تم النص عليه في المادة 885 من ق م ج بأنه " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاءه أو زواله لأي سبب اخر إذا أثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام العقد. " <sup>1</sup>

خلال ما تم النص عليه في المادة سالفة الذكر في حالة قيام المدين المشتري برهن رسمي للعقار لمصلحة الغير وكان هذا الأخير أي الدائن المرتهن حسن النية لا يعلم أن العقد الاصلي سوف يفسخ ويقوم بعملية الارتهان، ثم يتم فسخ العقد الأصلي ففي الأصل يستوجب على المشتري رد العقار للبائع خاليا من الحقوق العينية التي ترتبت عليه طبقا للقاعدة العامة لكن المشرع استثنى الدائن المرتهن حسن النية حيث أنه بالرغم من فسخ العقد وعودة العقار للبائع إلا أنه يعود له متقلا بالرهن، فلا يتأثر المرتهن هنا بالفسخ. <sup>2</sup>

### ثالثا: عقود الإدارة التي تم ابرامها بحسن نية.

قد قام المشرع الجزائري بالخروج عن القاعدة العامة في حالة قيام المالك بأعمال الإدارة الحسنة قبل أن يتقرر الفسخ.

فالأصل هنا هو بقاء أعمال الإدارة التي قام بها المالك أي المشتري صحيحة لصالح الغير الذي اكتسب حقا على الشيء محل العقد المفسوخ ولن يتأثر بالفسخ. <sup>3</sup>

ومن أهم الأعمال والتي تعتبر شائعة جدا في المجتمع هي عقد الإيجار الذي يزيد عن ثلاث سنوات حيث إذا قام مالك الحقيقي بتأجير ملكه وكان المستأجر غير عالم بأن عقد البيع بين

<sup>1</sup> \_ المادة 885 من القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> \_ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان

المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، سنة 2003، ص 109

<sup>3</sup> \_ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، نفس المرجع السابق ص 359

مأجره وبائع العقار مهدد بال فسخ أو سيتم فسخه أي أنه كان حسن النية لا يسري عليه الأثر الرجعي للفسخ ويبقى مستأجرا للعقار حتى تنتهي المدة المتفق عليها.<sup>1</sup> فحسب ما نصت عليه المادة 468 من ق م ج بأنه: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدته عن 3 ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك."<sup>2</sup>

وما نفهمه من المادة سالفه الذكر أنه إذا كان المالك الحقيقي للشئ هو من قام بتأجيره للمستأجر بعقد ثابت التاريخ ولو تجاوز الثلاث سنوات يبقى العقد ساريا ولا يمكن للبائع استرداد المبيع حتى تنتهي مدة الايجار.<sup>3</sup>

#### رابعا: تقرير حق على عقار.

استثنى المشرع الجزائري أيضا الغير الذي تقرر لصالحه حق عيني أصلي أو تبعي على عقار وتم شهره وفقا لإجراءات الشهر ووفق ما تم لنص عليه في الأمر 74\_75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، حيث تنص المادة 15 على أنه " كل حق للملكية وكل حق عيني اخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

<sup>1</sup> \_العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، وفق اخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات

المحكمة العليا، دراسة مقارنة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، د س، ص 492

<sup>2</sup> \_المادة 468 من القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> \_ياسين محمد الجبوري، نفس المرجع السابق، ص 459

والمادة 16 التي تنص أنه " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية. "

ما يتبين لنا هو أن الغير إذا قام بشهر حق عيني على عقار ترتب لصالحه وهو حسن النية لا يعلم أن العقد الأصلي مهدد بالفسخ حتى وإن تم فسخ العقد بعدها لا يتأثر الغير حسن النية ولا يسري عليه الحكم بالفسخ.<sup>1</sup>

#### خامسا: حالة التملك بالتقادم المكسب.

استثنى المشرع من القاعدة العامة أيضا الغير الذي يكتسب ملكية عقار أو منقول عن طريق التقادم المكسب فحسب ما نصت عليه المادة 827 من ق م ج على أنه " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة دون انقطاع. "

والمادة 828 من ق م ج "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات. " <sup>2</sup>

فإذا قام البائع ببيع شيء معين إلى المشتري ثم جاء شخص اخر وهو الغير واكتسبه بالتقادم المكسب أي صار ملكا له ثم بعدها تقرر فسخ العقد فأثر الفسخ لا يسري على الغير لأنه محمي قانونيا حسب المواد سالفة الذكر. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، نفس المرجع السابق، ص 360

<sup>2</sup> \_المواد 827 و 828 من القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> \_عبد الكريم بلعور ، نفس المرجع السابق ، ص 298

