جامعـــــــة آمحمـــد بوقـــــرة- بومـــرداس

كلية الحقــوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تحـــت عنـــــــوان:

الفسخ الاتفاقي في القانون المدني

مذكرة مقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهـادة الماستر في القانون

تخصص قانون خاص معمّق

إعداد الطالبـــة: تحت إشراف الدكتورة

❖ سميرة سويح جبارة نورة

لجنـــــــــــة المناقشـــــــــة

الإسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
حمداوي نورة	أستاذ محاضر(ب)	كلية الحقوق - آمحمد بوقرة بومرداس	رئيسا
جبارة نورة	أستاذ محاضر(أ)	كلية الحقوق - آمحمد بوقرة بومرداس	مشرفا ومقررا
مزعاش عبد الرحيم	أستاذ محاضر(ب)	كلية الحقوق - آمحمد بوقرة بومرداس	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2019-2020

شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله الذي بفضله تتم النعم

عرفانا وشكرا وامتنانا للأستاذة جبارة نورة التي أشرفت على هذا العمل، وزودتني بالنصائح والارشادات التي أنارت الطريق أمامي ولم تبخل عليا بأي شيء.

إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام على قبولهم مناقشة وتقييم هذه المذكرة.

سويح سميرة

إهداء

إلى الغالي الذي رحل وسكن التراب، أبي طيب الله ثراه

إلى الغالية التي تعبت من أجلنا، أمي حفظها الله.

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء، حفظهم الله ورعاهم.

إلى زوجي العزيز الذي تحمل معي عناء المشوار الدراسي الصعب.

إلى أبنائي وقرة عيني ريان، ليليان، دارين جعلهم الله نفعا لدينهم ووطنهم وأطال الله في أعمارهم.

إلى كل من شجعني وساعدني لإكمال هذا العمل.

إلى كل من وقف بجانبي ولو بكلمة طيبة.

إلى كل الأحباء والأصدقاء.

إلى كل أساتذتي المحترمين.

شكرا لكم.

سميرة سويح.

قائمة المختصرات

- د.س.ن : دون سنة النشر
- د.ب.ن : دون بلد النشر
- م: م
- ص: الصفحة
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق. م .ج: القانون المدني الجزائري.
- ق. م.م: القانون المدني المصري.
- ق. م . ف: القانون المدني الفرنسي.

المقدمـــــــــة

المقدمـــــــة

يعتبر العقد أهم وسيلة تربط معاملات الأفراد باعتبار أنه شريعة المتعاقدين فلابد أن ينشأ صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه حتى يحقق المصلحة المرجوة تماشيا مع مبدأ حسن النية في التعامل. فقد يحدث ألا تستمر هذه العلاقة إذا أخل أحد الأطراف بالتزامه مما يدفع الطرف الآخر لحماية حقه بالتحلل من الالتزام المقابل عن طريق فسخ العقد.

فالفسخ نظام يفترض وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه ليقلل بذلك من تنفيذ ما التزم به فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه، فإنّ الوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا فإنّ المتعاقد الآخر له الخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ على أن يكون قد أعذر المدين من قبل. فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه تعيّن على القاضي أن يستجيب لهذا الطلب وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك، أما إذا اختار الفسخ فلا يجوز للقاضي أن يمنعه بل يجوز أن يمهل المدين مهلة.

والفسخ أنواع القضائي والاتفاقي والفسخ بقوة القانون والفسخ القضائي المقصود به فسخ العقد عن طريق القضاء، أنّ حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه كقاعدة عامة؛ نظرا لما لهذا الإجراء من خطورة بالغة على العقد وبذلك ينبغي تدخل القاضي واستصدار حكم قضائي بذلك. أما الفسخ بقوة القانون يقصد به انفساخ العقد وانحلاله بقوة القانون، مما يجعل الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه من قبل ذلك تزول وتنقضي رغم إرادة المتعاقدين ورغم إرادة القاضي أيضا إذا ما عرض عليه النزاع.

أما الفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين يقصد به أنّ للطرفين المتعاقدين الحق في الاتفاق على إبرام العقد على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم قضائي في شأنه وهو موضوع دراستنا.

وقد أدرجت مختلف التشريعات نظرية فسخ العقد حسب ما يتماشى وطبيعة المعاملات العقدية فيها، فالمشرع الفرنسي أخذ بالشرط الضمني في فسخ العقد، بينما أخذ المشرع المصري بالفسخ الاتفاقي حتى دون إعذار. وقد أخذ المشرع الجزائري الفسخ الاتفاقي مع إلزامية الإعذار.

ولموضوع الفسخ الاتفاقي أهمية بالغة في تنظيم العلاقة العقدية وكيفية التحلل منها بطريقة قانونية دون تعسف وحتى يضمن الطرف المتضرر حماية كافية لحقوقه. ويعتبر موضوع الفسخ الاتفاقي بصورة خاصة موضوع عملي مرتبط بالتزامات الأفراد العقدية اقتصاديا واجتماعيا والتي يجب احترامها والالتزام بها فالمتعاقد معه من خلال دور الشرط الصريح الفاسخ وتأثيره. والذي يسمح به المشرع الجزائري لتجنب تعقيدات القضاء واختصار مسافة حل الرابطة العقدية لكن إلزام طالب الفسخ بالإعذار حتى يسهل على القاضي الحكم بالتنفيذ أو فسخ العقد.

ويعتبر سبب اختياري لهذا الموضوع هو الرغبة في دراسة مادة العقود واختياري لموضوع الفسخ الذي يرد على العقود وكيف أن المشرع أحاطه بشروط خاصة جعلها إلزاميا على الأطراف المتعاقدة ولأنّ هذا الموضوع له أهمية كبيرة في حل الرابطة العقدية وجعلها بيد الدائن.

وقد اقتصرت دراسة هذا الموضوع على المراجع العامة التي تناولت الموضوع بصورة عامة وكذا بعض المراجع الخاصة التي أخذت جانب من تحليل نظرية الفسخ كالدكتور بلعيور عبد الكريم، والدكتور عبد الحميد الشواربي، ورسالة الماجستير لحمو حسينة.

وقد تناولت الدراسات السابقة موضوع الفسخ بصورة عامة وبأنواعه الثلاثة؛ وهو ما اسماه المشرع الجزائري "انحلال العقد" والتي لم تأخذ موضوع الفسخ الاتفاقي بنوع من التوسع والتي ارتكزت على أهم النقاط المحيطة بالموضوع، ولهذا سنتناول هذا الموضوع بتوضيح أكثر لدور الإرادة المنفردة في إيقاع الفسخ، وقد واجهتني صعوبات عديدة في إنجاز هذا الموضوع أهمها: جائحة كورونا التي عمت على البلاد وكانت سببا في انقطاع

الدراسة وغلق الجامعات وغلق المكتبات مما أدى ذلك لصعوبة الحصول على المراجع واللجوء إلى المصادر الإلكترونية، وعليه نطرح الإشكالية التالية: **ما هو مفهوم الفسخ الاتفاقي؟ وما هي أحكامه؟**

وللإجابة على الإشكالية المطروحة والإحاطة بمختلف جوانب الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي لدراسة الموضوع وتوضيح الفسخ الاتفاقي وفق مواد قانونية أدرجها المشرع في القانون المدني الجزائري.

واعتمدنا التقسيم الثنائي، حيث قسمنا العمل إلى فصلين خصصنا **الفصل الأول** للتحدث عن ماهية الفسخ الاتفاقي وبدوره قسمناه إلى مبحثين، تطرقنا في **المبحث الأول** إلى التطور التاريخي لنظام الفسخ وأساسه القانوني، ثم تمييز الفسخ الاتفاقي عن الأنظمة المشابهة له وحالاته في **المبحث الثاني**.

أما **الفصل الثاني** فقد تضمن الأحكام العامة للفسخ الاتفاقي والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، تضمن المبحث الأول شروط الفسخ الاتفاقي وحق المتعاقدين فيه أما المبحث الثاني فقد أدرجنا فيه دور القاضي في الفسخ الاتفاقي وآثاره.

وختمنا الدراسة بخاتمة تناولنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها، والاقتراحات التي نأمل أن تبنى عليها دراسات لاحقة لهذه المذكرة.

الفصل الأول

ماهية الفسخ الإتفاقي

يعتبر الفسخ الاتفاقي بأنواعه الثلاثة نظام قانوني في العلاقة العقدية التي تشتمل التزامات متقابلة بين أطراف العقد تكون فيها مسؤولية كل طرف محددة قانونا، والفسخ هو حل للرابطة العقدية وإنهائها.

يعتبر الرومان أول من عرّف فكرة "انحلال العقد "عن طريق الفسخ في عقد البيع[1] باعتباره مجتمع له مكانة سامية بين الشرائع القانونية القديمة[2].

إنّ نظام الفسخ بأنواعه مرتبط بالعقود التبادلية الملزمة للجانبين يتم تطبيقه لتحقيق التوازن بين التزامات الدائن والتزامات المدين، وحتى يكون هذا الحق قائم للدائن فإنه يجب أن يكون المدين قد أخل بالتزامه حتى يتمكن من طلب التنفيذ أو فسخ العقد.

لقد تأثرت المجتمعات بالقانون الروماني وعمل الكنسيون على تطويره ومكنوا فسخ العقد في كل العقود التبادلية. وهو ما أخذت به التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي فاستمدوا صياغة النظرية من القانون الروماني وعملوا بها فأصبح إخلال المدين بالتزامه يمكن الدائن من فسخ العقد[3].

جاء تقنين نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته، فأصبح وجود الفسخ يقع ضمنيا عند إخلال المدين بالتزامه[4].

وعمل بذلك المشرع المصري والمشرع الجزائري الذي نص بصيغة خاصة على الفسخ الاتفاقي بإدراج الشرط الصريح وإلزامية الإعذار.ولقد كل مجتمع على أساس قانوني حول نظرية الفسخ. فهناك من رده إلى السبب وهناك من ربط الأساس القانوني

---

[1]– حسين تونسي، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007 ص15.

[2]– بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1985 ص13.

[3]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات لجامعية، الجزائر،2008،ص21

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 156.

للشرط الفاسخ الضمني، بينما أخذ البعض بوجود الشرط الفاسخ الصريح كأساس قانوني، بينما ربط الرأي الأخر أساس فسخ العقد بترابط الالتزامات بين التزام الدائن والتزام المدين وهو ما تضمنه **(المبحث الأول)** ومن خلال هذه الدراسة فإنّ الفسخ الاتفاقي قد يتشابه مع الأنظمة الأخرى كالفسخ القضائي والبطلان والدفع بعدم التنفيذ والانفساخ. وبما أن موضوع الفسخ بأنواعه يحتاج إلى حكم قضائي ويتضمن شروط عامة تناولها المشرع في م 119 ق.م.ج فقد ميّز الفسخ الاتفاقي من خلال وجود شروط للفسخ الصريح وإعذار المدين في م 120 ق.م.ج وهو ما تضمنه **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التطور التاريخي لنظام الفسخ الاتفاقي

بما أنّ نظام الفسخ بأنواعه الاتفاقي والقضائي والفسخ بقوة القانون قد تطور في بدايته، فقد كان غير معترف به على أساس أنّ العقد لم يكن ينشأ وفقا للقانون الروماني إلا التزامات مستقل بعضها عن البعض ولا تقابل بينها ولا ترابط [1] وكان للدائن عند تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته أن يطلب التنفيذ وتطور فيما بعد إلى أنوصل إلى بعض العقود الرضائية وعلى أساس حماية الطرف الضعيف فضلا عن خضوع الإرادة لبعض المظاهر الشكلية [2]. وبما أنّ الشعوب البدائية كانت تسلط عليها فكرة الشكلية تسلطا يشمل معظم مظاهر الحياة [3] وبعد التطور في مجال العقود التي أصبحت تعتمد على الرضا لا على الشكل فالكنسيون هم الذين شيدوا نظرية الفسخ كما شيدوا نظرية الدفع بعدم التنفيذ لتطور المعاملات بين الناس[4].

مما أثر في القانون الفرنسي وحتى المصري والجزائري في مجال الفسخ، فكل ذلك سيظهر من خلال دراسة التطور التاريخي لنظام الفسخ **(المطلب الأول)** فقد انتقل هذا التأثير إلى قوانين الأقطار العربية ومنها القانون المدني الجزائري الذي يعتبر أساس نظرية الفسخ بصورة عامة السبب في الالتزام[5]. غير أنّ هناك من رأى أن وجود الشرط الضمني في العقد هو الأساس القانوني لنظام الفسخ عند إخلال المدين بالتزامه واعتبر المشرع الجزائري في الفسخ الاتفاقي تحقق الشرط الصحيح المتفق عليه أساس فسخ العقد، بينما رأى البعض أنّ أساس الفسخ بصورة عامة تبادل الالتزامات وهي النظرية

---

[1]– عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء،الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص21.

[2]– فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2008، ص93.

[3]– محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص119.

[4]– بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص478.

[5]– حسين تونسي، مرجع سابق.ص12.

التي تكون أقرب إلى الواقع فلولا وجود الالتزام الأول لما وجد الالتزام الثاني.إذ سنوضح كل ذلك من خلال دراسة الأساس القانوني لنظام الفسخ الاتفاقي**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

التطور التاريخي لنظام الفسخ

كان نظام الفسخ بجميع أنواعه في بدايته مرتبطا بالحضارة الرومانية التي عرفت الالتزام بالعلاقة العقدية بين الدائن والمدين، وقد تناولت مدوّنة جوسيتان تعريف الالتزام وأهميته في القانون الروماني[1]. وقد عرفت العقود بين الطرفين مجالا ضيّقا فقد كانت الشكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة[2] ورغم ما عرفه المجتمع الروماني من قيود شكلية إلا أنه سعى إلى التطور بفضل ما عرفته التجارة وزيادة التعامل في مجال العقود، مما ساعد على ظهور نظام الفسخ في البيع مما خلص القانون الروماني من هذا الجمود وتلك القسوة التي أدت إليها الإغراق في الشكلية[3].

عمل الكنسيون على تحرير العقود من الشكلية الرومانية وفتح مجال أشمل وأوسع في فسخ العقد وهو ما اعتمده العديد من القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي الذي اعترف بفسخ العقد عند وجود الشرط الفاسخ الضمني أي عند تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه.

وهو ما سار عليه التشريع المصري، في حين أنّ القانون الجزائري جعل الفسخ بأنواعه تحت ما يسمى بانحلال العقد وميّز الفسخ الاتفاقي في م 120 قمج بوجود الإعذار وتحقق الشرط الصريح. وسنقوم بدراسة كل ذلك بالتفصيل من خلال التطرق لفسخ العقد في القانون الروماني**(الفرع الأول)**، ثم الفسخ في العقد القانون الكنسي**(الفرع**

---

[1]– فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد.الإرادة. د.م.ج.الجزائر.2009.ص5.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص05.

[3]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2007، ص55.

الثاني) والفسخ في القانون الفرنسي**(الفرع الثالث)** والفسخ في القانون المصري**(الفرع الرابع)** ثم الفسخ في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: فسخ العقد في القانون الروماني.

عرف المجتمع الروماني العقد كمصدر للالتزام ويقوم على وجود الشكلية البحتة وله صيغ خاصة مما جعله مقيّدا ومحدودا فلم يكن لمبدأ سلطان الإرادة ومن حضور أو وجود في القانون الروماني[1] حيث يعتبر أنّ اتفاق الأطراف هو الذي يولد الالتزام فكان أول نوع للعقود عرفه القانون الروماني هو ذلك العقد الذي يتولد عن الكلام وينشأ عنه[2] ولم يكن هذا القانون ليهتم بموضوع العقد فإذا استوفى العقد شكلا معينا فلا مجال فيه للإرادة بل يكفي شكل العقد حتى يقوم الالتزام، كما لا يكون للدائن حق فسخ العقد عند عدم وفاء المدين بل طلب التنفيذ لاستقلال الالتزام الأول عن الثاني.

مع التطور الذي شهدته روما اقتصاديا واجتماعيا فقد أدخل الرومان الرضائية على بعض العقود عقد البيع والإيجار، حيث أصبح للدائن حق فسخ العقد عند عدم الوفاء المدين بالالتزام حتى يتحلل الدائن من التزامه العقدي. فامتناع المدين عن تنفيذ ما التزم به مع الدائن سمح له القانون الروماني بفسخ العقد حتى لا يكون الالتزام من جانب واحد.

إنّ نظرية الفسخ كحل للرابطة العقدية في القانون الروماني لم تكن كافية وبقيت محصورة ومرتبطة ببعض الأنواع من العقود التي اعترف بها القانون الروماني بحق فسخ العقد؛ إلا أنه لا يمكن الاستغناء عنها في مجال البحث عن أصول نظرية الفسخ[3].

لقد مكّن تطور العقود التبادلية من التخلص نوعا ما من الشكلية وفتح مجال أوسع حتى لا تكون الشكلية عائقا على إرادة الأطراف. إنّ القانون الروماني هو المصدر

---

[1]– فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص41.

[2]– بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص15.

[3]– المرجع نفسه، ص15.

الذي استوحت منه المجتمعات نظرية فسخ العقد رغم أنها اقتصرت على عقود معيّنة، وعاش لفترات طويلة متأثرا بالعديد من القوانين.

الفرع الثاني: الفسخ في القانون الكنسي.

إنّ الشكلية التي عرفتها العقود في القانون الروماني قد حررها القانون الكنسي حيث يعتبر رجال الكنيسة هم الذين عملوا على إنشاء نظرية الفسخ باعتبارها امتداد لنظرية الدفع بعدم التنفيذ، واستندوا في تبرير نظرية الفسخ إلى مبدأ أنه "لا يراعي عهد من لا عهد له" واعتبروا أنّ الالتزام بالعقد هو واجب ديني والتزام أخلاقي[1].

وتوسع النظام الكنسي بإضفاء الرضائية على كل العقود الملزمة لجانبين وفتحت مجال أوسع في فسخ العقد فأصبح للدائن حق فسخ العقد والتخلص من النظام الشكل وظهور قاعدة أن مجرد الاتفاق ملزم[2] حيث يلتزم الواحد بالوفاء بوعده لأنّ الكنيسة تقدس الوفاء وتوجب احترام الروابط والعلاقات ولهذا كان نظام الفسخ آنذاك يغلب عليه الطابع الفقهي والفتاوى التي يصدرها رجال الكنيسة[3] واتبع العمل بنظام الفسخ كجزاء لعدم الوفاء على جميع العقود،وهكذا توصل القانون الكنسي إلى اعتبار مجرد توافق الإرادتين ينشئ التزاما قانونيا وينبغي ترك الحرية للإرادة لتحدد مضمون العقد وتوسع مجال الفسخ وأصبح يطبق على جميع العلاقات العقدية التبادلية[4] فقد كان الشرط الوحيد لتطبيق النظرية هو وجود علاقة بين الطرفين ويبقى العمل بالقانون الروماني في بعض المحاكم[5] فيطبق القانون الروماني باعتباره تشريعا احتياطيا[6].

---

[1]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص21.

[2]– محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص122.

[3]– بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص49.

[4]– فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 42.

[5]– حسين تونسي، المرجع سابق، ص19.

[6]– بلعيور عبد الكريم، المرجع نفسه، ص52.

الفرع الثالث:الفسخ في القانون الفرنسي.

من المعروف أنّ القانون الفرنسي قد تأثر إلى حد بعيد بنظام الفسخ في العقود الملزمة لجانبين المستوحاة من القانون الروماني والكنسي. فقد مكّن هذا القانون الفرنسي القديم الدائن من طلب التنفيذ كما مكنه من حق فسخ العقد عند توفر الشروط وامتناع المدين عن الوفاء بالتزامه.

إنّ القانون الحديث الذي عدلها المشرع الفرنسي في 2016 تضمن في م 1226ق.م. فبجواز فسخ الدائن للعقد وعلى مسؤوليته بعد إخطاره مدينه بإعذاره لتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة ويكون هدا الفسخ مبررا وللمدين حق الاعتراض قضائيا وعلى الدائن الإثبات.

إنّ حماية الروابط العقدية مبنية على حرية الأفراد التعاقدية والعمل على توسيعها بتنظيمها بطريقة قانونية حيث أصبح للدائن حق إنهاء الرابطة عن طريق فسخ العقد والتحلل من الالتزام بإعذار المدين المقصر وهو تعديل يتضمن شرط الإعذار.

إنّ القانون الفرنسي جعل من الفسخ حق قائم بين المتعاقدين يشترط فيه الأخطار ويكفي أن يتم بإرادة منفردة إذا أخل المدين بالتزامه فإنه من حق الدائن فسخ العقد وانحلال الرابطة بين الطرفين، فقد عرف القانون الفرنسي فكرة انحلال العقد[1]. وطبقها لمدة طويلة في م 1184 ق م ف من قانون نابليون وعدل شروط في العقد بالفسخ على مسؤولية الدائن في التعديل المدخل على الفسخ في م 1226 ق م ف يجوز للدائن وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار وفي غير حاله الاستعجال يجب عليه أولا اعذرا المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة. يتضمن الإخطار صراحة انه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد إذا استمر عدم التنفيذ

[1]–حسين تونسي، المرجع سابق،ص19.

يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره. يحق للمدين في أي وقت اللجوء إلى القضاء للاعتراض على الفسخ ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامة عدم التنفيذ[1].

الفرع الرابع:الفسخ في القانون المصري.

بما أنّ القانون المدني الفرنسي قد أثر في القانون المصري إلى حد بعيد حيث تضمن الفسخ بصورة عامة الشروط العامة أما الشرط الصريح الفاسخ فنصت[2] م 158 ق.م.م على أنه:"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 الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

أخذ المشرع المصري بنظام الفسخ بصورة عامة وخص الفسخ الاتفاقي بحرية كبيرة وواسعة في مجال توسيع مجال الشرط الصريح وهذا ما نستشفه من شرط الإعذار الذي يسمح فيه القانون المصري للأطراف المتعاقدة تضمين الاتفاق على الإعفاء من الإعذار وهذا ما خالفه المشرع الجزائري.

إنّ المشرع المصري سمح باستعمال الشرط الفاسخ الصريح في العقد بما في ذلك التخلي عن إعذار الدائن للمدين حتى يتمكن القاضي من الحكم بالفسخ[3] وتنص م 148على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

وعليه فإنّ الفسخ الاتفاقي في العلاقة العقدية التي سار عليها المشرع المصري هي أقرب منها إلى حرية المتعاقدين طالما أنّ الفسخ الاتفاقي وهو شريعة المتعاقدين فإنه

---

[1]– محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231–7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2018، ص99.

[2]–سمير عبد السيد تناغو، نظرية العقد وأحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص193.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، نظرية العقد وأحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص193.

أعطى كامل الحرية للأطراف المتعاقدة لا في الأثر المترتب على العقد حسب رغبتهما المشتركة[1].

الفرع الخامس: الفسخ في القانون المدني الجزائري.

كان القانون الجزائري يتبع القانون الفرنسي، وبما أنّ الفسخ بأنواعه مستمد منه بصورة عامة (إلى أن صدور القانون المدني الجزائري في 1975/09/26 ومنذ هذا التاريخ أصبح للفسخ نظريه عامة في القانون المدني الجزائري)، بمعنى أنّ المشرع الجزائري شديد التأثر بالقانون المدني الفرنسي لذلك نص ق.م.ج في القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان انحلال العقد في المواد من119 إلى 123 على الفسخ والدفع بعدم التنفيذ والانفساخ.

تنص م **120** ق م ج على جواز الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه فادا تحققت الشروط المتفق عليها فالفسخ يقع بدون حاجه إلى حكم قضائي ويبقى الإعذار شرط قائم عند تنازع المتعاقدين.

إنّ الفسخ الاتفاقي حسب المشرع الجزائري يجوز الاتفاق عليه عند تخلف المدين عن تنفيذ التزامه يكون للدائن حق فسخ العقد. حيث عارض المشرع الجزائري اتفاق الأطراف في أن يتم الفسخ دون إعذار،لذا شدد من دوره في الفسخ الاتفاقي وهو ما يعتبر صحيحا.

سمح المشرع المصري بفسخ العقد دون إعذار طالما أنّ إرادة الطرفين المتعاقدين اتجهت إلى ذلك؛ فكان بهذا نظام الفسخ الاتفاقي وليد إرادة المتعاقدين فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية[2] وإلزام المتعاقدين بالإعذار ولا يتم الاتفاق على استبعاده هو إجحاف في حق الحرية في الفسخ الاتفاقي.

---

[1]– المرجع نفسه، ص151.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 756.

وبما أنّ نص م 120 ق.م.ج كان صريحا وواضحا فإنّ مخالفة شرط إعذار المدين في القانون الجزائري فالعقد يعتبر قائما.

إنّ سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي لا تكون تقديرية بل مقيّدة، فإذا أراد المتعاقدين فسخ العقد إذا توفرت شروطه حكم القاضي به، أما إذا كان الاتفاق على الإعفاء من الإعذار فالقاضي لا يحكم بالفسخ لمخالفة النص الصريح في م. ونرى من جانبنا أن يتخلى المشرع الجزائري عن شرط الإعذار مثلما فعل المشرع المصري طالما أن إرادة الطرفين المتعاقدين اتجهت إلى فسخ العقد باتفاقهما.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظام الفسخ الاتفاقي.

إنّ الالتزامات العقدية بين الأفراد جعلت من أساس نظام الفسخ الاتفاقي اختلافات عديدة حول مصدره هذا الالتزام، فاعتبر البعض أن السبب هو الأساس القانوني الذي تبنى عليه نظريه الفسخ بأنواعه، بينما خالف البعض الأخر ذلك لوجود الشرط الفاسخ الضمني في العقد، وهو ما يخول للمتعاقدين حق الفسخ الاتفاقي. واعتمد آخرون كالمشرع المصري والجزائري في الفسخ الاتفاقي على الشرط الصريح، بينما الأقرب إلى المنطق والواقع ما ذهب إليه أصحاب نظرية ترابط الالتزامات فلولا وجود الالتزام الأول لما كان هناك التزام ثاني مقابل له.

الفرع الأول: نظرية السبب.

إنّ نظرية السبب أقامها القضاء الفرنسي واستمدها من القضاء الكنسي ويقصد بها الغاية من التعاقد، وبما أنّ العقد يشمل التزامات متبادلة فإنّ كل التزام هو سبب للثاني فإذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه كان من حق الدائن فسخ العقد لأنّ التزامه سبب الالتزام المقابل.

لقد لقيت هذه النظرية رواجا كبيرا على أساس أن السبب هو الغرض الذي يؤدي إليها الالتزام، وقد بدأت هذه النظرية في القرن السابع عشر وجاء الفقيه

DOMAT فصاغ نظرية عامة للسبب[1] باعتبار أنّ السبب هو الالتزام الذي أدى إلى نشوء العقد وأنّ السبب هو الأصل في التعاقد فإذا وجدت التزامات المتعاقد الأخر إذ تعتبر هذه سبب لتلك[2] وهذا ما يوضح دور القانون الكنسي أخذ بسبب في التعاقد ففي مجال عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن وسبب التزام هذا الأخير بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع[3].

وتبني هذه النظرية الالتزام على أساس السبب الذي أوجد العقد والغرض المقصود من التعاقد والذي إذا لم يلتزم به المتعاقد جاز للطرف الأخر أن يفسخ العقد ويزول الالتزام.

ومع التطور الذي عرفه المجتمع الفرنسي فقد وصلت النظرية إلى حد إعمال السبب في الغرض المتعاقد عليه فإذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة فسخ العقد لعدم مشروعية السبب وأخذ بها المشرع المصري والجزائري.

إنّ نظرية السبب عرفت انتقادات عديدة ومختلفة لأنه من باب المنطق القانوني يقضي عند تخلف السبب أن يكون الجزاء الذي يترتب على ذلك هو بطلان العقد وليس فسخه [4]، وعلى القاضي عند تخلف السبب أن يحكم ببطلان العقد لأنّ السبب ركن من أركان العقد.

الفرع الثاني: نظرية الشرط الفاسخ الضمني.

بعد التطور الذي عرفه القانون الفرنسي في مجال فسخ العقد بوجود الشرط الفاسخ الضمني الذي يفهم من نص م 1184 ق.م.ف عند تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، وبهذا فهو لم يحدّد ما إذا كان هذا الفسخ اتفاقي أم قضائي فهو يعتبر شرطا عام

---

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 299.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص538.

[3]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 98.

[4]–المرجع نفسه، ص99.

موجود يؤدي إلى فسخ العقد فإنّ عبارات العقد تفسر بعضها[1] وهذا ما يحدّد مصير العقد فالمشرع الفرنسي جعل أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني [2].

إنّ الشرط الفاسخ الضمني لا يحتاج أن يتفق المتعاقدان عليه في العقد بل يكفي أن يفهم ضمنيا فيجوز للدائن فسخ العقد والتحلل من التزامه حتى وإن لم يكن الشرط الفاسخ صريحا. ولهذا القانون الفرنسي غير من مجال فكرة الفسخ الاتفاقي وجعل الفسخ يقع بمجرد واقعة عدم الالتزام واستصدار حكم قضائي حتى يعتبر العقد مفسوخا.

إنّ جعل فسخ العقد باتفاق الأطراف مبني على إرادة الدائن المنفردة جعل من الفسخ الاتفاقي يتساوى مع الفسخ القضائي وهذا ما عرّض النظرية إلى النقد وجعلها لا تصلح أن تكون أساسا قانونيا لأنه أساسضيّق لتوفر شرط الإخلال في كل العقود الملزمة لجانبين وهو أمر طبيعي يؤدي بالدائن إلى طلب الفسخ كما تجعل الحكم بالفسخ لمجرد توافر الشرط وللقاضي الحكم به أو رفضه وعليه جاء نص م 1226 ق.م ف بإعذار المدين المقصر بالتنفيذ خلال مدة معقولة ويفسخ العقد بعدها كما للمدين حق الاعتراض أمام القضاء.

الفرع الثالث: نظرية الشرط الفاسخ الصريح.

تقوم هذه النظرية على وجود شرط فاسخ صريح في العقود الملزمة لجانبين بوجود عبارة صريحة وتدل على الفسخ حيث تكون عبارة واضحة لا تحتاج إلى تفسير[3] تكون مدونة في العقد إذا تحققت جاز للدائن الفسخ الاتفاقي للعقد كما يمكنه طلب التنفيذ قبل ذلك.

اعتبر المشرع المصري أن الفسخ الاتفاقي هو الذي يحمل عبارة الفسخ المتفق عليها في العقد الملزم للجانبين يتمسك بها الدائن عند تخلف المدين كما يجوز الاتفاق على الفسخ دون إعذار الدائن للمدين.

---

[1]– محمد صبري السعدي،مرجع سابق، ص283.

[2]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص.479

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 281.

إنّ وجود الشرط الفاسخ الصريح كأن ينص في عقد البيع على أن البيع سيفسخ عند عدم دفع المشتري ثمن يسهل إنهاء العقد[1].

أخذ المشرع الجزائري في م 120 ق.م.ج بالفسخ الاتفاقي إلا أنّه خالف المشرع المصري والتشريعات الأخرى التي أخذت بالفسخ دون إعذار بعد إدراج هذا الشرط في العقد حيث لا يمكن اتفاق الدائن والمدين على اعتبار العقد مفسوخا دون إعذار والقاضي لا يصدر حكما الفسخ إلا بعد توفر شرط الإعذار.

إنّ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يسمح للمتعاقدين بوقوع الفسخ إلاّ إذا وقع نزاع بينهما فيتم اللجوء إلى لقضاء واستصدار حكم بالفسخ.

إنّ هذه النظرية التي تحصر هذا النوع من الفسخ بالمبدأ والشرط الصريح قد ضيّقت من فكرة الفسخ لأنه بمجرد عدم الالتزام الأول لا يمكن أن يبقى الالتزام الثاني معلّقا كما أنّ الفسخ بأنواعه يحتاج إلى حكم قضائي وبناءا على ذلك فإننا نرى عدم صحة تأسيس نظرية الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح لأنّ مضمون النظرية يتجاوز ذلك[2].

الفرع الرابع: نظرية ترابط الالتزامات.

إنّ العقود الملزمة للجانبين تقوم على التزامات مترابطة حيث يعتبر التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الأخر فإذا أخل أحدهما بالتزامه جاز للطرف الأخر أن يطلب فسخ العقد[3] للارتباط الكبير بين الالتزام الأول والالتزام المقابل وهذا الارتباط الضمني هو الذي ينظم العلاقة بعد نشوءها صحيحة، مستوفية لجميع أركانها وشروطها[4]. فإذا أخلّ المدين بالتزامه تحلل الدائن من الالتزام الذي يربطه بالمدين.