لكن حسب المادة 122 من م ج التي تنص أن " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض.<sup>1</sup>"  
 في هذه المادة بين المشرع أن حق من تقرر لصالحه فسخ العقد بالرغم من أنه لن يسترجع ملكية الشيء محل العقد بسبب الاستحالة القانونية له لكنه سيأخذ حقه بالمقابل أي عن طريق التعويض.<sup>2</sup>

يتبين لنا مما سب ذكره أنه بالرغم من أن القاعدة العامة تقضي بأن أثر فسخ العقد يسري حتى على الغير حسن النية الذي لا يعد طرفاً في العقد إلا أن هناك حالات نص عليها القانون والتي نصت على عدم مساس هذا الفسخ بحقوق الغير التي ترتبت على المبيع حماية لهم، لكن المشرع لم يهدر حق من ترتب لصالحه الفسخ حيث أجاز للمحكمة بالحكم له بالتعويض

<sup>1</sup> \_المادة 122 من القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> \_حسينة حمو ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع انون المسؤولية المهنية ،

كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011، ص 102

خاتمة

## خاتمة

وعليه خلاصة القول حول هذا الموضوع أن تنفيذ العقد يعد الغاية الأساسية من إبرامه، إذ أن الأطراف عند دخولهم في العلاقة التعاقدية يفعلون ذلك على أساس الإلتزام ببند العقد وتنفيذ ما اتفقوا بحسن نية، حيث حرص المشرع الجزائري على إقرار مختلف الضمانات والوسائل القانونية لتشجيع الأطراف على التنفيذ و الوفاء بالتزاماتهم القانونية وذلك لتفادي سلوك من شأنه أن يحدث إخلال في التنفيذ.

غير أنه بالرغم من أن المشرع أدرج تلك الضمانات قد يحدث في بعض الحالات إخلال في تنفيذ العقد وذلك يؤدي حتما إلى فسخه، حيث يعد الفسخ من أهم الجزاءات التي قررها المشرع الجزائري لمعالجة الإخلال بالإلتزامات الناتجة عن العقد وذلك عن طريق منح الدائن الحق في إنهاء العلاقة التعاقدية عند إخلال المدين بأحد إلتزاماته.

ويمكن اختصار النتائج المتوصل إليها في هذا الموضوع فيما يلي:

بخصوص وقوع الفسخ قد اشترط المشرع الجزائري في القانون المدني منه على جملة من الشروط بحيث لا يمكن وقوع الفسخ بصفة مطلقة:

\_ أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين ولا يجوز في العقود الملزمة لجانب واحد.

\_ أن يكون هناك إخلال في تنفيذ الإلتزام من أحد الأطراف وليس بسبب أجنبي إلا في انفساخ العقد

\_ أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادرا على إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

ويتضح أيضا أن المشرع الجزائري منح للقاضي استعمال سلطته التقديرية في إيقاع الفسخ طبقا للمادة 119 من ق م ج، بعدم إقرار الفسخ مباشرة وإنما قد يمنح القاضي للمدين أجلا للتنفيذ إلا في حالات معينة كحالة سوء نية المدين لأن الأصل في تنفيذ العقود يكون بحسن نية طبقا

لنص المادة 107 من ق م ج، أو قد يقرر فسخ العقد جزئياً إذا كان العقد قابلاً للتجزئة وذلك بالاعتماد على معيارين:

\_ معيار شخصي والذي يعتمد على موقف الدائن ونظرته لأهمية الإلتزام

\_ معيار موضوعي بالنظر إلى ما يترتب عليه من تنفيذ الإلتزام من الإخلال بالتوازن القائم بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

نلاحظ تنوع أنواع الفسخ وطرقه في التشريع الجزائري من فسخ قضائي، فسخ إتفاقي وفسخ بحكم القانون مما يدل على وجود مرونة في مواجهة الإخلال بالتزامات، إلا أن التطبيق العملي يبين أن الفسخ القضائي هو الأكثر شيوعاً نظراً لما يتمتع به القاضي من صلاحية في استعمال سلطته في إقرار الفسخ.

ويتبين أن آثار الفسخ في القانون المدني الجزائري تتمثل أساساً في زوال العقد بأثر رجعي بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن منذ البداية أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ويلزم كل طرف برد ما تسلمه أو ما تلقاه من الطرف الآخر فإذا تعذر الرد يجوز الحكم بالتعويض كما أنه لا يقتصر أثر الفسخ على طرفي العقد فقط بل يتسع ويشمل الغير. لهذا نقترح التوصيات التالية:

ضرورة أن تكون بنود العقد واضحة بين المتعاقدين حيث كلما كانت واضحة قل احتمال حصول إخلال في التنفيذ وبالتالي يقل اللجوء إلى الفسخ كوسيلة لحل النزاع.

تبيان وتحديد ضوابط أوضح لفسخ عقود المدة لأن المشرع تركها مبهمه دون نص صريح يقضي بذلك لتفادي التعسف في استعمال حق الفسخ وأيضا للمحافظة على استقرار المعاملات.

## قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

القوانين و التشريعات

- القانون رقم 05\_07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق ل13 ماي سنة 2007، المعدل و المتمم للأمر 75\_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
- قانون رقم 131 لسنة 1948، يتعلق بإصدار القانون المدني المصري، المؤرخ في 09\_07\_1948 مجلة الوقائع، العدد رقم 108 مكرر أ
- القانون المدني الفرنسي، code civil ، الصادر في 21 مارس 1804 ، المعدل و المتمم بمختلف القوانين اللاحقة حتي اخر تعديل بتاريخ 01 يناير 2025 ، موقع [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr)

الكتب العامة

- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004
- العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني المصادر الإرادية، ط 2، دار هومة، د ب ن، 2015 2016
- العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، وفق اخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، د س

- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002
- سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، د ط، دار الجامعة الجديدة، د ب ن ، 2005
- سعد نبيل إبراهيم، العقود المسماة، الأيجار، الجزء الثاني ، د ط ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1998
- سليمان مرقس، \_أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزامات، ج1، دط، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، أحكام الإلتزام ، ط 2 المنشورات الحقوقية ، بيروت، لبنان ، د س
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، العقد الإرادة المنفردة العمل غير المشروع الاثراء بلا سبب القانون، 1999 2000
- شريف الطباخ، الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014 2015
- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 3، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، سنة 2003
- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3 موفم للنشر ، 2013

- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، دار الجامعة الجديدة، 2005
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012
- محمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، بيروت، لبنان
- محمود عبد الرحيم الديب الوجيز في مصادر الإلتزام، الجزء الأول، 1988
- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الإلتزامات، دراسة موازنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن سنة 2008

#### الكتب المتخصصة

- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، ط 3، منشئة المعارف الإسكندرية 1997
- عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986
- عمر علي الشامي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية 2003
- محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د س

- أحمد نعمة عطية الشمري، الأسس الفنية لنظرية الفسخ، دراسة مقارنة بين التقنين الفرنسي لعام 2016 والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، مجلة المعهد العالي للدراسات النوعية، مجلد 3 عدد 15 يوليو 2023 من ص 4765 إلى ص 4792
- حملاوي دغيش، الشرط كوصف للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 01، 2024 من ص 234 إلى ص 251
- درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة التعاقدية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، دون عدد وطبعة وسنة من ص 403 إلى 417
- مروى محجوب بوكريس، رغبة عليان، نظرية الإلتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي، دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 06 عدد 02، 2021 من ص 86 إلى ص 103

#### الاجتهادات القضائية القضائية

- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 225843 بتاريخ 20\_02\_2002 موضوعه سوء تطبيق المادة 119، elmouhami.com، تاريخ الاطلاع 2025\_09\_01
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 212782 بتاريخ 12\_01\_2000، موضوعه منح أجل لعدم تنفيذ الإلتزام، المجلة القضائية، العدد 1 سنة 2001 ص 114 تحت عنوان انحلال العقد، عدم تنفيذ الإلتزام، منح أجل للمطعون ضدها لتنفيذ التزامها تطبيق صحيح للمادة 2/119 ق م ج

- حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011
- لطيفة أمازو، إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2001

#### المذكرات

- سعيدة جوهرى، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ، الجزائر 2012/2013
- نجلاء بودماغ، عائشة بكوش، انحلال العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ، جوان 2022

# فهرس المحتويات

شكر وتقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

1.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول: مفهوم فسخ العقد
5.....	المبحث الأول: تعريف فسخ العقد وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له
5.....	المطلب الأول: تعريف فسخ العقد
5.....	الفرع الأول : التعريف القانوني لفسخ العقد
9.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لفسخ العقد:
12.....	المطلب الثاني: تمييز الفسخ عن الأنظمة المشابهة له
12.....	الفرع الاول: تمييز الفسخ عن الانفساخ
12.....	أولاً: أوجه الشبه
12.....	ثانياً: أوجه الاختلاف
13.....	الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ
14.....	أولاً: أوجه الشبه
14.....	ثانياً: أوجه الاختلاف
15.....	الفرع الثالث: تمييز الفسخ عن البطلان
16.....	الفرع الرابع: تمييز الفسخ عن الإبطال
18.....	المبحث الثاني: تاريخ الفسخ وأساس نظرية فسخ العقد و شروطه
18.....	الفرع الأول: تاريخ الفسخ
18.....	أولاً: الفسخ في القانون الروماني
20.....	ثانياً: الفسخ في القانون الكنسي
21.....	ثالثاً: الفسخ في القانون الفرنسي