---

[1]–عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص21.

[2]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص90.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص17.

[4]–بلعيور عبد الكريم، المرجع نفسه، ص109.

إنّ فكرة ترابط الالتزامات تفسر سبب الالتزام الذي يحكم المتعاقدين والذي يؤدي بدوره إلى فسخ العقد بصورة عامة فامتناع المتعاقد معه من تنفيذ التزامه يؤدي بالضرورة إلى انحلال الالتزام المقابل وتكون هذه الفكرة أقرب إلى الواقع كوجود العلاقة التي تربط الالتزامين في العقد الصحيح المنتج لآثاره.

إنّ العقد الملزم لجانبين تكون فيه طبيعة هذه العقود تقتضي[1].

أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الأخر فيبدو أمرا طبيعيا عادلا وبهذا يستوجب بقاء الالتزامات المتقابلة مترابطة ارتباطا فنيا بين الطرفين المتعاقدين[2].

إنّ هذه النظرية تعّرضت إلى النقد ولا تصلح أن تكون كأساس قانوني لنظرية الفسخ لأنها تفسر العقد بنفس نظرية السبب في الالتزام.

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص785.

[2]– حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص17.

المبحث الثاني

تمييز الفسخ الاتفاقي عن الأنظمة المشابهة له وشروطه.

بما أنّ الفسخ حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا لم يوفي المتعاقد الأخر بالتزامه في أن يطلب حل الرابطة العقدية كجزاء قانوني لإخلال المدين بالتزامه التعاقدي في العقد الصحيح، حيث يلتزم الدائن بالتزامه ويحمي نفسه قانونيا من بقاء التزامه معلقا بالتحلل منه بالفسخ[1].

إنّ الفسخ الاتفاقي يزيد من قوة الرابطة العقدية من خلال إدراج الشرط الصريح الفاسخ في العقد وباعتبار أنّ نظام الفسخ الاتفاقي يتشابه مع أنظمة أخرى فسيتم تمييزه عنها كالفسخ القضائي وكذا البطلان والانفساخ باعتبار أنّ جميعها ترد على العقود الملزمة للجانبين كما تؤدي إلى حل الرابطة العقدية وإنهائها**(المطلب الأول)**.

إنّ الفسخ الاتفاقي يتضمن شروط في م 120 ق.م.ج تختلف عن الفسخ القضائي والانفساخ؛ فإذا تحقق أي شرط من شروطها أدى ذلك إلى تحقق الفسخ الاتفاقي حيث يحق للدائن طلبه من القضاء بعد إعذار المدين كما أنّ له حق طلب التنفيذ كإجراء سابق لطلب الفسخ **(المطلب الثاني)**.

إنّ اتفاق الأطراف على الشرط الصريح الفاسخ من أهم الخطوات التي تسهل للدائن استصدار حكم بالفسخ؛ لأنّ سلطة القاضي تكون محدودة ومقتصرة على التأكد من وقوع الشرط وإعذار الدائن لمدينه حتى يتم تحلله من التزامه، ويعتبر العقد كأن لم يكن ويجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل التعاقد[2]. إلا أنّه من حق الدائن ألا يطلب فسخ العقد مباشرة عند تخلف المدين عن التزامه فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتميا بل يكون هناك خيارا بين الفسخ والتنفيذ[3].

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص477.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، منشاة المعارف.الاسكندرية.2004.ص286

[3]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ص796.

المطلب الأول

تمييز نظام الفسخ عن الأنظمة المتشابهة

رغم أنّ الفسخ بصورة عامة هو جزاء لعدم الوفاء والالتزام بمضمون العقد فإن الفسخ الاتفاقي يكون بإعمال الشرط الصريح الفاسخ من طرف الدائن ونظرا للترابط بين الأداءات المتقابلة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الأخر معه طلب فسخ العقد أي حل الرابطة العقدية[1].

وهذا الحل يكون عن طريق الفسخ الاتفاقي والذي يتميز عن الفسخ القضائي والانفساخ رغم إدراجهم من طرف المشرع في انحلال العقد إلا أنّ التمييز بينهما كبير رغم أنها تقع باستصدار حكم قضائي.

إنّ الفسخ الاتفاقي يمّكن الدائن من طلب فسخ العقد وجعل السلطة التقديرية للقاضي محدودة ومقيّدة على خلاف الفسخ القضائي. فللفسخ الاتفاقي مجال خاص يتم العمل به ويؤدي إلى إنهاء العقد، فكذلك البطلان يؤدي إلى إنهاء العقد رغم الاختلاف الواضح بينهما والعقد قد ينشأ صحيحا ثم يسجل بينما العقد الباطل لا ينشئ صحيحا.

إنّ إنهاء الرابطة العقدية يختلف فيها الفسخ الاتفاقي عن الأنظمة المشابهة له وهذا ما سندرسه فيما يلي من خلال التطرق للتمييز بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي **(الفرع الأول)** وتمييز الفسخ الاتفاقي عن البطلان **(الفرع الثاني)** وتمييز الفسخ الاتفاقي عن عدم التنفيذ**(الفرع الثالث)**وتمييز الفسخ الاتفاقي عن الانفساخ **(الفرع الرابع)**.

[1]– محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر، الأحكام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1994، ص100.

الفرع الأول: تمييز الفسخ الاتفاقي عن الفسخ القضائي.

إنّ العقد الملزم للجانبين يجعل لأحد المتعاقدين الحق في طلب فسخ العقد بطريقة قانونية حتى يحمي حقوقه باعتباره الطرف الضعيف في العقد؛ إلا أن وجود الشرط الصريح الفاسخ هو ما يعزز من قوته ويسمح له بالتحلل من التزامه إذا أخل المتعاقد معه بالتزامه، وهناك العديد من الاختلافات بين الفسخ الاتفاقي والقضائي:

❖ **من حيث الحكم الصادر.**

يتضمن الفسخ والاتفاق إدراج الدائن والمدين لشرط معين فاسخ في العقد الملزم للجانبين كحق الدائن في التحلل من التزامه إذا امتنع المدين عن الوفاء.

حيث يقوم الدائن بإعمال هذا الشرط للحصول على حقه حتى لا يبقى التزامه دائما قائما ويكون أمام القاضي الحكم بفسخ العقد أما الفسخ القضائي فهو يقدر ظروف عدم التنفيذ فيحكم بالفسخ أو لا يحكم به [1] وسلطته تقديرية فيحكم بالفسخ أو لا يحكم به وقد يمنح المدين مدة محددة للوفاء. ما يجعل نوع الحكم هنا كاشفا أو مُقررا.

❖ **من حيث الأثر الرجعي.**

إنّ الفسخ بإرادة منفردة له أثر رجعي بحيث يعيد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بعد إعمال الشرط الصريح الفاسخ في العقد، كذلك الحال بالنسبة للفسخ القضائي الذي يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية بعد صدور حكم قضائي بفسخ العقد فيعاد كل من الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[2] وإعمالا بالأثر الرجعي للفسخ بنوعيه في العقد الملزم للجانبين فإنه لا يترتب أثر مستقبلي لأنّ العقد توقف.

[1]– محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام. المرجع السابق، ص892.

[2]– بلعيور عبد الكريم، المرجع سابق، ص 137.

❖ **من حيث السبب.**

بالرجوع إلى الشروط العامة لفسخ العقد في العقود الملزمة للجانبين يعتبر امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه هو السبب الرئيسي الذي يؤدي إلى طلب فسخ العقد سواء كان فسخا قضائيا أو فسخا اتفاقيا؛ إلا أنّ الفسخ الاتفاقي يكون مع وجود شرط صريح مما يزيد في سرعة الحكم به. وعليه يكون لصالح الطرف الآخر الذي يعتبر الفسخ بالنسبة إليه حق يعطيه إياه القانون لحماية مصالحه ضد المتعاقد الأخر[1].

❖ **من حيث الإعذار.**

بما أن إعذار المدين هو وضعه قانونيا في حالة المتأخر عن تنفيذ التزامه[2] والإعذار في كلا الفسخين لا يمكن الاستغناء عنه لاستصدار حكم بالفسخ.

إنّ استصدار حكم بالفسخ في الفسخ الاتفاقي لا يسمح بتضمين العقد بشرط الإخفاء من الإعذار لأنه يكون مخالفا لنص م 120 ق.م.ج وبهذا يكون المشرع قد ألزم صدور حكم بالفسخ وجود الإعذار وهو انفرد بهذا الحكم عن بقية التشريعات الأخرى[3].

الفرع الثاني: تمييز الفسخ الاتفاقي على البطلان.

أوجد المشرع الجزائري بطلان العقد كما أوجد فسخ العقد بإرادة منفردة لوجود الشرط الفاسخ الصريح في الفسخ الاتفاقي باعتبارها جزاء قانوني يسمح بحل الرابطة العقدية ضمن أحكام البطلان في المواد 99-105.وبما أنّ الفسخ الاتفاقي والبطلان يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد المقررة قانونا متى توفرت أي من الشروط ورغم الاختلاف الكبير الموجود في العقد الذي تضمن الفسخ الاتفاقي والعقد الباطل حسب القانون المدني الجزائري؛ إلا أنه يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي بحيث يعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه التعاقد[4]. رغم أن العقد الأول نشأ صحيحا وتضمن كافة شروطه بحيث تكون

---

[1]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص131.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص830 .

[3]- بلعيور عبد الكريم، المرجع نفسه، ص257.

[4]- علي سليمان، مرجع سابق، ص109.

إلزاميته أقوى بين المتعاقدين مما يخول حق فسخ العقد لتحقق الشرط الفاسخ الصريح. أما أن تكون منذ بداية تكوين العقد فتجعل البطلان قائم قبل الالتزام سواء كان بطلانا مطلقا أو نسبيا.

إنّ ما يترتب من الفسخ الاتفاقي والبطلان حل العقد ويصيح بعدها كأنه لم يكن وينحل نهائيا.

❖ **من حيث الوصف.**

يقع الفسخ الاتفاقي على عقد ملزم للجانبين ويكون صحيحا ويتضمن البند الصريح الذي ينهي العقد ويحد أثره، في حين أن البطلان يكون على العقد الذي ينشأ غير صحيح لوجود علة في ركن من الأركان وبهذا يكون جزاء البطلان منذ بداية العقد ونشوء التصرف القانوني باطلا.

يقع الفسخ الاتفاقي في مرحلة تالية بعد أن ينشأ الالتزامات عن تصرفات قانونية صحيحة[1].

يوصف الفسخ الاتفاقي بوقوع الشرط الصريح على عقد صريح ويوصف البطلان على عقد معيب منذ تكوينه.

❖ **من حيث النطاق.**

إنّ نطاق الفسخ الاتفاقي يكون في العقود الملزمة للجانبين وينشأ صحيحا برضا الطرفين واتفاقهما على إعمال الشرط الفاسخ إذا أخل المتعاقد معه على التزامه التعاقدي وهذا ما تبينه الصيغة الدالة في العقد. أما البطلان فالعقد ينشأ غير صحيح لوجود خلل أو علة تقع على شرط أو ركن توقع البطلان المطلق أو النسبي.

إن العقد الملزم للجانبين عند اتفاق الدائن والمدين على صيغة الفسخ برضا الأطراف يقع الفسخ بينما البطلان فنجد أنه أوسع في مجاله على الفسخ الاتفاقي، إذ يرد

[1]–عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص24.

على عقد نشأ معيبا من يوم انعقاده بنقص أهلية المتعاقد أو لغلط أو إكراه أو استغلال[1] وعلى العقود فالعيب يستلزم البطلان بالضرورة وأنه لا بطلان إلا مع التسليم بوجود العيب وبهذا يكون البطلان أشمل من الفسخ الاتفاقي[2].

من حيث سلطة القاضي نجد أنّ الفسخ الاتفاقي يختلف عن البطلان بوجود الشرط الفاسخ الصريح الذي يحد من سلطة القاضي، وعليه أن يحكم برغبة الدائن في فسخ العقد بعد تحققه من وقوع الشرط مع إعذاره المدين لاستيفاء الشرط المنصوص عليه قانونا حتى يكون حكمه كاشفا لأنه يلتزم القاضي أن يقضي به عند وجوده، أما البطلان فيحكم به لأنه مخالف للقانون[3].

الفرع الثالث: تمييز الفسخ الاتفاقي عن الدفع بعدم التنفيذ.

باعتبار أنّ العقد ملزم لجانبين وحتى لا يكون المدين متعسفا فإنه من باب أولى أن يجبر المدين على الوفاء بالتزامه ويطالبه بالتنفيذ فإذا لم يقم المدين بالوفاء فللدائن الحق في اللجوء إلى المرحلة اللاحقة وهي طلب فسخ العقد ولا يحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الأخر قبل أن يتمسك بالدفع وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد[4].

ويكون من حق الدائن التمسك بالتنفيذ مع حلول أجل الوفاء بالالتزام المطلوب من المدين، لأنّ الأصل في الالتزامات الناشئة من هذا العقد أن يتعاصر تنفيذها[5].

❖ **من حيث الأثر القانوني.**

إنّ دفع الدائن للمدين بالتنفيذ هو الذي يمكنه من فسخ العقد كما أنّه يدفع به لتفادي فسخ العقد فأثر الدفع يكون لتحقيق الغرض ولتجنب الفسخ أما أثر الفسخ الاتفاقي

---

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص109.

[2]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص24.

[3]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص23.

[4]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص240.

[5]–عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 833.

إذا وقع زال العقد بأثر رجعي وتستثنى من قاعدة الأثر الرجعي للفسخ العقود الزمنية كعقد الإيجار فإن الأثر لا يرجع إلى الوراء بل يتوقف العقد[1].

❖ **من حيث السلطة التقديرية للقاضي.**

إذا طلب الدائن من المدين التنفيذ يكون إجراء سابقا للفسخ لأنّ صدور حكم للدائن بالتنفيذ لا يمنع الدائن من جهة في طلب الفسخ إذا لم يحصل على التنفيذ[2]. وبهذا يتمكن الدائن من جعل المدين مجبرا قانونيا على تنفيذ التزامه، وفي حال الامتناع يكون من حق الدائن استصدار حكم بفسخ العقد ولا يكون للقاضي في هذه الحالة سوى الحكم بفسخ العقد وقوفا عند رغبة الدائن حتى لا يبقى التزامه مع المدين قائما.

إنّ تأخر المدين على الوفاء بالتزامه رغم طلب الدائن للتنفيذ ليس معناه أنه لا يستطيع فسخ العقد طالما توفر الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه.

❖ **من حيث الإعذار**

بما أن المشرع الجزائري جعل من الإعذار شرطا إلزاميا فلا يمكن في الفسخ الاتفاقي الاتفاق على الإعفاء منه بموجب م 120ق م.ج فلا يستطيع الدائن الحصول على حكم قبل التحقق من الإعذار.

أما في الدفع بعدم التنفيذ،فالدفع في حد ذاته يعتبر إعذارا وفضلا عن ذلك فإن النصوص القانونية التي تضمنت مبدأ الدفع بعدم التنفيذ لم تشير إلى ضرورة الإعذار (م 123 ق م ج)[3].

---

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص149.

[2]–خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005،ص103.

[3]– فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 196.

الفرع الرابع : تمييز الفسخ الاتفاقي عن الانفساخ.

الأصل في الفسخ الاتفاقي أن يكون بين الدائن والمدين بالاتفاق على شرط فاسخ يندرج في العقد يتم إعماله عند اللجوء إلى القضاء، فيكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه.

أما في حالة الانفساخ يعتبر العقد مفسوخا وهو انفساخ أوضح بحكم القانون لوجود سبب اجنبي خارج عن إرادة المدين مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ[1] ولا يمكن للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ أو بالفسخ لأنه مفسوخ قانونا وفقا للمادة 121 ق.م.ج. التي تضمنت الفسخ بقوة القانون لاستحالة التنفيذ ولا يستطيع الدائن إعذار المدين أو طلب التنفيذ ويعتبر العقد منتهي.

ينقضي الالتزام في العقد الملزم للجانبين بقوة القانون وهذا في حالة الانفساخ ويكون لسبب الاستحالة المطلقة ولا يكون لحلول أجل الوفاء أي معنى ما دام قد استحال تنفيذه.

❖ **من حيث الحكم.**

بما أنّ تنفيذ العقد عند الانفساخ قد استحال وانقضى بقوة القانون فإنّ الفسخ الاتفاقي لا يتم بناء على إعلان الدائن رغبته في حل الرابطة التعاقدية قد يكون الحكم كاشفا من القاضي[2].

إنّ الفسخ الاتفاقي يطلبه الدائن كي يتحلل من التزامه،أما الانفساخ فقد انقضى الالتزام بسبب الاستحالة المطلقة.

❖ **من حيث الإعذار**

إذا انقضى الالتزام بقوة القانون لاستحالة التنفيذ فإن الإعذار لا يكون له معنى. أما الفسخ الاتفاقي لا يكون إلا بتوجيه إعذار إلى المدين يطالبه فيه بتنفيذ التزامه [3] لأنّ

---

[1]– خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص104.

[2]– بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص258.

[3]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص105.

في العقد المن فسخ بقوة القانون استحالته قائمة والعقد زال قضائيا كما أنه لا يلزم فيه المدين بالتعويض مما يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للعقد.

المطلب الثاني

حالات الفسخ الاتفاقي.

بما أنّ العقد بما فيها العقود الملزمة للجانبين يجب أن يكون قد نشأ صحيحا يتم التعامل بمحتواه بطريقة قانونية حتى يكون منتجا لآثاره سواء بالنسبة للأطراف المتعاقدة أم الغير، فقد يتفق المتعاقدين في الفسخ الاتفاقي عند إبرام العقد على إدراج شرط فاسخ صريح يلتزم به الطرفان، وهذا الشرط هو الذي يحدد مصير العقد[1] .ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استيفائه والمطالبة بتنفيذه إلا إذا امتنع المدين عن الوفاء بالتزامه فإن هذا الشرط يكون حق لصالح الدائن وله التمسك به عند إخلال المدين بالتزامه حتى لا تبقى المسؤولية العقدية للدائن قائمة وحتى يتحلل من التزامه.

إنّ إدراج الشرط الصريح الفاسخ يكون بناء على رغبة المتعاقدين فقد يكون الاتفاق عليه في بداية التعاقد ويتم العمل به طالما أن العقد شريعة المتعاقدين، فيجوز إنهائه بإرادة منفردة وطالما أن القانون الجزائري أعطى صلاحيات واسعة في العقد الاتفاقي الذي يهدف إلى التزام معين وفي إطار ما حدده القانون أي يكون مضمون العقد مشروعا. حيث مكن الأطراف من تعديل العقد، إذ يجوز بعد إبرام العقد إدراج عقد لاحق يتضمن شرط صريح يتم العمل به والتمسك به.

يختلف الشرط الصريح الفاسخ عن الشرط الضمني حيث إذا توفر الشرط الشكلي والشروط الموضوعية تم العمل برغبة الدائن في فسخ العقد أو بطلب التنفيذ باعتباره الالتزام الأصلي موضوع التعاقد أما إذا لجأ الدائن إلى فسخ العقد فينتهي بأثر رجعي وتكون سلطة القاضي إذا تمسك الدائن بالفسخ مقيدة أما في الشرط الضمني فيكون الحكم

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص782.

تحت سلطة القاضي بالفسخ أو رفض الفسخ أو منح مدة للوفاء بالالتزام وكل هذا يبقى بيد القاضي. ولتوضيح كل هذه الحالات التي يأخذها الفسخ الاتفاقي سنتطرق إلى الاتفاق على الشرط الصريح عند التعاقد**(الفرع الأول)** ثم الاتفاق على الشرط الفاسخ بعد التعاقد**(الفرع الثاني)** والاتفاق على الشرط الصريح قبل الحكم بالفسخ**(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الاتفاق على الشرط الصريح عن التعاقد.

تعتبر مرحلة إبرام العقد مرحلة أولية يتم الاتفاق فيها على كل ما يحتاجه المتعاقدان حيث يسمح المشرع الجزائري بإدراج بند صريح فاسخ للعقد وبمقتضى هذا الشرط فإن واقعة عدم التنفيذ يجب توافرها لإمكان الفسخ بإرادة المتعاقد المنفردة[1]، حتى لا يبقى التزامه قائما لأن توفر عنصر عدم التنفيذ فقط يجعل هذا الشرط والشرط الضمني يختلف عن الشرط الصريح لأنه يكون أكثر واقعية عن العمل به في فسخ العقد.

فالشرط في بداية العقد يدل على رضا الطرفين ووضوح العقد ذلك أن ينشأ للدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه حق إرادي في فسخ العقد، يمكن على أساس أن يقع الفسخ بتعبير عن إرادته[2].

وهو بمثابة جزاء يضمن تنفيذ الآثار التي تنشئها التصرفات في العقود التبادلية وأن معناها هو حل الرابطة العقدية وزوال أثارها[3].

أ. التأكد من توفر الشرط الصريح.

إنّ الشرط لصريح الفاسخ مصدر الالتزام وعنى الشرط اصطلاحا فهو الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف على تحققه الالتزام[4].

فإذا تحقق الشرط بعد مطالبة الدائن به وتمسكه بفسخ العقد انتهى العقد بعد صدور الحكم. نزولا عند رغبة الدائن وتمسكه بالفسخ.

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص354.

[2]– بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص215.

[3]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص53.

[4]– بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص87.

فعند رفع دعوى لدى المحكمة فهو دليل على تمسك الدائن بفسخ العقد. ولا يعترض القاضي إذا توافر الشرط الصريح فإذا كان الاتفاق على الفسخ بمجرد تحقق عدم التزام المدين فهذا يجعل من الشرط ضمني وليس صريح فهي عبارة تفيد الفسخ القضائي لأن المطالبة في حد ذاتها تكون أمام القضاء[1].

أما إذا كان النظر إلى الشرط الصريح الفاسخ الذي يتضمن الفسخ دون حكم ودون إعذار أي استبعاد القضاء فالفسخ يتحقق إذا وقع نزاع بين الدائن والمدين حينها يتطلب الفسخ الإعذار وصدور الحكم.

ب-عدم التعسف في حق الفسخ.

بما أنّ التعسف هو الانحراف بالحق عن غايته أو استعماله على وجه غير مشروع[2] فإذا تعسف الدائن فهو بذلك مخالفا لمبدأ حسن النية المنصوص عليه في م107 ق م ج في إنهاء علاقته بالمدين وإضرارا به، ونص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في م124 مكرر ق م ج، ويخص جميع الحقوق بما فيها الفسخ. لأن الدائن كان عليه أن يستعمل حقه الأصلي في طلب التنفيذ، لأنّ إدراج الشرط في بداية العقد وأثناء إبرام العقد يزيل الغموض ويبرز رضا الطرفين ونيتهما المشتركة على الالتزام به.

إنّ المشرع المصري في م 158 ق م م أجاز أن يتضمن العقد الشرط الصريح الفاسخ عند إبرام العقد يجوز للأطراف الاتفاق على الفسخ دون إعذار وهذا الإعذار تمسك بع المشرع الجزائري، ورغم أن الفسخ يخضع لإرادة الأطراف وأن الإعفاء منه كان لابد أن يكون بإرادة الأطراف.

إنّ إعمال الشرط الصريح الفاسخ عند إبرام العقد يؤدي إلى إنهاء العلاقة حتى في بدايتها فإذا تمسك الدائن بالفسخ فإنه يتحلل من التزامه.

---

[1]- المرجع نفسه، ص164.

[2]- حنتيت عمار، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، مدكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص فرع عقودومسؤولية، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2015، ص20.

الفرع الثاني: الاتفاق على الشرط الفاسخ بعد التعاقد.

إنّ تمسك الدائن بالعقد بعد إبرامه يلزم المدين بالوفاء به ولزيادة قوة العقد يتم الأطراف في عقد لاحق وتابع للعقد الأول على إعمال شرط صريح فاسخ يكون نافذا عند عدم الوفاء بالالتزام. مثل أن يقوم الدائن بالبيع ويقتص نصف الثمن فإنه بعد إبرام العقد يدرج شرطا لاحقا للعقد إذا تخلف المدين عن الوفاء في الأجل المحدد فإن العقد يفسخ دون اللجوء إلى القضاء[1].

عند حلول الأجل إذا لم يستوفي الدائن حقه فسخ العقد وأرجع المدين الثمن واسترجع الدائن مبيعه كما هو، فيفسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء إلا إذا وقع نزاع فلا يتم الفسخ دون قضاء وعلى الدائن أن يعذر مدينه[2] حسب م120 ق.م.ج وم 14 ق.إ.م.إ "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف". وهذا دون أن يكون متعسفا في حقه قصد الإضرار بمدينه، فعند نهاية ترتيبات إبرام العقد يتفق المتعاقدان على الشرط الفاسخ.

إنّ إعمال الشرط بعد إبرام العقد يكون ملحق للعقد وتابع له، فيمكن للدائن التمسك به إذا لجأ إلى القضاء أما إذا تنازل عنه فيكون الفسخ قضائيا لوجود الشرط الضمني.

إنّ ملحق العقد يكشف عن الإرادة الصريحة للالتزام بالعقد وذلك أن الغاية من إتاحة الفسخ هو إعطاء المتعاقد وسيلة حتى يتخلص من الالتزامات. كما أن الخيار للدائن فيكون له أن يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ[3]. أما في حال الوفاء المتأخر للمدين وقبل الدائن به فهو اتفاق ضمني على قبول التنفيذ.

---

[1]– حسين تونسي، مرجع سابق، ص42.

[2]–علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص263.

[3]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص15.

إنّ تنازل الدائن على الفسخ بعد إدراج الشرط الصريح في العقد يجعل الفسخ قضائي لأن الشرط أصبح ضمني.

إنّ التزام الدائن يرتبط ارتباطا وثيقا بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي، طالما أن الشرط الصريح الفاسخ يرتبط بعدم تنفيذ المدين التزامه مع التعرف على دلالة الشرط الصريح ومع الإعذار بفسخ العقد.

ولوكان المشرع الجزائري أعطى حد لعدم تجاوز الإعذار، فالأصل أن يتفق الطرفان على عدم الإعذار وأن المشرع هذا الاتفاق.

الفرع الثالث: الاتفاق على الشرط الصريح قبل الحكم بالفسخ.

إنّ صحة العقد وتوفر شروطه يلعب دورا كبيرا في إلزاميته، فالعقد قانون يسري على الأطراف المتعاقدة ويضعها في إطار قانوني على أساس المسؤولية العقدية لأن تنفيذ الالتزام يستند إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق في **م124 مكرر** ق م ج وعلى مبدأ حسن النية في التعامل بين الأطراف المنصوص عليه في م107 ق م ج فالاتفاق على إعمال الشرط الصريح الفاسخ قبل صدور الحكم يعتبر منتهي دون حاجة إلى انتظار الحكم. لأن هذا الحكم يرجع للدائن إذا تمسك به وقبل صدور الحكم يعمل بالشرط الفاسخ أو يقبل بتنفيذ المدين إذا أراد تجنب الفسخ لأن المدين يجوز له في وقت صدور الحكم بالفسخ أن يتوقى بأن يعرض بتنفيذ التزامه عرضا حقيقيا[1]. كما أن الدائن قد يتنازل عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح وعلى القاضي أن يتأكد من أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ[2].

قد ينحل العقد قبل صدور الحكم إعمالا بالشرط كما يستطيع المدين تنفيذ التزامه خصوصا إذا تراجع الدائن على الفسخ إلى التنفيذ؛ لأنه بعد صدور الحكم لا يستطيع الدائن أن يطلب التنفيذ والأصل أن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم القضاء ولكنه قد يكون بقوة

[1]– المرجع نفسه، ص41.

[2]– حمو حسينة، مرجع سابق، ص121.

القانون في بعض الأحيان إذا تم الاتفاق على ذلك طبقا لنص م120 ق م ج[1]. إنّ رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذار ولكن إعذار الدائن للمدين قبل رفع دعوى الفسخ له أهميته[2].

وبما أنّ الإعذار عند المشرع أهم إجراء لتنبيه المدين عن تقصيره وأنه متأخر عن الوفاء. فهو إجراء شكلي يتأكد القاضي من رفع الدائن لدعوى الفسخ الاتفاقي أن ينظر للشروط الشكلية والشروط الموضوعية.

يعتبر هذا الفسخ التلقائي الذي يتحقق بمجرد إعلان الدائن عن رغبته في حل العقد يحول دون تمكين المدين من تنفيذ التزامه[3]، طالما أنه كان من واجب المدين الالتزام بالوفاء فإذا تأخر وقام الدائن بفسخ العقد قبل الحكم نزولا عند إعمال الشرط الفاسخ الصريح، فالعقد ينفسخ وينتهي أثره رجعيا في العقود الفورية كعقد البيع، أم العقود الزمنية كعقد الإيجار فالزمن لا يرجع بالمدين في إعادة ثمن الأجرة أو للدائن باسترجاع انتفاع المدين بالعين المؤجرة طوال تلك المدة وبالتالي يقتصر الأثر الرجعي على العقود الفورية فقط.

إنّ وضع المدين بطلب الفسخ من الدائن قبل صدور الحكم موضعين، إما أن يقوم بالتنفيذ أو يمنع فيصدر الحكم أما إذا تنازل هذا الأخير عن الفسخ عاد للمدين الحق في أن يتوقى الحكم به إذا قام بالتنفيذ قبل إقفال باب المرافعة[4].

بما أن العقد الملزم لجانبين مرتبط برضا الأطراف في التعاقد على أساس الشرط الفاسخ الصريح فرغم اختلاف الآراء حول الأساس القانوني لنظرية الفسخ والذي بدأ ظهوره في النظام الروماني وتكور في النظام الكنسي. كما لأنّ الفسخ الاتفاقي يتميز عن بعض الأنظمة المشابهة له.إلا أن قد ينعقد بإدراج الشرط الفاسخ الصريح عند بداية التعاقد أو بعد التعاقد أو قبل صدور الحكم الذي استوجب فيه المشرع الجزائري في م120

---

[1]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص352.

[2]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص281.

[4]– علي فيلالي ، النطرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص20.

[4]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص193.

ق م ج على إنهاء العقد بفسخه بتوفر الشروط الموضوعية ألا وهي واقعة عدم الالتزام بالإضافة إلى الشرط المتفق عليه وينفسخ العقد كذلك بتنازع الأطراف واللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم مع وجوب الإعذار.

وعليه، خالف المشرع الجزائري بقية التشريعات التي تضمن قانونها الفسخ الاتفاقي فلا يجوز إعفاء الدائن من شرط إعذار مدينه.

نستنتج مما سبق،بأنّ العقد الملزم لجانبين مرتبط برضا الأطراف في التعاقد على أساس الشرط الفاسخ الصريح فرغم اختلاف الآراء حول الأساس القانوني لنظرية الفسخ والذي بدأ ظهوره في النظام الروماني وتكور في النظام الكنسي. كما لأنّ الفسخ الاتفاقي يتميز عن بعض الأنظمة المشابهة له.إلا أن قد ينعقد بإدراج الشرط الفاسخ الصريح عند بداية التعاقد أو بعد التعاقد أو قبل صدور الحكم الذي استوجب فيه المشرع الجزائري في م 120 ق م ج على إنهاء العقد بفسخه بتوفر الشروط الموضوعية ألا وهي واقعة عدم الالتزام بالإضافة إلى الشرط المتفق عليه وينفسخ العقد كذلك بتنازع الأطراف واللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم مع وجوب الإعذار.

وعليه، خالف المشرع الجزائري بقية التشريعات التي تضمن قانونها الفسخ الاتفاقي فلا يجوز إعفاء الدائن من شرط إعذار مدينه.

الفصل الثاني

الأحكام العامة للفسخ الاتفاقي

إنّ القوة الملزمة للعقد الملزم للجانبين يترتب عنها إلزام طرفي العقد بتنفيذه، وهو يعد بمثابة قانون للطرفين فلا يستطيع أحدهما الانفراد بنقضه ولا تعديله، وذلك من أجل ضمان الوصول إلى الهدف من التعاقد، إلا أنه قد يحول دون تحقيق ذلك ظروف ومن بينها امتناع أحدهما عن تنفيذ التزاماته العقدية. في هذه الحالة يتدخل القانون ويمنح المتعاقد المتضرر حق حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ بأنواعه الثلاثة الفسخ القضائي وبقوة القانون والفسخ الاتفاقي كما ذكرنا سابقا.