21.....	رابعاً: الفسخ في الإسلام.....
22.....	الفرع الثاني: أساس قيام نظرية الفسخ.....
23.....	أولاً: الشرط الفاسخ الصريح كأساس لنظرية الفسخ.....
24.....	ثانياً: الشرط الفاسخ الضمني كأساس لنظرية فسخ العقد.....
26.....	ثالثاً: السبب كأساس لنظرية فسخ العقد.....
28.....	رابعاً: فكرة العدالة كأساس للفسخ.....
29.....	خامساً: فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كأساس لنظرية الفسخ.....
32.....	المطلب الثاني: شروط فسخ العقد.....
32.....	الفرع الأول: أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين.....
33.....	الفرع الثاني: أن يكون هناك عدم تنفيذ من أحد طرفي العقد.....
35.....	الفرع الثالث: أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادراً على إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد.....
36.....	الفصل الثاني: طرق فسخ العقد وآثاره.....
	تمهيد: ..... <b>Erreur ! Signet non défini.</b>
37.....	المبحث الأول: طرق فسخ العقد.....
37.....	المطلب الأول: الفسخ القضائي.....
38.....	الفرع الأول: شروط الفسخ القضائي.....
38.....	الفرع الثاني: كيفية إيقاع الفسخ القضائي.....
39.....	أولاً: ضرورة إعدار المدين .....
40.....	ثانياً: رفع دعوى الفسخ.....
42.....	ثالثاً: ضرورة صدور حكم يقضي بالفسخ.....
43.....	الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في إيقاع الفسخ.....
44.....	أولاً: سلطة القاضي التقديرية في منح الدين أجلاً للتنفيذ.....

47.....	ثانيا: سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا جزئيا
50.....	المطلب الثاني : الفسخ الإتفاقي
50.....	الفرع الأول : صور الشرط الإتفاقي
50.....	أولا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا
51.....	ثانيا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا بحكم القانون أو من تلقاء نفسه
51.....	ثالثا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا بحكم القانون وبدون حاجة إلى حكم قضائي
53.....	رابعا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا دون حكم قضائي أو إذار
54.....	الفرع الثاني: موانع تطبيق الشرط الاتفاقي
54.....	أولا: الظروف الخارجية ذات الطبيعة الإرادية
55.....	ثانيا: الظروف الخارجية ذات الطبيعة القانونية
56.....	المطلب الثالث: انفساخ العقد بقوة القانون
57.....	الفرع الأول: حالات استحالة التنفيذ
57.....	أولا: استحالة التنفيذ لا ترجع لسبب أجنبي
57.....	ثانيا: استحالة التنفيذ ترجع لسبب أجنبي
58.....	الفرع الثاني : شروط الاستحالة
58.....	أولا: يجب على الاستحالة أن تكون مطلقة
59.....	ثانيا: يجب أيضا أن تكون الاستحالة كاملة وتامة
59.....	ثالثا: وقت نشوء الاستحالة
59.....	رابعا: مصدر الاستحالة هو السبب الأجنبي
60.....	الفرع الثالث : تحمل تبعه الانفساخ (تبعه الهلاك)
61.....	المبحث الثاني: اثار فسخ العقد
61.....	المطلب الأول: اثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

61.....	الفرع الأول: القاعدة العامة هي زوال العقد بأثر رجعي.....
66.....	الفرع الثاني: خضوع المدين لقاعدة زوال العقد بأثر رجعي.....
67.....	الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على القاعدة العامة.....
71.....	المطلب الثاني : آثار فسخ العقد بالنسبة إلى الغير.....
72.....	الفرع الأول : القاعدة العامة زوال حقوق الغير.....
73.....	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة.....
74.....	أولاً: حائز المنقول بحسن نية.....
74.....	ثانياً: الدائن المرتهن حسن النية.....
75.....	ثالثاً: عقود الإدارة التي تم ابرامها بحسن نية.....
76.....	رابعاً: تقرير حق على عقار.....
77.....	خامساً: حالة التملك بالتقادم المكسب.....
79.....	خاتمة.....
82.....	قائمة المصادر والمراجع.....
88.....	فهرس المحتويات.....