والفسخ الاتفاقي هو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف المتعاقد الأخر بالتزامه أن يطلب حل الرابطة العقدية، كي يتحلل هو من التزامه. وإذا كان الفسخ حق ممنوح للدائن يمكنه من حل الرابطة العقدية، فإن استعمال هذا الحق مرتبط بمجموعة من الشروط **(المبحث الأول)**، ويترتب على الفسخ بجميع أنواعه بما فيه الفسخ الاتفاقي موضوع الدراسة أثار بالنسبة للمتعاقدين قد تمتد هذه الأثار إلىالغير **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

شروط الفسخ الاتفاقي وحق المتعاقدين فيه.

لا يتم الفسخ الاتفاقي تلقائيا بل يجب توافر مجموعة من الشروط والتي تميزه عن الفسخ القضائي، بحيث يلتزم المتعاقدين باحترامها والخضوع إلى بعض الإجراءات كي يتم الفسخ صحيحا**(المطلب الأول)**.

ومتى توافرت شروطهيكون للمتعاقدين الحق في فسخ العقد، فللدائن الحق في طلب التنفيذ أو العدول عنه، كما له حق التمسك بفسخ العقد إذا تعنت المدين في تنفيذ التزامه التعاقدي، وهذا الأخير له الحق هو الآخر بالتنفيذ المتأخر قبل فسخ العقد**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

شروط الفسخ الاتفاقي وإجراءاته.

يتضمن الفسخ بأنواعه شروطا ثلاثة يجب توفرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد [1] الذي يحتاج إلى استصدار حكم قضائي حتى ينفسخ العقد.

ولما كان الفسخ مخصوص بنص **م 120 ق.م.ج** فإنه من خلال نص م التي تتضمن الفسخ الاتفاقي نجد أنها تحتوي على شروط خاصة يجب أن تتوفر عند طلب حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ الاتفاقي والصيغ القانونية للشرط الصريح الفاسخ حيث يفهم منها أن المقصود هو حل العقد الملزم للجانبين لتوفر شروط الفسخ الاتفاقي التي ذكرناها سابقا وهذا ما يسمح بالفسخ لصحة العقد ولحلول أجل الوفاء.

فالعقود التبادلية تلزم الدائن بالتزامات خاصة بها في العقد كما تلزم المدين،وقد أعطى المشرع الجزائري حرية واسعة في مجال الفسخ الاتفاقي بتحديد الشرط الصريح الفاسخ وقد ضيّقها بحيث جعل من الإعذار شرطا أساسيا لفسخ العقد الاتفاقي.

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق، ص787.

إنّ كل التزام قائم تحقق فيه شرط الفسخ الاتفاقي امتنع فيه المدين على الوفاء بالتزامه لا يؤدي إلى ضياع حق الدائن بل أعطى له المشرع حماية قانونية لفسخ العقد. وفيما يلي نقوم بالتطرق لهذه الحماية المكرسة في شكل شروط فهي، اتفاق المتعاقدين على الشرط الفاسخ **(الفرع الأول)** والاتفاق على عدم اللجوء إلى القضاء**(الفرع الثاني)** وأن يكون سبب الفسخ هو عدم التنفيذ **(الفرع الثالث)**، والإعذار**(الفرع الرابع)**،ثم إعلان الدائن بتمسكه بالفسخ**(الفرع الخامس)**.

الفرع الأول: اتفاق المتعاقدين على الشرط الفاسخ.

إنّ وجود الشرط الفاسخ الصريح يؤدي إلى حل الرابطة العقدية في العقود التبادلية الملزمة لجانبين وهو وقوع الشرط إلى جانب إعذار الدائن لمدينه قبل رفع دعوى الفسخ حيث يكون هذا الشرط مدرجا في العقد ويتضمن عبارات تدل على الفسخ كأن يقول "أنهيت العقد أو ألغيته أو فسخته أو أي لفظ من الألفاظ التي تفيد الإنهاء"، والفسخ يكون للدائن الذي انتظر حلول الأجل حتى يكون إعمال الشرط الصريح الفاسخ قانونيا[1]، فاقتران الالتزام بشرط فاسخ فإن الالتزام يكون موجودا نافذا غير أنه مهدد بالزوال[2].

ويمكن للمتعاقدين عدم اللجوء إلى القضاء لأن طريقة الفسخ تتسم بالبطء في إجراءاتها ويحمل المدعي مصاريف رفع الدعوى[3].

إلا أنه إذا حدث نزاع بين الطرفين وتم اللجوء إلى القضاء لاستصدار الحكم فإن القاضي يتحقق من وقوع الشرط وإعذار الدائن لمدينه قبل الحكم بالفسخ.إنّ المدين يستطيع تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم طالما أنّ العقد يعتبر قانونيا ما زال قائما.

إنّ سلطة القاضي تكون مقيدة في الفسخ الاتفاقي لتحقق الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين وبعد الحكم بالفسخ يعاد المتعاقدين إلى الحالة السابقة.

---

[1]–وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، الاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجديدة للنشر ، مصر 2009،ص201.

[2]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 349.

[3]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 209.

إنّ الاتفاق الصريح على فسخ العقد بإدراج الشرط الصريح الفاسخ لا يثير أي التباس في المستقبل بالنسبة للعقد لأنّ وجوده يؤدي إلى الحكم بعد إعذار المدين ومطالبته بالوفاء بالتزامه، ومتى امتنع عن الالتزام وقع الفسخ لأنه إذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعي وكأنه لم يكن، يعد الإعذار طلب أولي كمرحلة سابقة للفسخ لأنّ العقد بعد الإعذار لا يزال قائما [1].

الفرع الثاني: الاتفاق على عدم اللجوء إلى القضاء.

يقصد بهذا الشرط اتفاق الدائن والمدين على فسخ العقد بالاتفاق دون اللجوء إلى القضاء وجعل الفسخ اتفاقي لا قضائي، وهذا أعلى درجة من درجات الاتفاق على الفسخ طبق للقانون المدني الجزائري، ولا يحتاج إلى تفسير لأن الربط واضح وصريح، لأنّه إذا وقع نزاع بين الطرفين فإن اللجوء إلى الفسخ يكون عن طرق المحكمة لإصدار حكم الفسخ ويكون هذا الحكم كاشفا[2]، وعلى الدائن أن يثبت إعذاره للمدين لأنّ وجود الشرط الفاسخ الصريح هو شرط يخدم مصلحة الدائن. وإذا قام الشرط الفاسخ الصريح فإنه يلزم لإعماله أن يثبت الإخلال بالالتزام على وجه رسمي بأن يكون الدائن قد أعذر مدينه بعد حلول أجل دينه[3].

إنّ استبعاد القضاء يكون لطول المدة الزمنية لإجراءات المحاكم وتحلل الدائن لالتزامه بعد تأكده من عدم رضاء المدين وإعذاره فإنه له حق طلب فسخ العقد. لأنّ الحصول على الحكم بالفسخ في حالة تنازع الدائن والمدين تلتزم تدخل القاضي للحكم بالفسخ، أما في حالة عدم وجود صراع وكان الاتفاق بين الطرفين على استبعاد اللجوء إلى الحكم فإن العقد ينفسخ لوقوع الشرط ورضا الأطراف على الفسخ بإرادة الدائن المنفردة ويتم ذلك من خلال الالتزام بحسن النية الملقاة على عاتق المتعاقدين [4].

---

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 478.

[2]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 349.

[3]– عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص49.

[4]– عابد قايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة،محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارب،دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص120.

الفرع الثالث: أن يكون سبب الفسخ هو عدم التنفيذ.

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون فسخ العقد قائما لمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وبما أنّ العقد الملزم للجانبين هو عقد رضائي يتم باتفاق ورضا الأطراف على الشروط التي اتفقا عليها فإنّ فسخ العقد قائما لمجرد وقوع الشرط ويستلزم القانون إعذار المدين قبل طلب الفسخ [1].

إنّ الفسخ يكون جزاء للمدين فإذا كان المتعاقد قد نفذ التزاماته كاملا و على الوجه المتفق عليه فلا يمكن للطرف الآخر المطالبة بالفسخ[2] و إلا كان متعسفا في استعمال حقه وعلى المدين أن يثبت قيامه بالتزامه.

بما أنّ الفسخ الاتفاقي حق قانوني فإن العقد الملزم للجانبين تكون فيه مسؤولية الأطراف التعاقدية قائمة حتى يتحقق الشرط الفاسخ الصريح والذي بواسطته تنتهي الرابطة العقدية وينحل العقد بأثر رجعي.

وقد شدد المشرع الجزائري على أن يتم الإعذار بأي طريقة قانونية يتم فيها إعلام الدائن لمدينه بحلول الأجل القانوني وحتى يكون حجة على المدين وحتى يكون حق الدائن عند المشرع المصري وهو ما خالفه صراحة المشرع الجزائري وألزم الدائن بواجب الإعذار لأنه من حق المدين وحتى يقوم الدائن بفسخ العقد والتحلل من التزامه إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وحتى يسترد كل طرف ما قدمه للآخر وإنهاء العقد بأثر رجعي.

الفرع الرابع: الإعذار.

حسب **180 ق م ج** واجب حسب المشرع الجزائري "ويكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون"[3]، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذورا

---

[1]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص350.

[2]– محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 101.

[3]–الأمر 75–58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء أخر[1] كما اشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09" يكون من صاحب الصفة والذي له مصلحة قائمة"[2]. فإعذار المدين هو وضعه قانونا في حالة المتأخر في التنفيذ فالإعذار كما هو موضح في **م120 ق م ج** أهم إجراء يلزم به الدائن ورغم أن الفسخ اتفاقي ورضائي ومؤسس على اتفاق الطرفين فلو نظرنا إلى **م106 ق.م.ج** فالعقد شريعة المتعاقدين، فنجد أن م الأولى تخالف حرية التعاقد لأن فرض الإعذار على الدائن هو إجبار خالف فيه حرية التعاقد وخالف بقية التشريعات ويعتبر المشرع المصري في **م 158 ق.م.م** أكثر واقعية في حرية التعاقد.

إنّ استصدار الحكم بالفسخ الاتفاقي في القانون الجزائري يتطلب الإجراءات الشكلية والموضوعية فإذا انعدم الإعذار رفضت الدعوى وبقي العقد قائما. ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها البائع المشتري إلى الوفاء[3]. وترفع الدعوى في حد ذاتها باعتبارها الضمان الذي يخوله النظام القانوني لصاحب الحق لكي يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه[4]. ويحتسب الإعذار في تقادم الدعوى بمضي 15 سنة. إنّ الإعذار رغم أهميته ودوره في الفسخ الاتفاقي إلا أن هناك حالات دون إعذار، فهذا لا يكفي بل يجب على الدائن أن يتمسك بفسخ العقد.

الفرع الخامس: إعلان الدائن عن تمسكه بالفسخ.

إنّ رغبة الدائن في فسخ العقد تتجلى بوضوح عند إعلانه عن ذلك للمدين ورفع الدعوى حتى يتحلل من التزامه وهذا ما يحول دون التنفيذ العيني الذي تم بسببه التعاقد، لأن الدائن إذا تمسك بالفسخ وأراد انعقاد العقد فإن رغبته تتجه إلى الفسخ" ويجب أيضا

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص878.

[2]- إن توافر كل من الصفة والمصلحة في الشخص رافع الدعوى هي شروط رفع الدعوى المنصوص عليها في المادة13 ق إ م إ.

[3]- حمو حسينة، مرجع سابق، ص30.

[4]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق،176.

أن يكون الإعلان قد اتصل بعلم المدين تطبيقا لنص **م51 من ق م ج**، وإلا فلا أثر له بالنسبة إلى العقد المراد فسخه"[1].

لا تعتبر موافقة المدين على الفسخ ذات أهمية بعد إعلانه من طرف الدائن بل أراد إعلامه بفسخ العقد وتمسكه به إلى غاية صدور الحكم بالفسخ، إن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطرا من الفسخ، فهو لا يحل العقد، بل يقتصر على وقف تنفيذه[2]. ويبقى للدائن أن يتمسك بالفسخ والاستغناء عن طلب التنفيذ طالما أن العقد ينتهي بإرادة منفردة.

إنّ الأصل في العقد ضمان مصلحة المتعاقدين والتي تقضي بالتزام كل متعاقد بما التزم به حتى لا يكون طلب الفسخ الذي يعلنه الدائن لتأخر المدين عن موعد الوفاء مما يجوز له التمسك بالفسخ وإعمال الشرط الصريح الفاسخ ويحكم القاضي له بالفسخ مادام الحكم كاشفا لا منشئا. هو على عكس الفسخ القضائي رغم اللجوء إلى القضاء في كلا الفسخين واستصدار الحكم.

إنّ الإرادة المنفردة في الفسخ تقع بإرادة الدائن عندما يصدر منه تعبير عن إرادته في التمسك بالفسخ، ذلك أنه ينشأ للدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه حق إرادي في فسخ العقد[3]، ويبقى صدور الحكم النهائي ولا يكون نهائيا إلا إذا حاز الحكم حجية الشيء المقضي أو أيد في الاستئناف[4].

إذا أعلن المدين عن فسخ العقد يعتبر تمسك الدائن الصريح بالشرط الفاسخ الصريح عن رغبته الملحة في فسخ العقد.

إنّ العديد من التشريعات التي سمحت بالفسخ باتفاق الأطراف على أن يتم دون إعذار المدين إذا كان هذا هو الشرط المتفق عليه كالمشرع المصري فإنه في حالة الفسخ دون نزاع ينتهي العقد، أما في حالة النزاع يتم اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم دون

---

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص222.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص834.

[3]– عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق،ص53.

[4]– المرجع نفسه، ص41.

الاعتماد على شرط الإعذار وهو ما نلاحظه كنوع من الحرية العقدية، فرغم تأثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي والتشريع المصري فإن موقفه سلبي من ناحية تقرير الفسخ بناء على الإعذار طالما أن العقد بدأ برضا الأطراف لا أن يفرض عليهم المشرع الإعذار.

إنّ الدائن إذا لم يتمسك بالتنفيذ العيني للالتزام أعلن عن رغبته في الانحلال من العقد وبتمسكه بالفسخ إما من خلال إعمال الشرط أو الدفع في الدعوى التي يقيمها المدين بطلب عارض.

الفسخ الاتفاقي رغم أنه إنهاء للعقد بطريقة قانونية فهو لا يحلل سبب إدراج الإعذار فيه كما لا يوضح حسب **م 120 ق م ج** المدة القانونية المحددة للإعذار طالما أن العدول عن العقد لا يمكن تصوره إلا بعد إبرام العقد. لأن العقد في بدايته قبل تكوينه يكون اتفاق أما بعد انعقاده فهو التزام لهذا كان العدول عنه بفسخه بحكم قضائي مادام القانون الجزائري يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد ومنحه حق التحلل من التزامه.

المطلب الثاني: حق المتعاقدين في الفسخ الاتفاقي.

إنّ طبيعة الفسخ الاتفاقي تتطلب اللجوء إلى الالتزام الأصلي هو طلب تنفيذ العقد حيث يسعى الدائن إلى تجنب واقعة إنهاء العقد والاكتفاء بما يتضمنه العقد من التزامات والوفاء بها وقد يعترض هذا التنفيذ امتناع المدين مما يحتم على الدائن المطالبة بالتنفيذ العيني التي تعتبر إعذار ما لم ينتقل صاحبه من موقفه السلبي[1]. ألا وهو حل الرابطة العقدية بعد أن يطلب التنفيذ فله الحق القانوني في العدول عنه إلى التمسك بفسخ العقد مادام يخضع للإرادة المنفردة مما يؤدي إلى زوال العقد.

فمن خلال الفترة التي تسبق صدور الحكم قد يتمكن المدين من دفع ما عليه تجاه المتعاقد معه إذا قبل لأنه من حقه الدفع المتأخر قبل زوال العقد لأنّ الدائن إذا رفع دعوى الفسخ وتمسك بذلك فإنه لا يستطيع العدول عنه إلى طلب التنفيذ.

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص156.

الفرع الأول: طلب التنفيذ.

بما أنّ المتعاقدان اتفقا على التزام معين فإن ذلك الالتزام هو الذي يقوم عليه تنفيذ العقد، فإذا أحل المتعاقد معه بالتزامه جاز للدائن طلب فسخ العقد خصوصا إذا تضمن الفسخ شرطا اتفاقيا لأن الفسخ الذي لم يتضمن شرطا صريحا واكتفى بوجود الشرط الضمني فإنه يخضع للفسخ القضائي وسلطة القاضي فيه تكون أوسع على خلاف الفسخ الاتفاقي فإذا كان الحق المضمون للدائن أن يفسخ العقد إذا توافرت شروطه. فإن هذا التصرف هو تصرف احتياطي يلجأ له لأنه يجوز أن يطلب تنفيذ العقد الذي تعاقد لأجله مع المدين كالتزام أصلي يهدف إلى تحقيق ما سعى إليه الطرفان، "وهذا هوا الأصل الطبيعي لجميع العقود وينشأ له عند التنفيذ حقا احتياطيا وهو حقه في فسخ العقد.

بالرجوع لنص **م120 ق م ج** فإن للدائن أن يتمسك بتنفيذ العقد لحماية حقه الذي تعاقد لأجله بينما الفسخ الاتفاقي يكون للتحلل من التزامه حتى لا يبقى قائما"[1]. إذا لم يحصل على حقه بعد طلب التنفيذ فله أن يتبع إجراءات فسخ العقد وله أيضا أن يطلب بدلا عن الفسخ وقف تنفيذ العقد حتى يقوم الطرف الآخر من جانبه بالتنفيذ[2].

إنّ المدين بعد رفع الدائن دعوى الفسخ له أن يتجنب فسخ العقد بالوفاء بالتزامه قبل صدور الحكم وإلزام الدائن لمدينه لحلول أجل الوفاء وحتى يلزمه بالوفاء بطلب التنفيذ العيني وهو إعذار للمدين.

فعند رفع دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول. ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء، فإذا أقر القاضي التمسك بالدفع على فسخهفإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ[3].

---

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص234.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص276.

[3]– المرجع نفسه، ص304.

إنّ المدين إذا طالبه الدائن بالتنفيذ من الأفضل أن يلتزم به لأنه لا يحق له أن يدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة[1]، بل عليه أن ينفذ رغبة الدائن الذي اختار التنفيذ العيني للالتزام بدلا من فسخ العقد لأنه بمجرد حلول أجل الوفاء بالدين وعدم قيام المدين بالتنفيذ يترتب عليه فسخ العقد[2].

عدم التنفيذ يؤدي إلى ضياع مصلحة الدائن مما يجعله يلجأ إلى طلب التنفيذ قبل الفسخ مادام هو الأصل كما لو باع شخص لشخص آخر سيارته ولم يقم بتسليمها وتأخر المشتري عن دفع الجزء المتبقي من المال فإن البائع يلزمه بالتنفيذ بدلا من الفسخ. لأنه هو من تسبب في تأخير التنفيذ لأنه بسببه[3].

يعتبر وقف التنفيذ الخارج عن إرادة وسيطرة المدين انفساخ لوجود السبب الأجنبي والذي قد يكون ظرف طارئ أو قوة قاهرة مما يؤدي إلى الاستحالة المطلقة في التنفيذ.

يتدخل القضاء في العديد من الحالات التي يكون فيها السبب الأجنبي مانع وينفسخ العقد بقوة القانون كما لا يحتاج انفساخ العقد إلى إعذار من الدائن إلى المدين لأن التنفيذ مستحيل.

يتمسك الدائن بطلب التنفيذ عند لجوئه إلى القضاء وقد يعدل عنه إذا كان المدين ينوي الوفاء ويلتزم به وهذا تفاديا للحكم بفسخ العقد وعلى أساس أن بداية التعاقد كان يسودها الثقة في التعامل حتى لا يتحول التنفيذ إلى إنهاء لأن الأمانة واجبة على المتعاقد والثقة حق له. يبقى العقد قائما خلال فترة طلب التنفيذ ويقتصر دور الدائن على انتظار تنفيذ المدين وهو وسيلة للضغط عليه حتى يحمي الدائن حقه ويبقى التزامه معلقا مقابل تقاعس الطرف الآخر.

---

[1]– حمو حسينة، مرجع سابق، ص41.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص194.

[3]– وليد صلاح مرسي رمضان، مرجع سابق، ص162.

ويبقى هذا الحق قائما إلى غاية عدول الدائن عنه لأنه يستعمله في علاقته مع المدين إلى غاية إعلانه بتمسكه بفسخ العقد والخروج به كنتيجة سلبية يتمسك بها لامتناع المدين عن التنفيذ، فينقضي العقد بحله.

يلاحظ أن القاضي في الفسخ الاتفاقي وبعد طلب التنفيذ الذي لم يستجب له المتعاقد معه يحكم بالفسخ إذا طلبه الدائن وتمسك به وتوافرت جميع الشروط الخاصة بإعماله وهو ما تقضي به **م 120 ق م ج.**

إنّ الوقوف على مبدأ حسن النية في العقود يبرر نية الدائن لأنّ هذا الشرط مفروغ منه وفقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[1].

الفرع الثاني: عدول الدائن عن التنفيذ.

بما أنّ حل الرابطة العقدية يكون بطلب الفسخ في العقد متى تحققت شروطه فإن الدائن يجوز له العدول عن طلب تنفيذ العقد ويتحول إلى حل الرابطة العقدية وإنهاء العقد بفسخه لأنّ المتعاقد الدائن الذي أعلن عن تمسكه بالفسخ ووصل إعلانه إلى المتعاقد الأخر. لا يرجع حسب القانون الجزائري إلى إعادة طلب التنفيذ[2].إنّ عدول الدائن عن تنفيذ العقد إلى الفسخ يمكن خلال تلك المدة المدين يتوقى طلب الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى[3].

عند إبرام العقد واتفق المتعاقدان على إعمال الشرط الصريح الفاسخ لتقوية مركز الدائن من خلال الحماية القانونية المقررة له في **م 120 ق م ج** وبما أن طلب التنفيذ هو الأصل في العقد ولم يتمكن من إلزام المدين على الوفاء صرح له بالفسخ وطلبه من القضاء.

---

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص154.

[2]– المرجع نفسه، ص238.

[3]– نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص200.

فإذا صدر حكم للدائن بالتنفيذ فإن هذا لا يمنع الدائن من حقه في طلب الفسخ إذا لم يحصل على التنفيذ إلى العدول عنه إلى طلب الفسخ[1]، أما من الناحية الموضوعية فإن الحكم الصادر بالتنفيذ لا يترتب عليه أي تغيير في المركز السابق عليه، فلا تزال العلاقة الناشئة من العقد قائمة بعد صدور الحكم بالتنفيذ، فإذا عدل عنه فسخ العقد وبالتالي التخلص من التزاماته التعاقدية نحو المدين[2].

إنّ جواز عدول الدائن عن التنفيذ يؤدي إلى المطالبة بالفسخ إذا تقاعس عن المدين لأن الدائن كان التزامه الأصلي هو تنفيذ العقد. وبما أنه لم ينفذ كان الفسخ جزاء للمدين وحماية للدائن.

إنّ فسخ العقد بناء على اتفاق سابق بين المتعاقدين من خلال إعمال الشرط الفاسخ يسمح للدائن بطلب التنفيذ وبالعدول عنه إلى طلب الفسخ لتوفر شروط الفسخ الاتفاقي.إنّ المشرع الجزائري أقر بأنه إذا تمسك الدائن بالفسخ وتم إعلام المدين فلا يكون له حق العدول عنه.

أقرّت محكمة النقض المصرية إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أي شرط من شروطه، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء وله الحق في تسليم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة، فهذا شرط فاسخ صريح[3].

إنّ حماية الدائن القانونية تسمح له بالتنازل عن طلب التنفيذ وإعمال الشرط الصريح وتمسكه بفسخ العقد الاتفاقي وهذا ما لا يتحقق في الفسخ القضائي لأنه بإرادة القاضي على الحكم بالفسخ أو رفض الحكم بالفسخ، اذا كان ما تبقى للدائن قليل الأهمية مع ما قدمه المدين.

---

[1]– حمو حسينة، مرجع سابق، ص49.

[2]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص235.

[3]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص816.

إنّ الفسخ الاتفاقي يكون بطلب من الدائن والحكم به من القاضي هو مرحلة خطيرة بالنسبة للعقد لأن واقعة عدم التنفيذ تنهي العقد. فإذا لجأ الدائن إلى دعوى التنفيذ بمطالبة المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، فإنه يستطيع إلى ما قبل صدور الحكم في الدعوى أن يعدل طلباته إلى طلب فسخ العقد[1]، ويكون عدوله،

أولا-العدول في المحكمة درجة أولى.

بما أنّ للدائن حق التصرف في العقد بإرادة منفردة فله أن يبدي أثناء سريان الدعوى طلبات عارضة تتناول بالتعبير ذات الخصومة القائمة من حيث موضوعها أو سببها أو أطرافها[2] ويكون فيها للدائن حصوله على التنفيذ.

ثانيا-تحول الأمر إلى المجلس.

ويتحول من طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ لأن طلب التنفيذ لم يفيده وحتى لا يتضرر الدائن يتمسك بفسخ العقد وبهذا يكون قد تحلل من التزامه.

الفرع الثالث: تمسك الدائن بفسخ العقد.

بما أنّ القانون الجزائري حسب **م120 ق.م.ج** سمح بالفسخ الاتفاقي بإرادة الدائن المنفردة وهذا حق مقرر له قانونا وذلك بتوافر شروطه أولا إعذار الدائن لمدينه وقوع إخلال من المدين وتحقق الشرط الصريح الفاسخ.

إنّ المدين بعد إعذاره يكون مدركا لخطر إنهاء العقد من طرف الدائن وحتى يتوخى ذلك عليه الوفاء بالتزامه قبل صدور حكم يقضي بفسخ العقد. يعتبر تمسك الدائن بالفسخ هو الطريق الذي يؤدي لا محالة إلى حل الرابطة التعاقدية حلا نهائيا[3].

---

[1]- حمو حسينة، مرجع سابق، ص48.

[2]- حمو حسينة، المرجع السابق، ص49.

[3]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص236.

فمتى تحقق الإعذار حسب **م180ق م ج** والشرط الصريح حسب **م 120 ق م ج** ومتى توافرت شروطه وقع الفسخ ويكون البائع إضافة إلى حقه في طلب التنفيذ العيني الحق في طلب فسخ العقد وذلك نتيجة لإخلال المشتري بدفع الثمن[1].

ويجب أن لا يكون متعسفا في طلب الفسخ لأنّ المتعاقد الذي بموجب حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي مع وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد[2].

إنّ الأخذ بجواز عدول الدائن عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ بعد إعلان مدينه لأن الدائن الذي أعلن عن تمسكه بالفسخ ووصل إعلانه إلى علم المتعاقد الآخر. لا يجوز له أن يعود مرة أخرى إلى طلب التنفيذ[3]. وقد يعدل الدائن قبل صدور الحكم فيكون له أن يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ[4].

بعد صدور الحكم بالفسخ ينحل العقد ويكون له أثر رجعي يعيد الدائن ما باعه ويسترد المشتري ما قدمه وهذا على خلاف العقود الفورية. لأن العقود الزمنية لا يسري عليها هذا الأثر.إنّ الفسخ الاتفاقي هو حماية للدائن الذي له أن يطلب التنفيذ أو يطلب الفسخ، فإذا طلب الفسخ وعلم المدين فإنه لا يستطيع أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ.

الفرع الرابع: حق المدين في التنفيذ المتأخر.

بما أنّ العقد شريعة المتعاقدين وأن حرية التعاقد تسمح بإنهاء العقد بإرادة منفردة فإن المدين الذي لم ينفذ التزامه يفتح أمامه باب الفسخ طالما أن الفسخ اتفاقي ونشأ منذ البداية بإرادة الأطراف المتعاقدة.

يبقى للدائن حق الفسخ ويبقى له أن يطلب التنفيذ إلا أنه خلال تلك الفترة يلتزم المدين بالوفاء بما ألزمه به العقد قبل صدور الحكم النهائي البات.

---

[1]– خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص194.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص245.

[3]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص238.

[4]– عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص43.

إنّ حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ مباشرة ولم يستطيع المدين تنفيذ التزامه يفسخ العقد فور صدور هذا الإعلان دون انتظار [1].

كما أنّ الدائن لا يستطيع العدول عنه إلى طلب التنفيذ، ويعتبر الإعذار هو تنبيه للوفاء المتأخر لأن الأجل قد انتهى وعلى المدين توخي الفسخ بالتنفيذ المتأخر أما إذا اختار فسخ العقد فينتهي بصدور الحكم. وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه [2]، طالما أن إرادة المدين اتجهت إلى تنفيذ العقد والوفاء بالالتزام. لأن مصير العقد يبقى بيد الدائن طالما أن المدين لم ينفذ ما رتبه العقد من التزامات.

وبما أنّ سلطة القاضي ليست تقديرية فإن توجيه الإعذار ليس شرطا من شروط قبول دعوى الفسخ ولكنه شرط للحكم بالفسخ [3] فإذا حكم القاضي نزولا عند رغبة الدائن الذي ينهي العقد بإرادته المنفردة، وبما أنّ مدة الإعذار غير محددة فإنه بالرجوع للأحكام العامة 10 أيام.

وإذا زال العقد لا يستطيع المدين الوفاء بالدين لأن العقد انتهى وزال معه الالتزام الذي كان باستطاعته أن يتجنبه بالوفاء المتأخر.

إنّ قبول الدائن للتنفيذ المتأخر دون رفع دعوى فسخ العقد يكون بذلك قبوله منه بالوفاء على دين مستحق الآداء، ومثل أن يكون دينا واجبا بعقد معلق على شرط فاسخ فمتى تحقق الشرط وقع الفسخ [4].

---

[1]–بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص236.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص278.

[3]– حمو حسينة، مرجع سابق، 29.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص1251.

المبحث الثاني

دور القاضي في الفسخ الاتفاقي وأثره.

بما أنّ النزاع بين المتعاقدين حول تنفيذ العقد فإنه يتطلب اللجوء إلى القضاء حتى وإن كان الفسخ اتفاقي فإنه يحتاج إلى استصدار حكم نهائي بفسخ العقد وحل الرابطة العقدية. ويمكن إنهاءه بالإرادة المنفردة وذلك حسب الفسخ الاتفاقي المدرج في العقد. وهو الذي يحدد سلطات القاضي ويحصرها. لأن القاعدة التي توجب عليه صدور حكم من القضاء ليست من النظام العام ولذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما عند إبرام العقد أو بعده ولكن قبل حصول الإخلال[1] على الفسخ اتفاقيا إذا امتنع المدين عن التنفيذ ويعطي حق عند امتناع المدين عن التنفيذ يسمح القانون للدائن التحلل من التزامه حتى لا يبقى مقيدا في انتظار وفاء المدين حيث يصبح قرار فسخ العقد بيد الدائن لا بيد القاضي[2] طالما أنه تمسك بفسخ العقد وإنهاءه .

وإذا كان الدائن قد تضرر من تماطل المدين في التنفيذ يجوز أن يطلب من المدين الذي أخل بالتزاماته تعويضا عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا الإخلال، متى كانت هذه الأضرار لا يزيلها مجرد إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد[3] إلا إذا تضمن العقد اتفاق على الإعفاء من التعويض في حالة حدوث ضرر.

إنّ نظام الفسخ الاتفاقي هو الذي يجعل الدائن في مركز قوة حتى لا تتأثر مصالحه وهو ما منحه المشرع الجزائري له في **م 120 ق.م.ج** ويتحول مركز المدين إلى مركز ضعف إذا امتنع عن الوفاء مما يجعل ذلك العقد مهدد بأخطر وسيلة مسموحة للدائن وهي الفسخ والتي بموجبها القاضي مقيد السلطة لأن القاضي يحكم بما هو وارد

---

[1]– أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص332.

[2]– محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجيهات القضائية والتشريعية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص119.

[3]– محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص103.

في العقد فقط بالحكم بالفسخ متى توفرت شروطه الشكلية والموضوعية لذلك سنتطرق لدور القاضي في الفسخ الاتفاقي **(المطلب الأول)**.

يؤدي هذا الإنهاء إلى انحلال الرابطة العقدية سواء بين المتعاقدين باعتبارهما أطراف العقد ويرتب أثار عليهما ويمتد ليؤثر على الغير وكل ذلك سندرسه من خلال أثار الفسخ الاتفاقي**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

دور القاضي في الفسخ الاتفاقي.

قد يلجأ المدين إلى القاضي منكرا على الدائن حقه في إيقاع الفسخ وفي هذه الحالة يجب أن يقتصر دور القاضي على التأكد من وجود الشرط و وقوعه[1] وذلك لأن الدائن حق فسخ العقد والتحلل منه باستصدار حكم نهائي بالفسخ ويمتد هذا الإنهاء إلى المستقبل لتوقيف أثر العقد ورجوعه إلى بداية التعاقد، حيث يسترجع الدائن ما أخذه من المدين ويسترجع المدين ما قدمه للدائن وينتهي العقد بفسخه.

ويقوم القاضي قبل فسخ العقد نزولا عند رغبة الدائن من التحقق من جميع شروطه الشكلية وكذا الموضوعية حتى يكون هذا الحكم كاشفا وهذا النوع من الفسخ لا يعطي صلاحيات للقاضي رفض الفسخ إلا إذا وجد تعسف من الدائن أو كان هذا الشرط مجحفا في حق المدين أو أن شروط إيقاع الفسخ غير متوفرة.

رغم أن العقد تضمن شرط صريح فاسخ كشرط عدم اللجوء إلى القضاء فإذا تنازع المتعاقدان فإنه يتم اللجوء إلى القضاء لأنه الوسيلة الوحيدة لفض النزاع لاستصدار حكم نهائي من المحكمة ويكون حكمها نافذا على أطراف العلاقة[2] .إذا فعلى القاضي التحقق من وجود الشرط الصريح الفاسخ **(الفرع الأول)**، ثم تحقق القاضي من الإعذار**(الفرع الثاني)**، ثم التحقق من واقعة عدم التنفيذ **(الفرع الثالث)**.

---

[1]– عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص50.

[2]– فؤاد محمد معوض، مرجع سابق، ص92.

الفرع الأول: التحقق من وجود الشرط الصريح الفاسخ.

إنّ إرادة الأطراف في الفسخ الاتفاقي هي إرادة حرة مكنت المتعاقدين من الفسخ الاتفاقي بإدراج شرط صريح فاسخ في العقد يتم بناء عليه فسخ العقد عند اللجوء إلى القضاء في حال وقوع نزاع كادعاء المدين أنه نفذ التزامه.

إنّ الدائن الذي له سلطة فسخ العقد له أن يطلب تنفيذ العقد لأن هذا التنفيذ هو الالتزام الأصلي الذي أدى إلى التعاقد فإذا طلب فسخ العقد فإن سلطة القاضي تقتصر على البحث عن مدى صحة الاتفاق الذي عمد الدائن بموجبه إلى فسخ العقد. ولأنّ رقابة القاضي في هذه الحالة رقابة لاحقة على الفسخ فمتى تحققت الشروط حكم بالفسخ لأنّ مجرد إعلان الدائن لمدينه بتمسكه بفسخ العقد يكون العقد مفسوخا وذلك بعد إعذاره.

فالقاضي يتحقق من وجود الشرط الصريح الفاسخ الذي أدرجه المتعاقدان في العقد حتى يتم التعرف عليه كشرط صريح أو ضمني لأن الشرط الفاسخ الضمني الذي أخذ به المشرع الفرنسي لم يأخذ به المشرع الجزائري لأن الشرط الضمني هو عدم تنفيذ الالتزام وطالما أنّ الغرض من العقد هو تنفيذ الالتزام فإن زيادة القوة الملزمة للعقد تكون بإدراج شرط صريح فاسخ.

إنّ تحقق القاضي من الشرط الذي وضعه المتعاقدان كبند صريح في العقد سمح به المشرع الجزائري عملا بإرادة المتعاقدين " تاركا الحرية والمبادرة للمتعاقدين في إدراج ما يتناسب ومصالحهم في هذه العلاقة العقدية سواء بالاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، أو أن يتضمن شرط عدم اللجوء إلى القضاء لأن مضمون الفسخ الاتفاقي هو عدم الالتزام"[1].

يتحقق القاضي من وجود الشرط ويتدخل في حالة وجد أن الدائن متعسفا في شرطه أو يحكم بفسخ العقد الذي تكون عباراته واضحة معبرة قانونا وتؤدي إلى الاستعمال الصحيح وهو فسخ العقد.

[1]– علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص62.

إنّ العقد المراد فسخه كقاعدة عامة يقع متى تضمن العقد اتفاقا حيث يمارس القاضي رقابته بشأن إعمال هذا الشرط دون إضرار بالمدين[1]. ودون تعطيل مصلحة الدائن وإلحاق الضرر بها وصيغة الشرط الاتفاقي تكون قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ بموجب اتفاق سابق[2]. يفسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة لإخلال المدين بالتزامه فإذا كان الشرط هو وقوع الفسخ.

الفرع الثاني: تحقق القاضي من الإعذار

تتفق جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ على أنّ الإعذار مسألة ضرورية يجب أن يقوم بها الدائن نحو مدينه[3] سواء كان المشرع الفرنسي أو المصري مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك والمشرع الجزائري كان أكثر تشددا في وجود الإعذار عن استعمال الدائن حقه بطريقة صحيحة رغم الاتفاق على الفسخ بين المتعاقدين.

ويجب على الدائن بعد إعذار مدينه أن يعلنه تمسكه بفسخ العقد طالما أنه امتنع عن التزامه العقدي بالإضافة إلى ذلك أنه عند رفع النزاع للقضاء، فإنّ الإعذار يجعل القاضي مستجيبا من ناحية إلى طلب الفسخ ومن ناحية أخرى بين الإعذار التقصير المؤكد للمدين فالدعوى التي تكون مسبوقة بإنذار أفضل بالنسبة إلى الدائن[4] حتى يكون واقعة الإنذار منهية للعقد. لأن الفسخ دون إعذار غير جائز عند المشرع الجزائري ويعتبر العقد قائما ويستطيع المدين تنفيذ التزامه مادام لم يعذر لأنه يهدف في مفهومه العام إلى ضرورة إعطاء الدائن للمدين مهلة قبل إعلانه بفسخ العقد[5] إلا أن هذه المدة الخاصة بالإعذار المشرع لم يحدد قدر المهلة التي يجب أن تترك للمدين بعد إعذاره للقيام بالتنفيذ[6] وبما أن كلا الفسخين يقومان على ضرورة وجود الإعذار كإجراء سابق للدعوى

---

[1]– محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص212.

[2]– أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، مرجع سابق، ص336.

[3]– المرجع نفسه، ص218.

[4]– حمو حسينة، مرجع سابق، ص28.

[5]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص221.

[6]– محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص113.

حتى يستعمل حقه في الفسخ فإنه من حق المدين حتى يلتزم خلال تلك المدة بمضمون العقد نحو المتعاقد معه لأنه اذا بادر بالتنفيذ لا يفسخ العقد.

بما أنّ حق التمسك بفسخ العقد بإرادة منفردة تستوجب هذا الإجراء فإذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي رسمها القانون، وعند ذلك يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فورا[1] ويتم الإعذار حسب **م180 ق م ج** الذي يتحقق القاضي منه بموجب **م120 ق م ج** المتعلقة بالفسخ الاتفاقي التي لم تسمح للمتعاقدين باستبعاد شرط الإعذار وبقاءه إلزاميا وواجبا على الدائن حتى يقع الفسخ الاتفاقي صحيحا مستوفيا كل الشروط الشكلية والموضوعية. وبناء على هذا تقيد سلطة القاضي في جعل الفسخ محققا استجابة لرغبة الدائن التي لم تتجاوز الحق في الفسخ لعدم التنفيذ وتحقق الشرط الصريح والإعذار فالسلطة الممنوحة للقاضي هي سلطة مقيدة بجعل الحكم كاشفا وليس منشئا.

الفرع الثالث: التحقق من واقعة عدم التنفيذ.

إنّ الأصل في العقد الالتزام بما اتفق عليه المتعاقدان بناء على حسن النية في التعامل لأن التقصير يؤدي إلى فسخ العقد متى توافرت شروطه. لأنّ إخلال المدين بالتزامه هو سبب رئيسي لتحلل الدائن من التزامه المقابل، وحتى يقع ذلك على القاضي أن يتأكد من واقعة عدم تنفيذ المدين التزامه مثلا إذا باع الدائن سيارة إلى المدين وامتنع هذا الأخير عن تسديد باقي الثمن،فواقعة عدم التنفيذ مؤكدة ويحق للدائن طلب التنفيذ أو طلب الفسخ. كما أنّ المدين قد يدعي القيام بالتزامه وأنه ضحية لفسخ غير مبرر[2] وهذا يجعل القاضي أن يتحقق من وقوعه فإذا ثبت أن الدائن تعسف في طلب فسخ العقد أسقط الشرط.

يتمتع المتعاقدان في الفسخ الاتفاقي بحرية أكثر من الفسخ القضائي لإدراج الشرط الصريح في العقد فعند إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام سواء كان الإخلال جزئي أو كلي

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص830.

[2]– محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص83.

يتحقق القاضي من عدم الوفاء بالالتزامات من خلال التعرف على طبيعة الالتزام وتحديد المدين به ونوع عدم تنفيذه لأنه إذا تحقق من ذلك تقرر الحكم بفسخ العقد[1].

إنّ عدم التنفيذ إخلال صريح لأن الأصل في العقد الالتزام ولا يبقى بيد الدائن سوى طلب التنفيذ أو فسخ العقد ومادام الحكم لصالح الدائن فالقاضي وجب عليه الحكم به وفقا لنص م 120 ق م ج للاتفاق السابق بين المتعاقدين واعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند إخلال المدين بالتزامه دون حاجة إلى حكم.

[1]– حمو حسينة، مرجع سابق، ص115.

المطلب الثاني

آثار الفسخ الاتفاقي

تناول المشرع الجزائري آثار فسخ العقد في **م 122 ق م ج** التي تنص: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"[1] ويتجه المعنى إلى كل العقود دون استثناء سواء العقود الفورية أو العقود الزمنية فإذا تم الفسخ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويعتبر العقد كأن لم يكن[2] مع إمكانية طلب الدائن التعويض إذا لحقه ضرر من عدم التزم المدين. فإذا تغير السعر في السوق وبقي المبيع في يد المدين الذي لم يكمل الثمن ثم انخفض سعر السوق. توجب رد المبيع كما تسلمه مع التعويض وهو تكميلي أي دفع الفرق لأن الفسخ وحده غير كافي لاسترجاع حق الدائن.

ويتوقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل شأنه في ذلك شأن أي فسخ آخر[3] سواء للمتعاقدين أو للغير. ولأنّ القاعدة العامة لنظرية الفسخ لا تستبعد الأثر الرجعي سواء كان الفسخ اتفاقي أو قضائي والأصل في أثر الفسخ في العقود المستمرة لا في عقود المدة[4].

ونظرا لخطورة هذا الأثر الذي يرتبه الفسخ ينبغي دراسة أولا بالنسبة للدائن **(الفرع الأول)** والمدين باعتبارهما طرفي العقد المفسوخ **(الفرع الثاني)** ثم بالنسبة للغير الذي ليس طرفا في العقد **(الفرع الثالث)** وكذا التطرق لأثر الفسخ الاتفاقي في عقود المدة **(الفرع الرابع)**.

---

[1]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص355.

[2]– أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، مرجع سابق، ص372.

[3]– محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ص201.

[4]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق،ص272.

الفرع الأول: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للدائن.

عند تقرير الفسخ يعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وكل منهما يعيد للآخر ما أخذه فالبائع إذا كان هو الذي رفع دعوى الفسخ، فيستحق الثمرات إذا كان المبيع ينتج ثمارا من وقت طلب رد المبيع وثمراته سواء قدم هذا الطلب مع دعوى الفسخ أو بدعوى مستقلة[1] إذا تلقى الدائن إذا تلقى الدائن تنفيذا جزئيا من المدين وقت التعاقد فإذا زال العقد زال معه الالتزام تطبيقا للأثر الرجعي للفسخ.

وإذا كان قد وقع خطأ من الدائن وكان العقد يقوم على الشرط الصريح فإن هذا الخطأ يؤدي إلى زوال الشرط لأن القاضي يسقط الشرط لأن الأصل في الفسخ هو تقصير المدين وإخلاله بالتزامه فمادام قد وقع بفعل الدائن فللقاضي رقابة على العقد وفي تقرير الفسخ.

فللدائن رد ما أخذه من المدين وكذلك المدين يسترجع ما قدمه للدائن بحكم الأثر الرجعي **م 122 ق م ج** وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا لحق الدائن ضرر لعدم تنفيذ المدين التزامه فيتحمل تبعة فسخ العقد مع التعويض، فالتعويض ناتج عن المسؤولية التقصيرية بينما طلب التنفيذ ناتج عن المسؤولية العقدية وللدائن وحده حق الجمع بينهما فالمتعاقد الدائن له حق في استرداد ما قدمه للمدين قد يحصل إلى جانب ذلك على تعويض. وبالتالي يكون قد جمع بين فسخ العقد والتعويض وهو أمر جائز من الناحية القانونية خاصة عندما يكون عدم التنفيذ قد تسبب فيه المدين[2]. وللدائن فسخ العقد اتفاقيا وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد فكل أداء يلقاه من المدين حتى وان كان عبارة عن تنفيذ جزئي فهو ملزم برده للمدين ولا يجوز له الاحتفاظ به حتى لا يكون قبض غير مستحق، وحتى يسترد ما قدم هو أيضا للمدين عملا برجعية أثر العقد.

---

[1]– أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزي الثاني، المسؤولية العقدية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص678.

[2]– حمو حسينة، مرجع سابق، ص88.

إذا كان المدين قد تضرر من جراء عدم تنفيذه للعقد فلا حق له في طلب التعويض طالما أن السبب يعود له ويتحمل بذلك مسؤوليته لوحده.

أما الدائن فإلى جانب استرداده للأداء الذي قدمه أن يكون له الحق في ألا يزاحمه الدائنون الآخرون فيما استعاده، ذلك أن الفسخ يخول للدائن مركزا ممتازا على خلاف المطالبة بالتنفيذ التي يخضع فيها لقسمة الغرماء كبقية الدائنين الآخرين[1].

في حالة ما إذا كان المبيع ينتج ثمارا فالبائع إذا كان هو الذي رفع دعوى الفسخ فيستحق الثمرات إذا كان المبيع ينتج ثمارا من وقت طلب رد المبيع وثمراته سواء قدم هذا الطلب مع دعوى الفسخ أو بدعوى مستقلة[2].

وقد يسقط القاضي الشرط الصريح للدائن فإذا اتفقا على تسليم الثمن مثلا في موطن المدين ثم امتنع الدائن عن تنفيذ التزامه وطلب فسخ العقد فيكون للقاضي رقابة إذا ما تبين له عدم توافر مبررات إعمال هذا الشرط فإنه يقضي بوقف إعمال الفسخ[3] ويبقى العقد قائما لتعسف الدائن فيه.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للمدين.

بما أنّ للفسخ أثر رجعي ويسترجع كل منهما ما أخذه من الآخر ويشمل رد الشيء توابعه وما أصبح مستحقا من ثمار ففي البيع يرد المشتري المبيع بثمراته[4] لأنّ إخلاله بالعقد قد وقع بسببه، أما إذا هلك الشيء بخطأ منه ثم حكم بالفسخ بناء على طلب البائع حكم القاضي للبائع بالتعويض[5] حتى يجبر الضرر الذي لحقه من المدين كذلك في حال المنقول السيارة طالما سلمت صالحة للاستعمال ولو أصبحت غير صالحة بعد طلك أن

---

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص276.

[2]– أنور طلبة، مرجع سابق، ص678.

[3]– محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص213.

[4]– أنور طلبة، المرجع السابق، ص676.

[5]–محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص103.

يرجع عدم صلاحيتها إلى خطأ المشتري الذي قصر في إصلاحها فإنه يقع عليه التعويض مع فسخ العقد. لأنّ المدين قصر من واجب العناية اللازمة للشيء المبيع[1].

والتعويض عن الضرر بسبب انحلال العقد يوجب على المدين دفع التعويض لجبر الضرر اللاحق بالدائن، وطالما أنه تسبب فيه يتحمل نتائج تقصيره ولا يجوز له طلب تعويض عن ضرر لحق به من فسخ المدين للعقد ودون منعه من استرداد ما أعطاه للدائن، فإذا فسخ العقد وكان من عقود البيع وكان المدين فيه هو المشتري فإن من حقه أن يسترد الثمن والمصروفات التي أنفقها في سبيل إدخال تحسينات نافعة على المبيع، وكذلك بالنسبة إلى النفقات التي يكون قد أنفقها للمحافظة على المبيع[2]. إذا كان ما يحق للمدين هو نقود، فتجوز المقاصة التي تقضي باختصار العملية على أساس أن الدينين نقدا وقد أجاز القانون ذلك.

يبقى المدين مسؤولا عن فسخ العقد طالما أن التقصير كان من طرفه لأنه كان عليه تفادي وقوع ذلك بتنفيذ التزامه، كما أنه على الدائن إلزام المدين بالتنفيذ أفضل من فسخ العقد أو إذا تضمن الفسخ الاتفاقي اتفاقا على أن لا يتحمل المدين تعويض عن الضرر الناتج عن الفسخ، فالقاضي يحكم بالفسخ دون تعويض.

[1]– أنور طلبة، المرجع نفسه، ص678.

[2]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص277.

الفرع الثالث: أثر الفسخ بالنسبة للغير.

إنّ الغير هو من تلقى حقا عينيا على المبيع فمشتري العقار يعتبر من طبقة الغير من وقت تسلمه له إن كان معينا ومن وقت التعاقد إذا كان معينا بذاته وبما أن الأصل في الفسخ زوال العقد بأثر رجعي[1].

أولا-القاعدة العامة.

يؤدي الأثر الرجعي إلى زوال الحقوق التي رتبها الفسخ للمتعاقدين وللغير فلا يمكن للغير أن يحتج في مواجهة الدائن بالحقوق التي اكتسبها من عقد بيع أبرمه مثلا مع المدين لأن هذا الأخير يعتبر بعد إيقاع الفسخ ويسبب أثره الرجعي[2]، وكل التزام مع المدين يزول بزوال العقد وكل من تلقى حقا يعود للدائن لا يجوز له أن يحتج به وهي نتيجة عامة للفسخ.

وعليه، فإنّ الحقوق التي يكون على المبيع مثلا لصالح الغير سواء كانت حقوق ارتفاق أو انتفاع أو أي حق أخر تزول بعد فسخ العقد[3].

وعلى الدائن بعد فسخه للعقد أن يسجل الدعوى وإذا كان المبيع عقارا عليه التأشير حسب قانون الشهر العقاري حتى لا يدعي الغير عدم علمه لأن هذا التصرف يعمل على استقرار مجال المعاملات.

ثانيا-الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة.

إنّ الفسخ على قدر كبير من الخطورة التي قد تنجر إلى الغير الذي تعامل مع المدين بحسن نية مما أدى بالمشرع إلى حمايته.

---

[1]- أنور طلبة، مرجع سابق، ص670.

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص357.

[3]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص288.

1-الغير الذي اكتسب حقا عينيا على عقار.

إذا اكتسب الغير حقا عينيا قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بها في هامش تسجيل العقد محل دعوى الفسخ يصبح مالكه بعد شهره[1] لأنّ الغير الذي تقرر له حق على عقار وشهره طبقا **للمادتين 15 و16 من الأمر 75-74 المتضمن مسح الأراضي** والغير الذي ترتب لصالحه رهن رسمي. والغير الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة[2] فهي استثناءات لا يرجع عليها فسخ العقد. وبما أن الغير كان حسن النية فله أن يحتج بها ولا تزول ملكيته كحماية مقررة قانونا عملا بمبدأ حسن النية.

2-الغير الذي اكتسب منقولا بحسن نية.

لا يتأثر بفسخ العقد الذي اكتسب منقولا لأنّ حيازة المنقول سند ملكيته لأنه يصبح مالكا حسب م **835 ق.م.ج.**

3-من ترتب لصالحة رهن رسمي.

يبقى صحيحا حسب **م885 ق م ج** حتى وان فسخ سند الملكية أو ألغي أو زال مادام الدائن المرتهن حسن النية.

4-الغير الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة.

يترتب على ذلك أن الغير الذي يتلقى هذه الحقوق سواء من المالك للشيء أو النائب عنه يكون محصنا ضد الأثر الذي يرتبه الفسخ لأنها من أعمال الإدارة الحسنة، وهذا عملا باستقرار المعاملات. أما إذا كان سيء النية لا تكون أمام مفهوم الإدارة الحسنة وبالتالي فإن الفسخ في مثل هذه الحالة يؤثر على تلك الحقوق[3].

---

[1]- أنور طلبة، مرجع سابق، ص671.

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، 357.

[3]- حمو حسينة، مرجع سابق، ص101.

5-الغير الذي تملك طبقا لقاعدة التقادم المكسب.

فلو فرضنا أن العقد عقد بيع بين البائع والمشتري، وكان الغير قد صار مالكا للشيء المبيع عن طريق التقادم المكسب، فإن فسخ عقد البيع الذي يحدث بين البائع والمشتري باعتبارهما طرفي العقد لا يؤثر على الغير الذي اكتسب حقه طبقا لقاعدة التقادم المكسب لأنه محمي من الناحية القانونية[1]. وهكذا فإنّ القاعدة العامة للأثر الرجعي تستثنى منها حالات لا تتأثر بفسخ العقد.

الفرع الرابع: الأثر الرجعي في عقد المدة.

لقد اختلفت الآراء حول رجعية الأثر في عقود المدة بحيث يقتصر أثر الفسخ بالإرادة المنفردة لمثل هذه العقود على المستقبل دون مساس بها يترتب عليها من آثار بالنسبة للماضي[2]، لأنّ الزمن فيها لا يعود للوراء ولأن اعتبار العقد المفسوخ كأنه لم يكن يثير بعض الصعوبات من حيث رجعية الأثر بالنسبة للعقود الزمنية[3].

في حين يرى البعض أن رجعية الأثر لا تقتصر على عقد دون الآخر لأن كل التشريعات ومنها الجزائري لم يستثني أي عقد في **م122 ق م ج** ويجب العمل به في جميع العقود دون تمييز بين عقود المدة والعقود الفورية[4] لأنّ رجعية الأثر عند فسخ العقد سواء فسخ اتفاقي أو قضائي يرتبط بجميع العقود.

ومادامت **م 122 ق م ج** تعالج الحالة التي يستحيل فيها الرد وتقضي بالتعويض، فلا يعقل أن تقصرها على الاستحالة التي تقع في العقود الفورية وحدها، لأن النص جاء مطلقا ودون تحديد الاستحالة معينة أو لفئة من العقود[5].

---

[1]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص298.

[2]- محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص206.

[3]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص56.

[4]- حمو حسينة، مرجع سابق، ص92.

[5]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص283.

إنّ عقود المدة مثل بقية العقود فإذا وقع عليها الفسخ فبحكم طبيعتها لا تعود للوراء بل تقتصر على المستقبل فهذا إما يجيز للقاضي كاستثناء الحكم بالفسخ مع التعويض.

نستخلص من كل ما تقدم أن يقع الفسخ الاتفاقي نتيجة تحقق الشرط الصريح الفاسخ الذي يستبعد سلطة القاضي التقديرية، فيكون له دور التحقق من وقوع عدم التزام المدين ووجود الشرط الصريح ووقوعه حتى يتم فسخ العقد وحماية مصالح المتعاقدين.

يكون للفسخ الاتفاقي أثر رجعي على الطرفين والغير، وقد ميز المشرع الجزائري حالات استثنائية رغم فسخ العقد فهي تبقى قائمة لاستقرار المعاملات، وحسب ما يستوجبه شرط حسن النية في التعامل.

وعليه، نستخلص مما سبق عرضه بأنّ الفسخ الاتفاقي يقع نتيجة تحقق الشرط الصريح الفاسخ الذي يستبعد سلطة القاضي التقديرية، فيكون له دور التحقق من وقوع عدم التزام المدين ووجود الشرط الصريح ووقوعه حتى يتم فسخ العقد وحماية مصالح المتعاقدين.

يكون للفسخ الاتفاقي أثر رجعي على الطرفين والغير، وقد ميز المشرع الجزائري حالات استثنائية رغم فسخ العقد فهي تبقى قائمة لاستقرار المعاملات، وحسب ما يستوجبه شرط حسن النية في التعامل.

الخاتمة

الخاتمـــــة

أقرّ القانون في العقود الملزمة لجانبين حماية قانونية للمتعاقدين على أساس احترام العقد والالتزام بالوفاء تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعامل، إلا أنه قد يخل أحد المتعاقدين بالتزامه مما يؤدي بالمتعاقد معه إلى حماية حقه والتحلل من التزامه المقابل وفقا لما أقر به القانون حيث يلجأ الدائن إلى طلب التنفيذ كالتزام أصلي أو فسخ العقد كالتزام احتياطي.

لقد بيّن المشرع تأثره بالفكر الحديث عندما استثنى من القاعدة العامة للفسخ بالسماح للمتعاقدين على الفسخ الاتفاقي دون الفسخ القضائي عند إدراج الشرط الصريح كأساس لفسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة.

إنّ الفسخ الاتفاقي حماية قانونية مقررة لصالح الدائن حتى يحمي حقوقه عن طريق إدراج شرط صريح فاسخ في العقد يؤدي إلى انحلال العقد متى امتنع المدين على الالتزام بمضمون العقد فمتى أعلن الدائن تمسكه بفسخ العقد تقرر له ذلك، كما له أن يلجأ أولا لطلب التنفيذ باعتباره الأصل الذي أدى للتعاقد.

إن للفسخ الاتفاقي إيجابيات في العلاقة العقدية فهو يضمن للدائن استيفاء حقه من جهة وتقييد سلطة القاضي التقديرية من جهة أخرى وتبقى سلطته محدودة لا تتعدى الإرادة المنفردة في فسخ العقد إلا إذا كان الشرط الفاسخ الصريح يحمل نوع من التعسف إضرارا بالمدين، فيكون للقاضي أن يسقط الشرط ويبقى على العقد وهذا ما يؤدي إلى تحول الفسخ الاتفاقي إلى قضائي.

يكون للإعذار دورا بالغ الأهمية في الفسخ الاتفاقي لأن المشرع الجزائري ألزم به الدائن وهو شرط مبالغ فيه لأن العقد شريعة المتعاقدين ومادامت إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد وتعديله وإنهاءه فهو تعديل لفظي مادام المشرع يجبر المتعاقدين على الإعذار والفسخ اتفاقي ولو حذا حذو المشرع المصري الذي يسمح بالاتفاق على التنازل على شرط الإعذار وهو أمر متروك للمتعاقدين لكان للفسخ الاتفاقي مجال أوسع في حرية إنهاءه بالتراضي لا بالتقاضي كما نجد أن في الإجراءات الواجب إتباعها عند تمسك الدائن

بالفسخ المهلة المحددة التي تسمح للدائن بعد إعذار المدني بفسخ العقد فالمشرع لم يحدد ذلك فهذه المدة قد تضر بالمدين إذا كانت قصيرة جدا مقارنة بحجم الالتزام شرط الإعذار يرتبط بمصالح الدائن ومصالح المدين وبناءا على مبدأ حسن النية إلزام المدين بإعذاره للقيام بتنفيذ التزامه خلال مدة تكون محددة وإلغاء شرط الإعذار في الفسخ الاتفاقي وجعله بإرادة المتعاقدين.

هذا وللمدين حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لوقف فسخ العقد إذا تبين أن هذا الفسخ غير مشروع وغير مبرر من طرف الدائن وإلزامه بتنفيذ العقد بدلا من فسخه.

قائمة المراجع

قائمـــــة المراجـــــــع

❖ الكتب باللغة العربية:

أولا: الكتب.

1-أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

2-إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009.

3-أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزي الثاني، المسؤولية العقدية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

4-حسين تونسي، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

5-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992.

6-سمير عبد السيد تناغو، نظرية العقد وأحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

7-عابد قايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارب، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010،

8-عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

9-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، منشأة المعارف، لبنان،دون سنة النشر.

10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام.
12- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1985.
13- العربي بلحاج ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
14- على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2008.
15- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2008.
16- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
17- محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر، الأحكام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1994.
18- محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجيهات القضائية والتشريعية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
19- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2018.
20- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2007.
21- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، الاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2004.

ثانيا : الرسائل والأطروحات.

1-حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016/2015.

2-حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

3-حنتيت عمار، المتعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر ،2015.

4-علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2007.

ثالثا: النصوص القانونية.

- الأمر رقم 58- 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتمم.

الفهـــــرس

فهرس المحتويات

الفهرس

شكر وعرفان	أ
إهداء	ب
قائمة المختصرات	ج
مقدّمة	1
الفصل الأوّل : ماهية الفسخ الاتفاقي	
المبحث الأوّل: التطور التاريخي لنظام الفسخ وأساسه	7
المطلب الأوّل: التطور التاريخي لنظام الفسخ	8
الفرع الأوّل: فسخ العقد في القانون الروماني	9
الفرع الثاني: فسخ العقد في القانون الكنسي	10
الفرع الثالث: فسخ العقد في القانون الفرنسي	11
الفرع الرابع: فسخ العقد في القانون المصري	12
الفرع الخامس: الفسخ في القانون المدني الجزائري	13
المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظام الفسخ الاتفاقي	14
الفرع الأول: نظرية السبب	14
الفرع الثاني: نظرية الشرط الفاسخ الضمني	15
الفرع الثالث: نظرية الفسخ الشرطي الصريح	16
الفرع الرابع: نظرية ترابط الالتزامات	17
المبحث الثاني: تمييز الفسخ الاتفاقي عن الأنظمة المشابهة له وشروطه	19
المطلب الأول: تمييز نظام الفسخ عن الأنظمة المتشابهة	20
الفرع الأول: تمييز الفسخ الاتفاقي عن الفسخ القضائي	21
الفرع الثاني: تمييز الفسخ الاتفاقي عن البطلان	21
الفرع الثالث: تمييز الفسخ الاتفاقي عن عدم التنفيذ	24
الفرع الرابع: تمييز الفسخ الاتفاقي عن الانفساخ	26
المطلب الثاني: حالات الفسخ الاتفاقي	27
الفرع الأول: الاتفاق على الشرط الصريح عند التعاقد	28
الفرع الثاني: الاتفاق على الشرط الصريح بعد التعاقد	30
الفرع الثالث: الاتفاق على الشرط الصريح قبل الحكم بالفسخ	31

فهرس المحتويات

الفصل الثاني : أحكام الفسخ الاتفاقي	35
المبحث الأول: شروط الفسخ الاتفاقي وحق المتعاقدين فيه	**36**
المطلب الأول: شروط الفسخ الاتفاقي	**36**
الفرع الأول: اتفاق المتعاقدين على الشرط الفاسخ	**37**
الفرع الثاني: اتفاق المتعاقدين على عدم اللجوء إلى القضاء	**38**
الفرع الثالث: أن يكون سبب الفسخ هو عدم التنفيذ	**39**
الفرع الرابع: الإعذار	**39**
الفرع الخامس: إعلان الدائن عن تمسكه بالفسخ	**40**
المطلب الثاني: حق المتعاقدين في الفسخ الاتفاقي	**42**
الفرع الأول: طلب التنفيذ	**43**
الفرع الثاني: عدول الدائن عن التنفيذ	**45**
الفرع الثالث: تمسك الدائن بفسخ العقد	**47**
الفرع الرابع: حق المدين في التنفيذ المتأخر	**48**
المبحث الثاني: دور القاضي في الفسخ الاتفاقي وأثره	**50**
المطلب الأول: دور القاضي في الفسخ الاتفاقي	**51**
الفرع الأول: التحقق من وجود الشرط الصريح الفاسخ	**52**
الفرع الثاني: تحقق القاضي من الإعذار	**53**
الفرع الرابع: التحقق من واقعة عدم التنفيذ	**54**
المطلب الثاني: آثار الفسخ الاتفاقي	**56**
الفرع الأول: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للدائن	**57**
الفرع الثاني: الأثر الرجعي للفسخ بالمسبة للمدين	**58**
الفرع الثالث: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للغير	**60**
الفرع الرابع: الأثر الرجعي للفسخ في عقود المدة	**62**
خاتمـــــــة	**65**
قائمة المراجع	**68**
فهرس المحتويات	**71**